

Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada

DARCI RIBEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça - DF

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Esboço histórico da origem de tutela cautelar: 1. Medidas com efeitos cautelares na Lei das XII Tábuas. 2. A tutela cautelar no direito romano. 3. A influência do direito germânico. 4. A “*référé*” francesa. 5. Os primórdios do direito italiano. III – Pressupostos da ação cautelar: 1. Condições gerais da ação. 2. Duas condições específicas da ação cautelar: a) ‘*fumus boni iuris*’; b) perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação. IV – Teoria geral da ação cautelar inominada: 1. Prolegômenos; 2. Função jurisdicional cautelar; 3. Autonomia do processo cautelar.

I – Introdução

As ações cautelares, máxime as inominadas, apresentam uma gama imensa de controvérsia.

Visei, no presente estudo, não de forma exauriente, encetar uma maior profundidade naquele tema que avassala os foros diuturnamente, na maioria das vezes de forma totalmente distorcida da natureza da medida cautelar, o remédio milagroso que vai desafogar o Judiciário, celerando a prestação da tutela jurisdicional.

Esta imagem que tantos juristas fazem do processo cautelar leva a se ter distorções acerca da verdadeira função desta modalidade especial de prestação jurisdicional. Movido pela ânsia de tentar ao menos compreender melhor este ramo incipiente do direito processual é que fui buscar nos primórdios a verdadeira origem do processo cautelar.

Tentei especificar as características peculiares que condicionam a ação cautelar, culminando com a verdadeira função cautelar relacionada a sua autonomia.

II – Esforço Histórico da Origem de Tutela Cautelar

1 – Medidas com Efeitos Cautelares na Lei da XII Tábuas

Se pode falar que o embrião das medidas cautelares teve origem na Lei das XII Tábuas, ou seja, é nesta lei que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*.

Na *addictus*, a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito. Tanto que salienta Calvosa que “La condizione dell’*addictus*, limitatamente però ai sessanta giorni, durante i quali, per ordine del magistrato, restava costretto nelle carceri private del creditore, sembra proprio quella d’un soggetto, costituito in garanzia d’un credito”⁽¹⁾.

Portanto, enquadrava-se o *addictus* numa atividade de conservação com caráter eminentemente privatístico, aonde o Estado se fazia presente, a fim de evitar o excesso de autodefesa, mantendo com isso a paz social⁽²⁾.

Porém, mais especificamente cautelar, quer seja pela função ou aparência, era o *nexus*, um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas, de certo modo, era uma extensão da obrigação.

O *nexus* consistia nas palavras de Calvosa como “Infatti, il *nexus* non era altro che un’*autooppignorazione* o anche un’*oppignorazione* delle persone in potestà, che il debitore poneva in essere volontariamente e con il consenso de creditore”⁽³⁾.

2 – A Tutela Cautelar no Direito Romano

O direito romano possuiu como fonte inspiradora o princípio *melius est ante tempus accurere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*, para a tutela preventiva do direito.

Existia, à época das *legis actiones*⁽⁴⁾, e sempre é bom lembrar que o processo possuía natureza privada, a *legis actio per sacramentum*⁽⁵⁾ e sucessivamente a *operis novi nuntiatio, cautio damni infecti*.

A *operis novi nuntiatio*⁽⁶⁾, que é instituto antigo do *juris civilis*, servia para impedir que o vizinho, com a construção de obra nova, pudesse de alguma maneira evitar o curso

(1) in La Tutela Cautelare (Perfil Sistemático), 1963, pág. 8 e 9.

(2) Cfr G. ARIETA in I Provedimenti D’Urgenza 1985, pág. 1.

(3) in o.c. pág. 9.

(4) Neste período o processo era eminentemente oral, inobstante ser extremamente formal e rígido, pois as partes deveriam obedecer as formas legais que não eram escritas, e o menor desrespeito a forma processual gerava a perda da causa, in Gaio nas *Institutas* 4.30; Também neste sentido José R. Cruz e Tucci e Luiz C. Azevedo. Lições de História do Processo Civil Romano, RT, 1996, Cap. 4, págs. 51 e segs.

(5) Segundo GAIO “O *sacramentum* era ação geral, pois se agia por *sacramentum* em todos os casos para os quais a lei não estabelecia processo especial” in *Institutas* 4.13. Esta ação já era conhecida antes mesmo da Lei das XII Tábuas, e se dividia em *in rem* e *in personam*, segundo JOSÉ R. CRUZ E TUCCI, in o.c. págs. 63 a 66; e conforme V. SCIALOJA, a *legis actio sacramenta* era geral, pois “de todo aquello sobre lo que no estaba dispuesto por ley que se accionara en otra forma, se demandaba en *sacramento*”, isto é, “habia, pues, esta pena que em la pérdida del *sacramento*; a saber, de uma suma prometida, que quedaba a beneficio del erario público...” in *Procedimiento Civil Romano*, 1954, EJEA, pág. 133; ou conforme declara JOSÉ R. CRUZ E TUCCI “O *sacramentum*, pois, consubstanciava-se em uma aposta jurada acerca da procedência da sua causa da vindicação” in o.c., pág. 64.

(6) Esta antiga ação é contemplada pelo nosso direito, no art. 934 do CPC. No direito romano dita ação possuía, segundo MARIO DINI, “due funzioni: protezione di un diritto minacciato e allontanamento del pericolo di un danno sia privato che pubblico”, in La Denuncia di Danno Temuto, GIUFFRÈ, 1982, pág. 88. E o seu procedimento nos é descrito por V. SCIALOJA para quem “el interesado comienza por prohibir a quien sea, que haga una nueva obra; si el otro quiere continuar, debe acudir ante el magistrado para que lo libere de esa prohibición” in o.c., pág. 76. Neste sentido CALVOSA, in o.c. pág. 15 e G. ARIETA in o.c. pág. 03. É interessante notar que no direito romano antigo se confundia a defesa privada com a defesa pública, isto é, o próprio titular ativo do direito exercia-o privadamente e o titular passivo do direito caso não concordasse com o agir privado, deveria se dirigir ao magistrado para fazer cessar a violência. Este agir privado do titular só foi proibido, segundo ULPIANO: L. 12 § 2, a partir da ley Julia e aperfeiçoado com o decreto de MARCO AURELIO, o chamado “*Decretum divi Marci*”, que estabelecia o seguinte: se creem ter algum direito, o exercitem com ações, pois do contrário ficarão privados dele. Hodiernamente, com a proibição da autotutela pelo Estado, o titular ativo do direito necessita da ação processual para exercitá-lo. Esta transposição da defesa privada para a defesa pública se reflete em várias áreas do Direito tais como: no conceito de ação tanto material quanto processual no entendimento do ônus da prova etc.

natural da água, dividindo-se em duas fases: a primeira fase era extrajudicial e consistia em se intimar o vizinho a interromper a obra iniciada, que podia consistir em lançar uma pedra, ato simbólico de repulsa; e a segunda fase que se fundava sobre o *imperium* do pretor que impunha de qualquer maneira o trancamento da obra.

Já o *cautio damni infecti* ⁽⁷⁾ não comportava duas fases, uma extrajudicial e outra judicial, como na primeira ação, mas consistia em ir imediatamente ao pretor, o qual não só emanava o interdito proibitório, mas ainda impunha uma *stipulatio* garantindo a prestação da *cautio*, tentando assim obter uma espécie de medida cautelar.

3 – A Influência do Direito Germânico

O direito germânico contribuiu de forma intensa não só para a construção das medidas cautelares, como de resto a toda ciência processual. Primeiramente porque a ciência processual se desenvolveu muito no final do século passado, e em certo aspecto iniciou-se, com as magníficas obras de Bülow em 1868, Wach em 1885, Köhler em 1888 e Hellwig em 1912, entre outros. Em segundo lugar, porque houve um contínuismo por parte de uma seleta escola de juristas alemães, como Goldschmidt, Rosenberg, etc.

Dominou no mundo germânico, máxime no século XII, como já sabido, a execução privada sobre a pessoa ou bens do devedor. Para se ter certeza de que seria eficaz a execução, se fazia uma maneira de execução antecipada, primeiramente sobre a pessoa do devedor, depois em seus bens.

