

Princípio da demanda e o Poder Geral de Cautela — Medida Cautelar concedida de ofício somente nos casos expressamente autorizados por lei — Descabe reconvenção no Processo Cautelar

SÉRGIO SEIJI SHIMURA
Promotor de Justiça — SP

1) O problema que se coloca é saber se, dentro do poder geral de cautela, vige o princípio da demanda ou o dispositivo. Ilustrativamente: postulada em ação cautelar, com pedido de liminar, separação de corpos, poderia o juiz, além de conceder a separação, determinar o arrolamento de bens ou o arresto dos bens do casal ou mesmo condenar um dos cônjuges em alimentos provisionais. Isto é, dentro da amplitude do poder geral de cautela, como se pode equacioná-lo com o princípio dispositivo ou com o princípio da demanda.

De início, cumpre realçar que a sistemática processual vigente está condicionada ao **princípio da demanda**, que vem consubstanciado em diversos artigos do diploma processual.

O art. 2.º acentua que “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

O art. 128, CPC, ratifica o pensamento: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes”.

Art. 294: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”.

Por fim, o art. 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

O princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. A compulsoriedade

de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo.

Exemplo: Se alguém sendo credor de cem, pede que o juiz condene seu devedor a pagar-lhe apenas oitenta, por mais convencido que o magistrado esteja de que o autor realmente deveria receber os cem de que era credor, nunca poderá condenar o réu a pagar-lhe mais do que os oitenta pedidos na ação¹.

O princípio da **demanda** é entendido por alguns como **princípio dispositivo**. E, de todo modo, tem-se o seguinte: a) o autor é que fixa a lide e o réu, por sua vez, levanta as questões controvertidas; b) a este delineamento bilateral fica o juiz vinculado (**ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelo**), pois deverá conceder ou não ao autor o que solicitou, como ainda solucionar as questões trazidas pelo réu ao processo, em função do bem jurídico pedido pelo autor, o que, todavia, não o inibe de formular, ele próprio, as suas questões — dentro do âmbito estrito da lide; c) o juiz, ademais, deverá julgar, com apoio não só nas alegações das partes, como também na prova trazida aos autos (**secundum allegata et probata actore non probate reus absolvitur**)².

A propósito, a jurisprudência se manifesta no sentido de que Ofende o art. 128 do CPC a decisão que introduz item condenatório do pedido ultrapassando os lindes da causa. Desde fórmula antiga, não deve o juiz julgar além do pedido das partes, pois é ele que marca a largura da faixa em que se estende a relação processual, até que se profira a sentença, nem além, nem fora, nem alguém dessas linhas que o **petitum** traçou. Nos limites em que se põe a lide é que se constrói o suporte da prestação jurisdicional, devendo o juiz, à luz do que dispõem os arts. 128 e 460 do CPC, ater-se ao pedido, sendo-lhe vedado ir além ou fora do que constitui o seu objeto, quer no limite quantitativo quer no limite qualitativo.³

Doutro lado, o poder geral de cautela. O legislador, por mais prudente que seja, ainda que seja o mais detalhista possível, por maior que seja a sua visão, jamais será capaz de prever toda a gama de situações que a vida cria, com as peculiaridades de cada caso em concreto. Se a inexistência de uma norma jurídica decorre de um ato involuntário do legislador, de uma imprevisão legislativa não desejada, o que existe é lacuna legislativa. Porém, se o legislador, propositalmente, normatiza um poder que outorga ao juiz um leque de opções a serem tomadas diante de cada caso específico, considerando a conveniência e oportunidade do momento, o que há é discricionariedade.⁴

Tendo em vista a impossibilidade de se reger todas as hipóteses que as relações jurídicas ensejam, existe um poder com o qual o juiz pode determinar medidas cautelares que julgar adequadas, quando existe fundado receio de que uma das partes cause lesão grave e de difícil reparação, ao direito da outra, antes do julgamento final de uma lide ou da satisfação do direito (art. 798, CPC).

Desde que militem sérios indícios de que o direito de uma parte venha a sofrer prejuízo em virtude da demora da outorga da tutela cognitiva ou executiva, e

1. OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, Curso de Processo Civil, vol. I, 1987, Fabris, p. 50.

2. ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil, vol. I, Parte Geral, 1977, p. 8.

3. 1.ª Turma do STF, 16.2.82, RE 94.063-RJ, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/1.088.

4. GALENO LACERDA, Comentários, n. 26.

havendo plausibilidade das razões aduzidas, o ordenamento jurídico prevê um poder geral cautelar que autoriza o juiz a determinar, impor, ordenar, autorizar ou vedar a prática de determinados atos que evitem o dano ao direito da parte.