O direito germânico do final do século XIX conheceu alguns tipos de medida cautelar, inseridas no sistema do processo executivo, que foram introduzidos pela primeira vez na *einstwilige Verfügungen* “nos §§ 935 e 940 da ZPO, que constituía no procedimento final de um particular tipo de processo cautelar” ⁽⁸⁾. Era uma medida tipicamente processual ⁽⁹⁾.

A medida estipulada no § 935 tinha um escopo essencialmente conservativo, ao passo que a medida insculpida no § 940 constituía uma provisória de fato ⁽¹⁰⁾.

O § 935 tinha a função, segundo Mario Dini, de “evitare qualsiasi modificazione o distruzione dell’oggetto della prestazione di dare (bene determinato), fare o non fare da parte del debitore”, ⁽¹¹⁾ enquanto o § 940 era um “provvedimento generale cautelare diretto a difendere l’integrità della sfera giuridica del cittadino.” ⁽¹²⁾

Para Arieta “1 par. 935 e 940 non possono essere invocati in tutte le ipotesi nelle quali è espressamente prevista una specifica misura cautelare; 2) il presupposto per l’applicazione del par. 935 è l’esistenza di un timore, ... , per il par. 940, che la provvisoria sistemazione del rapporto giuridico litigioso appaia necessaria soprattutto al fine di prevenire danni sostanziali o una minaccia di violenza” ⁽¹³⁾.

(7) Que hoje está presente no art. 555 do Código Civil. Esta ação era utilizada por quem temia um perigo advindo da casa do vizinho, podendo exigir deste uma praetoria *stipulatio*, que se chamava *cautio damni infecti*, ou como bem diz V. SCIALOJA, “En cuanto al daño futuro (danno temuto), que podía provenir de una cosa determinada, se tenía derecho a exigir del propietario de la cosa peligrosa esta cautio que no era sino la promesa, en forma de estipulación, de resarcir los daños temidos, en el caso de que llegaran a verificarse.” in o.c. pág. 30. E para MARIO DINI “La cautio si poteva richiedere allorchando si fosse temuto che alla cosa, che formava oggetto del proprio diritto, potesse derivare un danno a causa di un *vitium loci*, aedum *operis iam facti*, ovvero *operis quod fit*” in La Denunzia di Damno Temuto pág. 07. Neste sentido G. ARIETA in o.c. pág. 03 e CALVOSA, in o.c. pág. 17.

(8) Conforme MARIO DINI, “I Provvedimenti D’Urgenza”, GIUFFRÈ, 1957, n.º 4, págs. 10 e segs; também ARIETA in o.c. pág. 15. Estas medidas eram consideradas como apêndice da execução forçada.

(9) Neste sentido UGO ROCCO, Tratado de Derecho Procesal Civil, DEPALMA, 1977, v. V, pág. 22.

(10) Neste sentido FRITZ BAUR, Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares, SAPE, 1985, págs. 41 e 45; ARIETA in o.c. págs. 15 e 16; e MARIO DINI in I Provvedimenti ... n.º 4, págs. 11 e 13.

(11) In Provvedimenti ... n.º 4, pág. 11; também FRITZ BAUR, in o.c., pág. 41.

(12) In I Provvedimenti ... n.º 4, pág. 13; e segundo FRITZ BAUR “está a serviço da pacificação pública” in o.c. pág. 45.

(13) In ARIETA in o.c. pág. 17.

4 – A “Référé” Francesa

Este instituto de larga aceitação, não só no direito francês, como nas legislações europeias, já era regulado pelo antigo Código de Processo Civil francês, e vem regulado no atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor a partir de janeiro de 1976, no art. 484 que o define como:

“une decision provisoire rendue à la demande dune partie, l’autre presente ou appelée dans les cas où la foi confere à une juge qui n’est a pas saisi ou principal le pouvoir dordonner immédiatement les mesures nécessaires”

A chamada “jurisdiction des référés” (jurisdição de urgência) é um meio excepcional, um instituto de urgência para resolver as dificuldades da execução de forma sumária e provisória, de extrema rapidez, dirigida ao Presidente do Tribunal. Possui alguma parecência, quanto ao exercício do juiz, a um poder geral de cautela mais amplo e de tudo vinculado ao juízo de mérito ⁽¹⁴⁾.

A provisoriedade dessa medida está insculpida no art. 809 do mesmo diploma processual que assevera:

“les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principale”

Demonstra o aludido artigo que a “référé” possui um caráter essencialmente provisório, não podendo prejudicar nem incidir sobre o mérito. Apesar de, na maioria das vezes, antecipar medidas satisfativas do Direito. ⁽¹⁵⁾

5 – Os Primórdios do Direito Italiano

A tutela cautelar, como um dos aspectos integrantes da função jurisdicional, no particular que se refere a sua autonomia, sofreu lenta e gradual evolução científica.

Segundo alguns autores que tentam mostrar alguma evolução mais científica do processo cautelar, a partir do trinômio Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, demonstram desconhecer as manifestações na obra de Mattiolo e Mortara no século passado que são os primórdios do direito italiano.

Conforme Lancellotti é possível individualizar em três partes o processo de evolução científica que afirma a autonomia da tutela cautelar ⁽¹⁶⁾.

Num primeiro momento constatamos, na obra de Mattiolo, anotações sobre os seqüestros, procedimentos da denúncia de obra nova, que eram incidentes processuais de natureza provisória, dos quais se extraiu o escopo cautelar, dito também preventivo ou conservativo se tornava diverso daquele propriamente executivo.

Já, numa segunda etapa, o que marcou foi o pensamento de Mortara, inobstante entender que o arresto pessoal era meio de execução forçada ⁽¹⁷⁾, reagiu a doutrina alemã acerca do enquadramento do seqüestro no processo executivo, centralizando em si um grupo autônomo de procedimentos.

Na terceira fase do desenvolvimento científico encontramos a obra de Chiovenda, que tratou de forma unitária o tema nevrálgico da tutela cautelar, ao salientar que:

“Existem medidas especiais destinadas a conservar o estado de coisas atual. Medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática; e são várias, conforme a vária natureza do bem a que se aspira” ⁽¹⁸⁾.

(14) Neste sentido ARIETA, in o.c. n.º 6, págs. 18 e 19; OVIDIO BAPTISTA in Comentários ao Código de Processo Civil, LEJUR, 1986, págs. 60 e segs.

(15) Segundo OVIDIO BAPTISTA, cresce a cada dia a tendência de estas medidas serem cada vez mais utilizadas como forma de uma realização antecipada do direito, in Comentários ..., pág. 61.

(16) In “Osservazioni critiche intorno all’autonomia processuale della tutela cautelare” Riv. dir. proc. 1939, págs. 238 e segs.

(17) In “Manuale della procedura civile”, TORINO, 1921, v. 2, págs. 427 e segs.

(18) In “Instituições de Direito Processual Civil” SARAIVA 1969, v. I, § 11, n.º 82, pág. 272.

Chiovenda admite, pelo exposto supra, que existem medidas acautelatórias capazes de assegurar um possível dano a um direito ou a um possível direito, antes de se declarar a vontade concreta da lei, trazida no processo principal.

E segundo o mestre italiano:

"A medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; se, pois, na realidade, esse dano é ou não iminente apurar-se-á na verificação definitiva."⁽¹⁹⁾

A efetividade referida pelo autor significa que a medida provisória faz atuar uma verdadeira, uma real vontade da lei; mas vontade esta que consiste em garantir a atuação de uma outra vontade da lei "processo principal" Vincula, indissociavelmente, Chiovenda, a tutela cautelar com o processo principal, dando à primeira uma finalidade acessória do segundo, sem que com isso se perca a autonomia⁽²⁰⁾, é o que hoje encontramos no art. 796 do CPC. E por atual, que significa, em vista da aparência do direito no momento, e sua justificação final, ou seja, o que hoje tecnicamente se chama *fumus boni iuris*. Já o temor de um dano jurídico identifica o atual *periculum in mora*.

III – Pressupostos da Ação Cautelar

1 – Condições Gerais da Ação

O Processo Cautelar foi contemplado pelo Código de Processo Civil de 1973, com o Livro III, coisa que nem os italianos ousaram fazer sobre tal matéria

É sabido e consabido que a jurisdição é inerte, segundo se depreende do art. 2 do Código de Processo Civil. Com vista a isso a tutela cautelar se manifesta, salvo art. 797 do CPC, através de um pedido, de uma demanda, que tem por instrumento a petição inicial.

Este agir da parte que se traduz comumente pela alcunha de ação deve, pela sistemática adotada pelo legislador pátrio, apresentar determinadas condições (teoria eclética da ação), sob pena de não se conhecer do pedido, são elas: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a *legitimatío ad causam*.⁽²¹⁾

a) Possibilidade Jurídica do Pedido - Inobstante o próprio autor ter renunciado a esta condição da ação (v. nota 21), ela nos é importante, pelo fato de estar presente no nosso CPC, art. 267, inc. VI. Para muitos autores esta condição consiste na preexistência, em abstrato, de regramento pelo direito objetivo, da providência jurisdicional constante no pedido da parte, o que não é tão correto, pois segundo demonstra Monis de Aragão ela deve ser enxergada "com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável"⁽²²⁾, o que significa entender a possibilidade jurídica do pedido em sentido negativo, isto é, ampliam o seu significado.

(19) In Instituição..., v. I, pág. 274

(20) Para CHIOVENDA "O poder jurídico de obter uma dessas medidas é por si próprio, uma forma de ação (ação assecutoria); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe". in Instituições... o.c., pág. 273.

(21) É interessante notar a confusão que fazem os doutrinadores e a jurisprudência acerca das chamadas condições da ação. Em realidade, as condições da ação nasceram com a teoria concreta do direito de agir, que conferia direito de ação somente a quem tivesse razão, mais precisamente com CHIOVENDA que as identificava em: "1) a existência de uma vontade da lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2) a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3) o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos." in o.c., n.º 19, pág. 66. É verdade que Liebman ao recriar as condições da ação tinha presente as condições da ação apresentadas por Chiovenda, só que Liebman, fundador da teoria eclética da ação, conceituou-as de forma diferente, apesar de utilizar quase a mesma nomenclatura, são elas: o interesse de agir, a legitimação para agir e inicialmente a possibilidade jurídica do pedido, que deixou de ser condição da ação a partir da 3ª edição do seu Manual de Direito Processual Civil. Enquanto para Chiovenda a qualidade era a legitimidade entre o autor e o titular ativo do direito e o réu com o titular passivo do direito, para Liebman a legitimidade passou a significar simplesmente "as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto." in Manual de Direito Processual Civil. Forense 1984, n.º 74, pág. 157. O interesse de agir para o primeiro autor não difere do segundo. Portanto, o que na prática é aplicado, no que se refere à legitimidade para agir, é a teoria defendida por CHIOVENDA e não a teoria esposada pelo Código de Processo Civil, que, é a de Liebman, que tem uma significação bem distinta, pois enquanto para CHIOVENDA falta a legitimidade para a ação, para Liebman não haverá carência de ação.

(22) In Comentários ao Código de Processo Civil Forense 1987 n.º 521 pág. 538

Assim também ocorre com relação às ações cautelares, apesar da abrangência do poder geral ter dilatado em muito a possibilidade jurídica das medidas de segurança, colocando ao lado das cautelas específicas, as inominadas. Contudo, há normas legais e circunstâncias que cerceiam a adoção destas medidas inadvertidamente. O exemplo clássico é a impossibilidade da adoção da medida de arresto sobre bens impenhoráveis, em consequência do art. 821 do CPC.

b) Legitimação para a Causa - A *legitimatío ad causam* como é vista pela doutrina e pela jurisprudência compreende a titularidade ativa e passiva da ação. O possível titular do direito subjetivo, ou pretensão⁽²³⁾ estará legitimado no pólo ativo, e no pólo passivo irá figurar aquele que deverá suportar os efeitos advindos da procedência da decisão na lide.⁽²⁴⁾

No que diz respeito às cautelares, a legitimação apresenta características distintas conforme se trate de cautelar antecedente ou incidente. Nas medidas antecedentes, só poderão figurar como partes os mesmos possíveis titulares do direito da ação principal ou, eventualmente, seus sucessores, devendo ocupar obrigatoriamente o mesmo pólo, sob pena de carência de ação.⁽²⁵⁾

Já, nas medidas incidentes, a legitimação se amplia e a posição das partes pode sofrer inversão em relação à cauda principal já em desenvolvimento, pois quem é autor da ação cautelar pode ser autor ou réu da ação principal. Abre-se, também, a possibilidade a terceiros intervenientes e detentores do interesse jurídico, bem como ao Ministério Público e aos substitutos processuais, nos casos previstos em lei, inclusive para propor medidas antecedentes.⁽²⁶⁾

c) Interesse de Agir - Esta condição da ação consiste no interesse em obter uma providência jurisdicional quanto a um direito material, ou pretensão. É, segundo Liebman "a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido."⁽²⁷⁾ É a demonstração da utilidade da medida. É a necessidade de eu obter aquilo que acho que necessito. Em suma, é a soma do binômio necessidade mais utilidade, que encontramos na cautelar quando temos de demonstrar a possibilidade de dano que é a necessidade de se interpor a medida, e a sua irreparabilidade ou difícil reparação que é a utilidade da medida. Consubstancia-se aí o chamado *periculum in mora*.⁽²⁸⁾

A tutela cautelar deve apresentar estas condições, como de resto todo pedido de provimento jurisdicional, já que também encontra-se subordinada aos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Afora estas condições gerais que devem ser apresentadas por qualquer ação para que possam ser conhecidas, inobstante entender que estas condições são do mérito da ação; portanto, são condições de procedibilidade da mesma. As ações cautelares possuem condições peculiares, específicas, que devem estar presentes, para que o juiz conheça do pedido do autor. São elas: o perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação (mais conhecido como *periculum in mora*), o *fumus boni iuris* a sumariedade da cog-

(23) Neste sentido PONTES DE MIRANDA. in Tratado de Ações, RT 1972, t. I, pág. 94

(24) Em sentido contrário a tal vinculação ALLORIO, in Problemas de Derecho Procesal, EJEA, 1963, v. II, págs. 262 e ss.

(25) Neste sentido encontramos se bem que não faça a distinção entre cautelar antecedente e incidente MARIO DINI in o.c., n.º 39, pág. 162.

(26) Também nesse sentido MARIO DINI, in o.c., n.º 39, pág. 162; GALENO LACERDA, in Comentários ao Código de Processo Civil, FORENSE 1990, n.º 8, pág. 44 e n.º 47, pág. 301; sentido contrário encontramos OVIDIO BAPTISTA DA SILVA que diz: "Contudo, face aos estreitíssimos limites impostos pelo art. 6º do C.P.C. cremos que seria difícil a fundamentação, em tal caso, de uma medida cautelar postulada para defesa de direito de terceiro, sobre que teríamos apenas interesse reflexo, de natureza econômica, como ocorreria no arresto de bens de terceiro, devedor de nosso devedor." In Comentários... o.c. pág. 187.

(27) In o.c., n.º 74 pág. 156.

(28) Entendendo que o interesse de agir nas ações cautelares está presente no *periculum in mora* encontramos GALENO LACERDA in o.c. n.º 47 pág. 302; MARIO DINI in o.c., pág. 40; ZANZUCCHI, in *Diritto Processuale Civile*, GIUFFRÉ, 1947, v. I, n.º 39, pág. 154. É interessante notar o posicionamento de ALLORIO sobre o interesse de agir nas medidas cautelares, pois segundo o autor: "También en él, el interés en la medida provisional podría existir con independencia del peligro in Problemas de Derecho Procesal EJEA 1963 v. II, pág. 289

nição, a temporariedade (provisoriedade), situação cautelanda e a sentença mandamental. Aqui estudaremos somente os aspectos relevantes do chamado *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, deixando, quiçá para uma outra oportunidade, o aprofundamento dos demais requisitos.