O Código de 1939 já previa de modo implícito este poder (art. 675), apesar da jurisprudência ser tímida em aceitá-lo em sua inteireza. Dispunha o artigo 675: “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I) quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II) quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III) quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

Hoje, diante do poder geral cautelar, sediado nos arts. 797, 798 e 799, CPC, nota-se que as medidas cautelares específicas, ou nominadas, são meramente exemplificativas, vez que toda providência assecuratória não prevista no capítulo II, título único, do Livro III, CPC, deve ser considerada como inominada, ou inespecífica, outorgável sempre que as circunstâncias emergentes assim exigirem.

Esse poder genérico também vem previsto nas ordenações européias, como o “*einstweilige verfügungen*” do direito austríaco e alemão, os “*provvedimenti d’urgenza*” da Itália, e do “*contempt of Court*” dos ingleses.

O Código alemão, livro 8.º, seção 5.ª trata do embargo preventivo e das medidas provisórias de segurança. Admite duas espécies de embargo preventivo: real e pessoal. O embargo real tem cabimento quando se receie que, sem ele, se frustrará ou dificultará consideravelmente a execução (p. 917). E o p. 935 permite a adoção de medidas provisórias de segurança com relação ao objeto de litígio, quando haja receio de que, por uma modificação do estado atual, se possa frustrar ou dificultar consideravelmente a efetivação do direito de uma das partes.⁵

Leo Rosenberg sublinha que “los medios de las medidas provisionales de seguridad son tan complejos como múltiples sus objetivos en los casos particulares. (...) El tribunal no está sujeto en seto a limitaciones, pues resuelve de acuerdo con su libre arbitrio”, referindo ao p. 938, que utiliza a expressão “segundo a sua livre discricção” (*nach freiem Ermessen*).⁶

O art. 700 do Codice di Procedure Civile autoriza a decretação dos *provvedimenti di urgenza*, che appaiono, secondo le circostanze, piu idonei ad assicurare provvisoriamente gli affetti della decisione di merito.

Também o Código português de 1967, no art. 300, diz que “quando alguém mostre fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação”. No mesmo sentido é o Código argentino nacional (art. 232, de 1967).

O poder geral de cautela confere duas espécies de prerrogativas. Primeiro, permite o juiz praticar atos de “*polícia judiciária*”, velando pela boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe

5. JOSÉ ALBERTO DO REIS, A figura do processo cautelar, *Ajuris* vol. 19/12.

6. Tratado de Derecho Procesual Civil, tit. III, p. 283.

a função e utilidade final de seu resultado. Nesta primeira hipótese, tem-se simples medidas cautelares, incidentais, tomadas pelo magistrado no curso de processo de cognição ou de execução, ou medidas cautelares *ex officio*, como abaixo se verá.

A segunda prerrogativa é a de permitir a propositura da ação cautelar inominada, ao prescrever "além dos procedimentos específicos".

Assim, no Livro III, há três espécies fundamentais de provimentos cautelares:

- 1) medidas cautelares de ofício do art.797;
- 2) medidas cautelares decretáveis a pedido das partes, do art.798
- 3) verdadeiras ações cautelares, nominadas ou típicas, e inominadas ou atípicas.⁷

Pois bem. Se de um lado o poder cautelar geral é bastante amplo, de outro, não pode ser ilimitado, arbitrário e indefinido. Primeiro, que não pode transpor a sua natureza provisória, não sendo lícito ao juiz conceder, na cautelar, medidas satisfativas. Segundo, que tal poder não pode ser utilizado para obstaculizar a execução de uma decisão de mérito, vez que isto feriria a coisa julgada. Por fim, e é o que no momento importa, deve se ater ao que foi postulado; é dizer, o princípio da demanda também se aplica ao processo cautelar.

Não pode o juiz, a pretexto de usar o seu poder cautelar, deferir medidas não postuladas, sob pena de ferir o princípio da igualdade das partes ou mesmo advogar para uma delas. Se o autor pede uma medida inominada qualquer, deve esclarecer qual o provimento judicial que deseja (ex: suspensão de assembleia, sustação de protesto, afastamento do lar etc.), e não deixar ao alvedrio do julgador a providência mais adequada. Neste sentido, apesar de no art.801 não mencionar expressamente o pedido, está implícito no caput pelo termo "pleiteará".

Calmon de Passos adverte que da vinculação do juiz à iniciativa do interessado, sem a qual não pode exercer a sua jurisdição, também resulta a não fungibilidade do pedido cautelar, visto como permitir ao magistrado decidir ultra, extra ou citra petita é negar o princípio dispositivo. A lei não amplia os poderes do juiz, deferindo-lhe algo que não teria, caso inexistisse o dispositivo, nem lhe atribui algo de especial e novo em termos de função jurisdicional. Na verdade, o art. 798 contém os fundamentos que autorizam o interessado a pleitear e o juiz decretar uma medida cautelar com o rito ordinário, porque inexistente outra medida, nominada e de rito especial⁸.