2 – Condições Específicas da Ação Cautelar

a) “Fumus Boni Iuris”

Já salientava o inolvidável Carnelutti, em sua última obra: “El slogan de la justicia rápida y segura, que se encuentra siempre en las bocas de los políticos inexpertos, contiene, desgraciadamente, una contradicción in adiecto; si la justicia es segura no es rápida, si es rápida no es segura. Algunas veces la semilla de la verdad pone años, incluso siglos, para convertirse en una espiga (*veritas filia temporis*)”⁽²⁹⁾

A certeza, a justiça, a segurança são deixadas ao processo de conhecimento, enquanto ao processo cautelar fica resguardado o papel de proteção do direito substancial de cautela⁽³⁰⁾, que se traduz numa situação objetiva de perigo, capaz de fazer perigar um determinado direito, ou pretensão

Num processo de cognição normal, o juiz carece de uma prova plena obtida por um exauriente contraditório, a fim de julgar a relação litigiosa; por conseguinte, a demonstração cabal, firme, segura do direito apresentado no processo de conhecimento é requisito inarredável, sob pena da não-acolhida da pretensão do autor

Na prestação jurisdicional obtida através do processo cautelar, a forma do direito impõe ao juiz o cumprimento de distintas etapas que, no entendimento de Ugo Rocco, podem ser teóricas e práticas.⁽³¹⁾

O direito embutido numa ação cautelar assume feição diferente daquela embutida num processo de conhecimento, isto é, a pretensão à segurança não permite uma certeza de um direito, senão uma aparência. Com base nisso, salienta Hugo Alsina que “es preferible el exceso en acordar la traba que la parquedad en negarla”⁽³²⁾

Com base na natureza da pretensão cautelar é que ela possui uma *cognitio summaria*, servindo a sua celeridade, ou seja, não permite a urgência, senão um exame superficial, ou como dizem os italianos: “*sommarie informazioni*, diverso do procedimento ordinário que exige a plena *cognitio*”⁽³³⁾

Como bem observa Ovídio Baptista: “A diversa finalidade do procedimento cautelar faz com que ele se contente com uma demonstração mais singela do direito ameaçado, diferenciando-se em intensidade e em profundidade, quanto às exigências probatórias do procedimento comum”⁽³⁴⁾

(29) In *Derecho y Proceso*, EJE, 1971, n.º 95, pág. 177.

(30) Neste sentido ALLORIO, “Per una Nozione del Procedimento Cautelare” in *Riv. dir. Proc. Civ.* I, págs. 18 e segs; OVIDIO BAPTISTA, in *As Ações Cautelares e o novo Processo Civil*, FORENSE, 1980, n.º 3, págs. 20 e segs; e Comentários... o. c., pág. 89e segs; em sentido contrário isto é negando a existência do direito substancial de cautela encontramos CALVOSA in o. c., pág. 229.

(31) In o. c., pág. 97.

(32) In *Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial* EDIAR, 1962, v. V, Cap. XLI, nota 4, pág. 452.

(33) Neste sentido, MARIO DINI in o. c., págs. 52 e segs; ARIETA, in o. c., págs. 50 e segs; CHIOVENDA in o. c., n.º 83, pág. 275; LIEBMAN, in *Manual...* o. c., n.º 96 pág. 217; PONTES DE MIRANDA, in *Comentários ao Código de Processo Civil de 39*, FORENSE, 1959, t. VIII, pág. 313. É mais precisamente MARINONI quando fala que “a situação perigosa indica a necessidade de uma tutela urgente, mas é a aparência que conduz à tutela de cognição sumária” in *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória* RT, 1992, n.º 4.3, pág. 83. Também é de se salientar que nem toda tutela sumária é cautelar, segundo nos mostra PROTO PISANI, in “Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata” contido no livro “Atti del XIII Convegno Nazionale” GIUFFRÈ 1979, n.º 9, págs. 68 e segs.

(34) In *As Ações Cautelares* o. c. pág. 53

Esta cognição sumária, que não pode ser confundida com determinadas ações que possuam sumariedade no seu procedimento, está em oposição às plenárias, v.g., no mandado de segurança não se admite a prova testemunhal, o que não quer dizer que haja cognição sumária, pois apesar da limitação da prova que gera uma sumariedade no seu procedimento, há uma cognição exauriente⁽³⁵⁾. É, neste o sentido, do Código de Processo Civil italiano, ao se utilizar da expressão “*sommarie informazioni*”, v.g., no art. 695, entre outros, para qualificar esta especial modalidade de demonstração de fatos plausíveis e verossímeis, ou como querem os italianos “*di un giudizio di probabilita e di verisimiglianza di una situazione giuridica sostanziale*”

O *fumus boni iuris* consiste, não numa declaração de certeza e de prova da existência do direito, mas sim de uma demonstração razoável de um direito subjetivo favorável, mesmo porque esta declaração de certeza diz respeito ao processo principal e não ao cautelar

Merece transcrição o inesquecível ensinamento de Calamandrei acerca do assunto, para quem “la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”⁽³⁶⁾

Portanto, no juízo cautelar basta uma demonstração verossímil, plausível, acreditável de um direito substancial favorável que abstratamente é protegido pela ordem jurídica ou não proibido pela mesma. E, como dizem Castagnet Y Barluenga, referindo-se à jurisprudência argentina: “constituye un presupuesto de toda medida precautoria acreditar la verosimilitud del derecho. La comprobación de la existencia del derecho debe ser justificada en forma sumaria”⁽³⁷⁾

Liebman assevera que sobre o direito apresentado pela parte “il giudice deve formar si una semplice opinione di credibilità”⁽³⁸⁾

O jurista argentino Guillermo Snopek, citando o direito americano, diz: “es suficiente para acreditar el (colorable title) o el (colorable right) cual se lo denomina en la jurisprudencia norteamericana en el sentido de derecho de probable verosimilitud. O sea la acreditación de una real apatencia del derecho, lo colorable del título jurídico, su carácter verosímil”⁽³⁹⁾

Constata-se que a análise do *fumus boni iuris* fica ao talante do juiz, que possui um poder discricionário, no sentido de este valorar a seu critério a plausibilidade ou verossimilhança do direito que lhe é apresentado. É ele, magistrado, quem vai subjetivamente dizer se há ou não a fumaça do bom Direito. Tanto que, salienta Ugo Rocco, que: “el llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva, y en gran parte discrecional, del juez, sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial”⁽⁴⁰⁾

A situação cautelanda considerada favorável se apresenta, não sob a forma de certeza, mas sim de probabilidade, de verossimilhança. A parte não precisa dar certeza de seu direito, porém que ele é possível, porque se a parte der certeza de seu direito não mais se tratará de medida cautelar, e sim de medida definitiva⁽⁴¹⁾

(35) Neste sentido MARINONI, ao dizer que “existem tutelas urgentes de cognição exauriente, como é o caso do mandado de segurança e tutelas urgentes de cognição sumária, como são as cautelares e as sumárias antecipatórias” in o. c. pág. 86.

(36) In *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares* Ed. Bibliográfica Argentina, 1945, n.º 21, pág. 77.

(37) In *Las llamadas “Medidas Cautelares” en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 22.434)* contido no livro *Medidas Cautelares*, DEPALMA, 1986, pág. 18.

(38) In *Problemi del Processo Civile*, 1962, pág. 108.

(39) In *Medidas Cautelares en contra de la Administración Pública* PLATENSE 1985, pág. 84.

(40) In o. c., pág. 99.

(41) Neste sentido, ZANZUCCHI, in o. c., pág. 154; ARIETA, in o. c. pág. 52; CALVOSA in o. c. pág. 233; OVIDIO BAPTISTA in *Comentários* o. c. pág. 82; entre outros.

O *fumus boni iuris* é fator condicionante à procedibilidade da pretensão cautelar, ou seja, basta que o pleiteante da medida exponha necessariamente, de forma plausível, acreditável, a situação subjetiva favorável ou, quando menos, a possibilidade que subsista uma situação subjetiva favorável, para que o juiz da causa, valorando-a, acolha a situação cautelanda, prolatando uma sentença de mérito. Conclui-se, conseqüentemente, que a fumaça do bom Direito é pressuposto do mérito da ação cautelar, uma vez que não havendo verossimilhança do direito apresentado, combinado com a ausência do *periculum in mora* o autor não fará jus à pretensão à segurança, mas terá provocado uma providência jurisdicional.⁽⁴²⁾

b) Perigo de Dano Iminente e Irreparável ou de Difícil Reparação

O *periculum in mora* caracteriza-se, indubitavelmente, como o pilar fundamental da doutrina de Calamandrei, como bem se depreende nesta passagem: "El periculum in mora, que constituye la base de las medidas cautelares, no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario".⁽⁴³⁾

Com base nesses ensinamentos, não são poucos os que afirmam que o interesse específico que justifica a medida cautelar surge sempre da existência de um perigo de dano jurídico, derivado da demora do provimento jurisdicional definitivo.⁽⁴⁴⁾

O processo, considerado como uma série de atos praticados pelas partes e tendentes à solução final do litígio, leva considerável tempo, em virtude de vários princípios esculpidos em nosso ordenamento jurídico, tais como, o princípio do contraditório, o princípio do dispositivo, o princípio da igualdade entre as partes, etc.

Tais princípios devem ser assegurados às partes para permitir que elas possam fazer valer o seu direito, mantendo-as em igualdade, sem que uma, por determinadas condições particulares, possa se sobrepor a outra, e, com isso, alcançando a esperada justiça.

Em razão disso, o processo, no seu iter, demanda razoável tempo até o ato final, que é a sentença, podendo, com este lapso temporal, causar um dano. Ou, como lapidarmente preleciona Hugo Alsina: "Desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia, media un espacio de tiempo cuyas consecuencias no deben ser soportadas por quien tenía razón para litigar, sino por quien infundadamente sostuvo una pretensión contraria. Por eso el juez al pronunciar su fallo debe colocarse al momento de la iniciación del juicio, por lo cual la sentencia es siempre declarativa y tiene efecto retroactivo".⁽⁴⁵⁾

Se esta posição doutrinária fosse correta, os interesses embutidos em qualquer processo estariam sempre em perigo, que pode ser dos mais variados e decorrentes de circunstâncias mais diversas, por haver uma demora excessiva entre o início da relação processual e o seu término, que, em alguns casos, pode durar muitos anos

(42) Também no sentido de criticar o *fumus boni iuris* como condição da ação cautelar, encontramos Ugo Rocco que diz literalmente: "Nosotros estamos absolutamente convencidos de la impropiedad del concepto de condiciones de la acción, que no condicionan nada ya que es verdad que aun cuando tales condiciones no existan, se tienen igualmente el derecho de provocar una providencia jurisdiccional, por lo menos para oír que se declara que esas supuestas condiciones no existen" in o. c., nota 13, à pág. 98; OVIDIO BAPTISTA, in As Ações Cautelares ..., o. c., § 8, pág. 34; GALENO LACERDA in o. c., n.º 47, pág. 296; MARCOS V. DE ABREU SAMPAIO in Revista de Processo n.º 49 págs 165 e segs. Já em sentido contrário, entendendo que o *fumus boni iuris* é condição da ação cautelar, ZANZUCCHI in o. c. pág. 154; THEODORO JUNIOR, in Processo Cautelar; LEUD, 1989, § 9.º, n.º 48, pág. 71; FREDERICO MARQUES, que chama de pressuposto do processo cautelar, o que é a mesma coisa in Manual de Direito Processual Civil SARAIVA 1987 v. 4 § 168, pág. 338.

(43) In o. c., pág. 338.

(44) Neste sentido, CONIGLIO, in II Sequestro Giudiziario e Conservativo, 3.ª ed. 1949 págs 2 e segs.; LIEBMAN in Manuale ..., o. c., n.º 96, pág. 217; CARNELUTTI in Instituciones del Proceso Civil EJE A 1973, n.º 42, pág. 85; ZANZUCCHI, in o. c., pág. 154; SNOPEK in o. c., pág. 85; GALENO LACERDA, in o. c., n.º 47, pág. 294; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, in A Figura do Processo Cautelar, AJURIS, n.º 19, pág. 24; THEODORO JUNIOR, in o. c., n.º 51, pág. 77; CALMON DE PASSOS in Comentários ao Código de Processo Civil RT v. X t. I n.º 81, pág. 96; entre outros.

(45) In o. c. págs 447 e 448.

Alguns esclarecimentos acerca de determinados conceitos básicos são necessários, para que se possa identificar a essência deste requisito de procedência da tutela cautelar.

Num primeiro momento, há a necessidade de se precisar o que é a possibilidade ou probabilidade de dano. Segundo a aceção comum, o adjetivo possível deriva do latim *possibilis*⁽⁴⁶⁾ e o substantivo abstrato possibilidade serve para indicar tudo aquilo que ainda não se há produzido ou verificado, ou, como quer Aurélio Buarque de Holanda, ao dizer que possível é o "que pode ser, acontecer ou praticar-se". A medida que se passa para a probabilidade, mediante a graduação e a medida da possibilidade, que pode ser maior ou menor, próxima ou remota, tem-se, por conseguinte, a possibilidade próxima, ou seja, a probabilidade que é a maior possibilidade.

Já, o perigo como possibilidade ou probabilidade de um dano é, segundo Ugo Rocco, "la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien, o el sacrificio, o la restricción de un interés, sea éste tutelado o la forma de un derecho subjetivo, o en la de un interés jurídico".⁽⁴⁷⁾

Os conceitos expostos acima, em geral, se referem ao perigo como possibilidade ou probabilidade de um dano e podem encontrar-se em todos os ramos do direito.

Esse é o maior empecilho aos juristas que não possuem bem sedimentados determinados conceitos básicos, com os quais se deva trabalhar, a fim de evitar chegar-se a conclusões falhas sobre determinados assuntos.

A expressão *periculum in mora* está diretamente relacionada à doutrina criada por Calamandrei, que justifica a existência da tutela cautelar como sendo a demora excessiva do processo principal, que pode produzir um dano, e esta concepção é tão forte que influenciou inclusive a redação do art. 700 do CPC italiano, o qual acabou definindo o *periculum in mora* como "fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile".

Porém, não é esta determinação geral de perigo, como possibilidade ou probabilidade de um dano, que permite a alguém preencher os requisitos exigidos para pleitear uma tutela cautelar. Aqui, o perigo deve ser atual ou iminente e causar um dano irreparável ou de difícil reparação que decorre de uma situação objetiva de perigo, que inspire uma razoável conclusão de plausibilidade de sua ocorrência. A demonstração deve ser realmente objetiva,⁽⁴⁸⁾ isto é, não pode ser uma preocupação interna do proponente, deve trazer elementos externos, perceptíveis pelo juiz, para a comprovação da situação cautelanda.

A iminência de um dano irreparável representa, incontestavelmente, o substrato da ação cautelar que, intentada sem a devida demonstração do temor atual de dano que sempre há de ser fundado, segundo o art. 798 do Código de Processo Civil, não alcançará êxito. Tanto é verdade que o legislador, quando inseriu a tutela antecipatória no art. 273 do CPC, deixou sabiamente de fora este requisito "iminência", pois, segundo o inc. I do referido artigo, basta, para a tutela antecipatória, que a parte interessada demonstre somente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que esta tutela está justificada exatamente na demora do processo principal que por si só afasta a iminência.

No que se refere à possibilidade de dano, observa Ovidio Baptista que "com efeito, por definição, o dano continua sendo um simples 'risco' e, neste terreno, jamais a parte poderá demonstrar a veracidade absoluta do que alega, a não ser no momento em que o 'risco de dano', transformando-se de uma mera potencialidade em atualidade, deixa de ser risco, para ser fato. Neste caso, como é curial, a medida cautelar já seria inócua, pois o dano que se pretendeu evitar acaba de ocorrer".⁽⁴⁹⁾

(46) Cfr. Dicionário Escolar Latino-Português FAE 1988, pág. 426.

(47) In o. c., pág. 48.

(48) Neste sentido, Lopes da Costa, in Medidas Preventivas 2.ª ed. 1958, pág. 44.

(49) In As Ações Cautelares, n.º 14, págs. 71 e 72.

Para o juiz conceder medida cautelar não poderá exigir uma prova total e acabada acerca do perigo, mas justificação, demonstração de plausibilidade da ocorrência do risco, de vez que pelas características peculiares da tutela cautelar, a análise objetiva feita pelo juiz da causa terá de ser rápida e sumária, sempre anterior à precipitação dos fatos, isto é, à perda, ao grave dano que o interesse possa sofrer, deve ser ulterior ao nascimento deste direito.