Na mesma linha de pensamento, Nelson Nery Junior destaca que deve haver harmonia entre os arts. 2.º, 797, 798, 799, CPC, no sentido de ser respeitado o princípio da demanda. Uma vez já provocada a atividade jurisdicional, com o ajuizamento da ação, no curso do processo poderá o juiz, *ex officio*, determinar medidas cautelares para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução. O que não se afigura razoável é dar-se ao juiz o poder de, independentemente de requerimento da parte ou do ajuizamento da ação, iniciar a prestação da atividade jurisdicional com a concessão de providência cautelar⁹.

Em conseqüência, insta registrar que havendo uma medida cautelar típica, ou nominada, para assegurar uma determinada situação, o juiz pode conceder uma atípica com esteio no poder geral de cautela.

7. OVIDIO BAPTISTA, Comentários, p. 114.

8. Comentários, p. 92.

9. Repro vol. 53/193. No mesmo sentido: Conclusão n.º 49 do "Simpósio de Processo Civil de Curitiba", in Repro vol. 3/144.

Liebman ministra que as ações cautelares típicas possuem determinado fim, não se podendo postular provimento cautelar diverso daquele expressamente preestabelecido pela lei, como também é vedado invocar tais medidas nominadas para os casos diferentes daqueles para os quais foram previstas.¹⁰

Vale dizer, sufragando posição de Carlo Calvosa, as medidas inominadas não têm eficácia substitutiva das medidas cautelares nominadas nem se acrescem a elas alternativamente¹¹.

2) Outro ponto a ser salientado é o problema da possibilidade de pedido reconvenção no processo cautelar.

O art. 802, CPC, menciona o termo contestar o pedido. Apesar da doutrina admitir que, no feito cautelar, também é possível arguir a exceção de incompetência, impedimento e suspeição, no que tange à reconvenção, a mesma é inconcebível. E que a característica principal do processo cautelar é a situação de emergência. Admitir uma ação incidental, que é a reconvenção, desnaturaria e obstaculizaria a finalidade da ação de urgência, pois inevitavelmente o âmbito de discussão seria alargado.

Demais, não há nas medidas cautelares direito de base oponível, tanto que o legislador remete o requerido a processo distinto (art. 871), como ocorre, por exemplo, no contraprotesto.¹²

3) Não sendo cabível a ação reconvenção em sede cautelar, como corolário, tem-se que o juiz não pode *ex officio* impor uma medida não postulada pela parte se não autorizada por lei.

E isso porque a concessão de medida cautelar *ex officio* só é permitida nos casos excepcionais, expressamente autorizados por lei (art. 797, CPC).

Fazendo a distinção entre medidas cautelares que servem para a "defesa da jurisdição" e cautelares destinadas à "defesa do direito", Ovídio Baptista observa que somente as primeiras podem e devem ser decretadas *ex officio* pois preservam o prestígio e a seriedade da própria função jurisdicional. Menciona, ainda, que as medidas contidas no art. 797 jamais poderão ser preparatórias ou antecedentes, mas sempre invariavelmente incidentes; não têm qualquer autonomia procedimental, até porque decretáveis *ex officio*.¹³

Igualmente, Sidney Sanches entende que é possível a concessão de medida cautelar de ofício, genérica ou específica, mas desde que haja autorização legal para tanto (art. 797). E dá exemplos: a suspensão da execução (art. 793), com o arresto no processo de execução (art. 653) reserva de bens suficientes em poder do inventariante para pagamento dos credores (art. 1.008). Já na hipótese do art. 798, o juiz não age de ofício, pois a isso não está autorizado expressamente, como se exige no art. 797.¹⁴

4) **Conclusões:** a) o princípio da demanda (ou dispositivo, como querem alguns) tem plena aplicação no processo cautelar; b) descabe pedido reconvenção na ação cautelar; c) o juiz pode conceder medidas cautelares de ofício somente nos casos expressamente autorizados por lei.

10. ENRICO TULLIO LIEBMAN, Manuale di Diritto Processuale Civile, 1968, vol. I, n.º 37, p. 93.

11. Provvedimenti d'urgenza, in Novissimo digesto Italiano, vol. XIV p. 446.

12. CLITO FORNACIARI JUNIOR, Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1983, p. 74.

No mesmo sentido. OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, Do Processo Cautelar, Lejur, 1986, pp. 196 e 202.

13. Comentários, vol. XI, p. 108.

14. Poder Geral Cautelar, Ajuris vol. 44/60.