É necessário entender, segundo demonstra Pontes de Miranda, que as medidas cautelares "supõem superveniência dos fatos e necessidade de se manter o "status quo"⁽⁵⁰⁾, ou seja, o fim precípuo da tutela cautelar é o interesse processual na manutenção do status quo, evitando com isso a irreversibilidade de situações fáticas ou a sua difícil reparação. Ou nas palavras de Carnelutti, quando diz "que en lugar de procurar a uno de los litigantes una posición favorable, se trata de lo contrario, esto es, de evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes"⁽⁵¹⁾

Verifica-se, portanto, que o dano jurídico que se pretende evitar não nasce do perigo da demora da prestação jurisdicional definitiva, uma vez que também na execução provisória este dano jurídico se faz presente⁽⁵²⁾. Para configurar uma tutela cautelar deve-se agregar ao elemento possibilidade de dano jurídico, uma situação

objetiva de perigo, atual, iminente e irreparável ou de difícil reparação em relação ao interesse, e não como queria Calamandrei.

Critica a posição de Calamandrei, e, conseqüentemente, de quase toda a doutrina brasileira, Calvosa, ao salientar que "Data una "situazione cautelanda", cioè a dire una situazione soggettiva favorevole, eventualmente incerta o contestata, la "situazione cautelante" trarrà la sua ragion d'essere nel pericolo attuale e imminente che si pervenga alla transgressione della "situazione cautelanda" o che la sanzione-risarcimento possa non essere attuata o risultare comunque di difficile attuazione"⁽⁵³⁾.

Também Ugo Rocco se desvincula da concepção tradicional do *periculum in mora* e o conceitua como "El *periculum in mora* no consiste, pues, en el 'peligro del retardo de la providencia definitiva', sino en la posibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitando su realización por medio de los órganos jurisdiccionales"⁽⁵⁴⁾.

Conclui-se, por conseguinte, ao contrário da maioria dos doutrinadores, que não basta somente o perigo no retardo, como dizem os italianos, na prestação da tutela definitiva. É necessário um plus que defina a tutela cautelar diferenciando-a das demais, isto é, um provável perigo de dano, atual, iminente e irreparável ou de difícil reparação que deve ser demonstrado objetivamente, em relação ao interesse, à situação cautelanda, como bem está insculpido em diversas legislações, e g., nos art 700 do Código de Processo Civil italiano e art 232 do Código do Processo Civil e Comercial da Argentina.

(50) In Comentários ao CPC 39 o.c., pág. 312.

(51) In Derecho y Proceso, EJE, 1971, n.º 234, pág. 415. O único equivoco do autor é entender que o desequilíbrio entre as partes pode ser derivado da demora do processo principal sendo que o mais comum é que algum fato externo ao processo ameace o equilíbrio entre elas.

(52) Segundo o próprio CALAMANDREI "En los casos en que la cláusula de ejecución provisoria se halla establecida con objeto de obviar un *periculum in mora*, su función cautelar puede configurarse de dos diversos modos. A veces el dano que la misma trata de prevenir es el que derivaría del retardo en la satisfacción del derecho en vista de que, funcionando aquella como medio para acelerar, a través de la inmediata ejecución forzada tal satisfacción" in o.c., n.º 15 págs. 62 e 63; também neste sentido, FEDERICO CARPI, ao dizer que "Lo strumento per spezzare la catena del tempo e dell'attesa è individuato nell'anticipazione dell'esecuzione" in La Provisoria Esecutoria della Sentenza GIEFFRÉ 1979 pág. 18.

(53) In o.c. pág. 243.

(54) In o.c. n.º 14 pág. 77.

IV – Teoria Geral da Ação Cautelar

1 – Prolegômenos

Já dizia Jesus a Nicodemo, quem não renasce desde o princípio não poderá ver o reino de Deus.

Com base neste postulado é que se encetarà na teoria geral da ação cautelar.

É passível que toda construção jurídica está voltada ao homem, pois o homem é a medida de todas as coisas. Esse homem é essencialmente social, político de onde fluem naturalmente relações sociais.

Todos os homens possuem, indubitavelmente, necessidade, que é para Ugo Rocco "todo lo necesario para la vida humana; la necesidad es una ley natural del hombre, que procede del instinto, y tiene una sanción natural en la emoción de "placer" por su satisfacción y de "dolor" por su insatisfacción"⁽⁵⁵⁾. O prazer e a dor são a causa da atividade humana, pois o homem vive agindo no sentido de escapar da dor, conseqüentemente atingindo o prazer.⁽⁵⁶⁾

Essas necessidades são ilimitadas. O homem busca sua satisfação nos bens, que é tudo aquilo capaz de satisfazer ou que satisfaz uma necessidade. Esses bens, em sua maioria, são limitados.

A noção de interesse, que é a mola mestra do pensamento de Carnelutti, é fundamental não só para o estudo do processo como para o estudo do direito. Para esse autor, interesse é "la posición favorable a la satisfacción de una necesidad"⁽⁵⁷⁾. Portanto, o interesse é um ato de inteligência, sendo o sujeito do interesse o homem, e o objeto deste interesse, o bem.⁽⁵⁸⁾

Ora, se as necessidades são ilimitadas, os bens limitados e os homens vivem em grupos sociais, haverá uma ocasião em que, sem dúvida, ocorrerá um conflito entre esses interesses.

Salvadas as devidas proporções do conceito carneluttiano de lide, no momento em que se estabelece o conflito de interesses, surge a lide. Portanto, lide é, segundo Carnelutti, "un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)", e, mais adiante, acrescentou "una pretensión insatisfecha"⁽⁵⁹⁾.

A lide, no momento em que quebra as previsões hipotéticas contidas na lei, constitui um estado anormal de convivência social, posto que a base de uma grei gira em torno

(55) In o.c., V. I pág. 16.

(56) A expressão prazer deve ser entendida no sentido mais amplo da palavra. Segundo SANTO TOMÁS DE AQUINO "Respondendo quod omnium agentia necesse est agere propter finem", traduzindo, "Todo agente, por necessidade, atua por um fim", in S. Th. Ia. Ilae. q.1, a.2., e este fim, segundo o autor, é a felicidade, conforme o título contido no artigo citavo da questão cinco, Primeira parte da Segunda parte in S. Th. Ia. Ilae., q. 5 a.8. Este é o sentido em ARISTÓTELES, ao dizer que "Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejo), evidentemente tal fim será o bem ou antes, o sumo bem", in Ética a Nicómaco, contida em Os Pensadores - Aristóteles, v. II, ed. Nova Cultural, 1987 n.º 1.094 a 18, pág. 9, e este sumo bem é a felicidade, in o.c., n.º 1.097 b 23 pág. 15. Eu, particularmente, discordo da posição que afirma que toda atividade do homem está direcionada ao bem; para mim, que concordo com SCHOPENHAUER, quando diz "Se o sentido mais próximo e imediato de nossa vida não é o sofrimento, nossa existência é o maior contra-senso do mundo. Pois constitui um absurdo supor que a dor infinita, originária da necessidade essencial à vida, de que o mundo está pleno, é sem sentido e puramente acidental. Nossa receptividade para a dor é quase infinita, aquela para o prazer possui limites estreitos. Embora toda infelicidade individual apareça como exceção, a infelicidade em geral constitui a regra", in Parerga e Paralipomena, contida em Os Pensadores - Schopenhauer, ed. Nova Cultural, 1988, § 148, pág. 216, a dor é da natureza do homem, e toda sua atividade visa essencialmente escapar da dor conseqüentemente atingindo o prazer, pois quanto mais nos distanciamos da dor, mais próximo estamos do prazer e vice-versa.

(57) In Sistema de Derecho Procesal Civil, UTEHA, 1944 n.º 2 pág. 11.

(58) Neste sentido, CARNELUTTI, in o.c., n.º 2, pág. 11.

(59) In Instituciones del Proceso Civil, EJE, 1973, v. I, n.º 5, pág. 28 e n.º 37, pág. 77. A lide como característica da jurisdição foi criada por CARNELUTTI, quando o mesmo disse que "lide é um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro", in Sistema del Diritto Processuale Civile, 1936, v. I Pádua, págs. 40, 231 e segs. Nesta fase, a que denomino de 1ª, Carnelutti entendia como jurisdiccional somente o processo de conhecimento, não o processo de execução pois não havia pretensão resistida nem a jurisdição voluntária pois nesta não havia lide. Posteriormente

da paz social. A civilização ocidental, para manter a convivência pacífica entre os indivíduos, se utilizou de várias soluções para dirimir esses conflitos de interesses: a autocomposição, a autotutela, a arbitragem e, hodiernamente, a jurisdição.

No atual estágio da história humana, o Estado, como encarregado da paz social, passou a assumir a solução dos conflitos de interesses, salvo em algumas hipóteses, vedando ordinariamente qualquer forma de justiça privada. Essas providências de dirimir conflitos, conseqüentemente mantendo a paz, o Estado realiza através da jurisdição, pois é ele quem administra a justiça e possui o monopólio da jurisdição.

2 – Função jurisdicional cautelar

Em virtude da dinâmica da vida, os fatos se nos apresentam multiformemente. Direito é vida, são fatos em constantes mutações, que o Estado, em vista do monopólio da jurisdição, deve resolver.

O Estado, na função jurisdicional, se apresenta através da figura do juiz,⁽⁶⁰⁾ que é sujeito desinteressado, terceiro imparcial se fazendo presente na relação processual, para ao cabo prolatar uma sentença e assim esgotar o provimento jurisdicional, segundo art 463, do Código de Processo Civil.

Este provimento jurisdicional pode se dar, segundo exposição de motivos do Código de Processo Civil, Cap IV, nº 11, pelo processo de conhecimento, pelo processo de execução ou pelo processo cautelar. Com efeito, nota-se que a jurisdição não se esgota no declarar (cognitio) ou realizar (executio) o direito. A jurisdição se exerce também assecurativamente, cautelarmente. Tanto que Carnelutti salientou que o processo cautelar era o *tertium genus* do processo contencioso,⁽⁶¹⁾ concepção esta adotada pelo CPC na exposição de motivos, Cap IV, nº 11.

No presente estudo, contentar-nos-emos com uma definição singela do processo de conhecimento e de execução. No primeiro, o que se busca é um juízo de certeza do direito, ao passo que no segundo, o objetivo é a satisfação do direito.

Como é consabido, a parte busca o seu bem da vida através do processo, que demanda, inexoravelmente, um momento temporal que medeia da petição inicial à sentença.

O direito da parte, algumas vezes, reclama a si uma urgência, a fim de evitar um dano irreparável ou uma difícil reparação. É o juiz deve prestar a tutela jurisdicional, senão imediatamente, pelo menos num tempo brevíssimo.

na sua 2ª fase, quando escreveu as 'Istituzioni, em 1942', o autor alterou o seu conceito de lide, para introduzir o processo de execução na jurisdicionalidade, pois, segundo ele, a diferença entre essas duas espécies era "la cualidad de la lide: de pretensión discutida o de pretensión insatisfecha", in *Instituciones*, v. I, nº 37, pág. 77. E somente na sua 3ª fase é que veio a jurisdicionalizar o processo voluntário, quando escreveu a sua magnífica obra intitulada *Dritto e Processo*, em 1958, dizendo literalmente "la jurisdicción voluntaria es verdaderamente jurisdicción resulta tanto del fin como del medio: del fin, porque ella constituye, lo mismo que la jurisdicción contenciosa, un remedio contra la desobediencia, aun cuando en potencia más bien que en acto; del medio, porque la reacción se cumple mediante la declaración de certeza, respecto de la cual ya sabemos que consiste en una elección oficial que se sustituye a la elección del particular y precisamente en una elección hecha super partes y por ese imparcial" in *Derecho y Proceso*, EJE, 1971, nº 37, pág. 74. Com isso se quer demonstrar, contrariamente ao que escreveram os autores, que a jurisdicción voluntaria é atividade jurisdicional para Carnelutti, não o era somente nas 1ª e 2ª fases, mas na 3ª, e mais importante, é, na medida que o autor foi evoluindo no conceito da lide. Querer justificar a ausência da jurisdicionalidade na jurisdicción voluntaria argumentando com o conceito de lide desenvolvido pelo autor nas 1ª e 2ª fases é desconhecer a fase mais importante do pensamento carneluttiano.

(60) É interessantíssimo notar por que as partes procuram o juiz, porque, segundo ARISTOTELES, recorrer ao juiz é recorrer à Justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada; e procuram o juiz como um intermediário, e em alguns Estados os juizes são chamados de mediadores na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo conseguirão o que é justo. O justo, pois, é um meio-termo, já que o juiz o é". In *Ética*, o. c. nº 1.132a 20, pág. 88.

(61) In *Derecho*, o. c., nº 234, pág. 413. Discordando deste posicionamento, que classifica a tutela cautelar como *tertium genus*, encontramos CALAMANDREI, que afirma: "las providencias cautelares no constituyen un *tertium genus*, que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y a las de ejecución, de modo que al calificar una providencia como cautelar, se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva". In *Las Sentencias Declarativas de Quebra* contida no livro *Introducción* o. c. apéndice II pág 191.

É ponto pacífico na doutrina que não existe um dogma da completude no ordenamento jurídico, isto é, o direito apresenta um espaço jurídico vazio,⁽⁶²⁾ tanto isso é verdade, que Calvosa assevera que "proprio l'imperfezione della tutela giurisdizionale, la sua inidoneità a restituire, sempre e in ogni caso, in *integrum* le situazione soggettive violate, pone l'esigenza d'una tutela cautelare."⁽⁶³⁾

Esse problema da insuficiência de tutela normativa, muito bem exposta por Calvosa, já era conhecido no direito romano, eram os chamados interditos,⁽⁶⁴⁾ para os casos não normais. Isso é fundamental para a compreensão da tutela cautelar.

A medida cautelar, portanto, é supletiva da insuficiência normativa, tanto que, se o direito pudesse de fato valer imediatamente, isto é, sem atraso, o recurso ao procedimento de urgência seria inibido, ou melhor, seria inibido o juiz de conceder a tutela de urgência. Por conseguinte, conclui-se que, se a situação está normada, não cabe nenhuma medida cautelar, e que essa teria uma função, *ad hoc*, de suprimento do imprevisto, do não-tutelado pelo ordenamento jurídico comum.

O processo cautelar é uma necessidade decorrente da própria idéia do monopólio da jurisdição, com isso, o Estado criou para si um custo muito grande, a fim de manter a paz social, colocando certos direitos em perigo, isto é, de modo que a idéia de processo preventivo e cautelar é um ônus que o Estado assumiu, quando vedou, ao lesado no seu direito, a oportunidade de, pelas próprias mãos, buscar a satisfação desse direito lesado. Em razão disso fica difícil conceber uma ordem jurídica estatal sem uma proteção preventiva, porque ou ele não me protege ou me protege tardiamente.

Para o Estado me proteger preventivamente, não pode haver um exame exauriente das provas, ele deve proteger a aparência do meu direito, a plausibilidade, sob pena de me proteger tardiamente, causando assim um dano irreparável, irremediável ao meu direito subjetivo.

Daí afirmar, acertadamente, Ovidio Baptista que "O que acontece com a tutela cautelar é que a simples aparência de um direito (*fumus boni iuris*) obriga a ordem jurídica a prestar-lhe essa espécie de tutela especial, como forma adequada de proteção"⁽⁶⁵⁾

Corolariamente, a função jurisdicional do processo cautelar é uma prestação dessa função estatal de pretensão à segurança de um direito substancial de cautela, de forma não-satisfativa.

A essência da tutela cautelar, segundo Calamandrei, é que "Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario"⁽⁶⁶⁾

(62) Assunto este muito bem tratado por NORBERTO BOBBIO in *Teoria do Ordenamento Jurídico* ed Polis e UnB 1989, Cap. 4, págs 115 e segs.

(63) In o. c., pág 8, e, especialmente, nas págs. 123 e segs. Também neste sentido, OVIDIO BAPTISTA, in *Comentários*, o. c., págs 47 e 119; mais estritamente, GALENO LACERDA, quando diz "O poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie." in o. c., nº 28, pág 159.

(64) Os interditos em Roma eram em torno de sessenta, segundo nos informa GANDOLFI, em uma das melhores obras, se não for a melhor sobre o tema, intitulada *Contributo allo Studio del Processo Interdittale Romano*, Giuffrè 1955, nº 1, pág 2.

(65) In *Comentários*, pág. 82.

(66) In *Introducción*, o. c. nº 7, pág. 43. E, para Carnelutti, a essência da tutela cautelar em relação ao processo ordinário é que "entre lo rápido y lo bien, el proceso cautelar prefiere lo rápido mientras el proceso principal prefiere lo bien; el segundo aspira, mientras el primero renuncia a la infalibilidad. El programa del proceso principal se resume en la investigación de la 'verdad', que es una fórmula ambiciosa; el proceso cautelar se contenta con buscar la 'probabilidad' que es una fórmula mucho más modesta". In *Derecho*, nº 241 pág 425.

3 – Autonomia do processo cautelar

No momento que se tenta demonstrar a autonomia desta especial modalidade de tutela jurisdicional a que se refere a pretensão à segurança, não há uma unicidade por parte dos doutrinadores que ainda relutam em aceitar uma autonomia, ou quando muito restringem-na.⁽⁶⁷⁾

Como se evidenciou no histórico do presente estudo, as medidas cautelares foram consideradas durante muitos decênios como mero apêndice da execução forçada, influenciando vários juristas de renome, dentre eles Mattiolo.

Esta evolução, no íter da autonomia, se deu de forma lenta e gradual, como percipientemente observa Lancellotti⁽⁶⁸⁾

Sistematizarei em três partes distintas:

a) autonomia em relação à ação cautelar

No momento que se foi desgarrando do conceito civilista de ação, com a portentosa palestra, de Chiovenda, na Universidade de Bolonha, em 1903, essa passou a ser entendida em sentido processual, não se confundindo com o direito substancial que se visa proteger.

Daí afirmar, Chiovenda, que “O poder jurídico de se obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória); e é mera ação, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”⁽⁶⁹⁾

No que tange à autonomia da tutela cautelar, levando-se em consideração a ação cautelar, podemos encontrar o saudoso Liebman, in o. c., pág. 92; Hugo Alsina, in o. c. pág. 451; Ernane Fidelis, in o. c., v. II, n.º 1.364, pág. 282

Postas, desse modo, as coisas, não se teria maiores dificuldades de se considerar a ação cautelar como autônoma, porém, o que se nota é que a ação é autônoma como forma de pedir a prestação jurisdicional, e que pode ser cautelar, todavia, o adjetivo cautelar (direito substancial de cautela) só seria autônomo porque está vinculado à forma de pedir a tutela jurisdicional, que se dá através da ação, e não por se apresentar a cautela como uma finalidade *stante a se*. Para chegar a essa conclusão, Chiovenda valeu-se de um silogismo elementar, no qual encontramos na premissa menor a afirmativa a ação é autônoma, e, na premissa maior, a cautela é buscada através da ação, logo, a cautela é autônoma.

b) autonomia em relação à função cautelar

Muitos autores justificam a autonomia da tutela cautelar levando em consideração a finalidade, o escopo do processo, quer dizer, o resultado último que visa conseguir. Segundo essa concepção, que é a mais difundida, o processo cautelar serviria para prevenir os danos que possam derivar entre o início e o fim de um processo de cognição ou de execução. A sua função poderia ser sintetizada na lapidar de Calamandrei “instrumento del instrumento”,⁽⁷⁰⁾ isto quer dizer que o processo cautelar é um instrumento que visa proteger o resultado útil que é obtido em outro instrumento, que é o processo.

Neste sentido, também é o magistério de Carnelutti, ao salientar que a autonomia do processo cautelar está em “Esta es la fórmula que se presta a un desarrollo feliz al derivar de ella que, mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven la tutela del derecho, el proceso cautelar, em cambio, sirve para la tutela del proceso”.⁽⁷¹⁾ Arieta não se distancia desse entendimento.⁽⁷²⁾

(67) Neste sentido, ARIETA, salientando que “in almeno quattro differenti impostazioni, sotto il profilo dell'autonomia dell'azione cautelare, dei provvedimenti cautelare della funzione del processo cautelare e infine della costruzione di un diritto sostanziale di cautela

(68) In o. c., págs. 238 e segs.

(69) In Instituições... 1.º v. n.º 82, pág. 273

(70) In Introducción... n.º 9, pág. 45.

(71) In Derecho... o. c. n.º 234, pág. 414.

(72) In o. c. n.º 11, págs. 35 e segs. Também neste sentido ZANZUCHI in o. c. v. I n.º 38, pág. 151

A doutrina brasileira é muito adepta a essa concepção. A começar pela exposição de motivos do próprio Código de Processo Civil, que salienta, com base na doutrina de Carnelutti, que o processo cautelar é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções dos processos de conhecimento e de execução.

No Brasil, encontramos como adepto fervoroso dessa concepção o Professor Galeno Lacerda, que argumenta no sentido da autonomia, porém, diz ele, “a autonomia da função não significa independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade *stante a se*... a função cautelar se singulariza pela outorga de segurança, com o objetivo, porém, de garantir o resultado útil das outras funções”.⁽⁷³⁾

Sob este prisma, a tutela cautelar vem sendo tratada pela doutrina como uma forma de decisão interlocutória de luxo do processo principal, pois se isto é verdade ter-se-iam enganado, pois ao invés da propositura de uma única ação, proporia-se duas. É impossível, a meu ver, justificar a autonomia da tutela cautelar baseada na instrumentalidade, porque se ela, obrigatoriamente, necessita da propositura de uma ação, ela é dependente desta ação, não podendo ser autônoma. O que é dependente não pode ser autônomo. Equivocada, portanto, a concepção adotada pelo CPC no art. 796 que diz “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. Conseqüência prática dessa teoria reside no art. 800 do CPC que determina para as medidas cautelares preparatórias a sua distribuição ao mesmo juiz competente para conhecer da ação principal, felizmente a jurisprudência relativiza em matéria de competência, permitindo a competência cumulativa.

c) autonomia em relação ao direito substancial de cautela

Nessa última forma de se mostrar a autonomia do processo cautelar, consubstanciada num direito substancial de cautela, matéria esta controvertida, cujos autores negam haver.

O direito substancial de cautela foi renascido por Allorio, que sustentava a licitude do comportamento da parte no processo, e é necessário que esse comportamento se configure junto com o exercício do direito de ação e o exercício do direito subjetivo substancial, ao qual a ação é coordenada.

Para melhor definir essa doutrina, deve-se ter presente a exata conceituação do que é a tutela cautelar. Ela é uma forma especial de prestação da tutela jurisdicional, colimando a uma pretensão à segurança, a fim de evitar o dano irreparável ou a difícil reparação, conseqüentemente, afastando a situação perigosa que deve ser iminente.

Para Ovidio Baptista, a autonomia reside na própria essência do processo cautelar, que é o direito substancial de cautela, e que significa “uma situação objetiva de perigo capaz de fazer periclitar um determinado, ou determinável, direito subjetivo, ou pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que a postula”⁽⁷⁴⁾

Vincula-se a esse posicionamento Calvosa, quando demonstra que “L'autonomia dell'azione cautelare e, a mio credere, risulta più che evidente sia sul piano del diritto sostanziale cautelando, sia su quello dei rapporti tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale dei diritti. L'autonomia è dunque connaturale all'azione cautelare”⁽⁷⁵⁾

O direito substancial de cautela pode ser aceito desde que se admita a sentença mandamental como ato jurisdicional, em que este ato contenha mais o *imperium* do que a *notio*, *iurisdictionio*, isto é, um provimento jurisdicional que proteja a simples probabili-

(73) In o. c. n.º 9, pág. 46. Também neste sentido encontramos DINAMARCO, in Fundamentos do Processo Civil Moderno RT 1987 n.º 207, pág. 349; WILLAR DE CASTRO in Ação Cautelar Inominada FORENSE 1986, pág. 28; THEODORO JUNIOR in o. c., n.º 38, pág. 57.

(74) In Comentários... o. c. págs. 89 e 90.

(75) In o. c. pág. 304.

dade do direito invocado, um direito apenas suposto como existente (*fumus boni iuris*), sem que o ato jurisdicional o declare (eficácia de coisa julgada) existente e, não obstante, o proteja

A sentença de procedência na ação cautelar reconhece a existência de uma pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito. Apenas não a declara especificamente existente, bastando-lhe a mera probabilidade de sua existência efetiva. Pode-se afirmar com segurança que a sentença na ação cautelar é mandamental, e que toda sentença mandamental que não for satisfativa será cautelar.

Com vista nessas três hipóteses de autonomia da tutela cautelar, a que me parece melhor é essa última, já que tenta demonstrar a autonomia através de sua verdadeira função, que é a de proteger um direito cautelando, sempre que haja risco de esse direito desaparecer ou diminuir de valor, dada a sua verossimilhança na postulação da medida; não a vinculando com nenhuma outra forma de prestação jurisdicional