

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE O PROCESSO CAUTELAR (*)

NÉLSON NERY JÚNIOR

Prof. de Direito Civil e
Processual Civil da PUC — SP
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Generalidades; 2. Características do processo cautelar; 3. Medidas cautelares e medidas preventivas; 4. O poder geral de cautela do juiz; 5. Análise de algumas questões relevantes; 6. Conclusão.

1. GENERALIDADES

O nosso Código de Processo Civil vigente conferiu ao processo cautelar um lugar de destaque no cenário da atividade jurisdicional, dedicando-lhe todo o Livro III, fazendo-o de modo semelhante ao regramento dos processos de conhecimento (Livro I) e de execução (Livro II).

O primeiro estudo científico de que se tem notícia, tendo como centro o processo cautelar, nasceu da pena do ilustre processualista alemão Adolf Wach, ao escrever sobre o instituto do arresto, regulamentado pelo Código de Processo Civil italiano de 1865. Depois dele, já na primeira metade deste século, surge em 1936 o estudo de Calamandrei sobre os provimentos cautelares.

Com a necessidade crescente de se obter uma prestação jurisdicional mais efetiva, quer dizer, mais realizável concretamente no plano fático, observa-se uma tendência da doutrina e jurisprudência dos últimos quinze anos, em enfatizar a utilização das medidas cautelares como instrumento da rápida realização da justiça, sem que isto signifique um abandono dos meios ordinários definitivos (processos de conhecimento e de execução) destinados aos jurisdicionados, para que se alcance a prestação jurisdicional.

A tratativa do processo cautelar em nosso direito positivo vigente, dá a ele a natureza de um terceiro gênero de prestação de tutela jurisdicional, ao lado dos processos de conhecimento e de execução. É ele, portanto, independente dos outros dois.

(*) Conferência proferida em São Luiz, Maranhão, em 17-8-1987, no "Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados", sob os auspícios da Associação dos Magistrados do Maranhão, Escola Superior da Magistratura Nacional e Associação dos Magistrados Brasileiros.

2. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR

Esta independência não significa, entretanto, seja ele irrestritamente autônomo, a ponto de podermos dizer que o processo cautelar teria subsistência própria, independentemente do processo de conhecimento ou do de execução. Esta autonomia e independência se revelam tão-somente no plano "procedimental".

Isto porque as medidas cautelares têm as características da instrumentalidade, da acessoriedade e da provisoriedade, apenas para referir as mais importantes. É preciso que se diga, no entanto, que estes atributos não são exclusivos das medidas cautelares.

A ação cautelar foi concebida em razão das ações de conhecimento e de execução. O seu objetivo é assegurar a plena realização, a eficácia mesma dos processos cognitivos e executórios.

Como se sabe, o processo civil é uma ciência destinada a servir de instrumento para a realização do direito material. Em virtude de o objetivo do processo cautelar ser a pretensão à segurança dos processos de conhecimento e de execução, poder-se-ia dizer, nesta medida, que seria ele um instrumento do instrumento. Esta é a razão pela qual já se afirmou alhures que a ação cautelar é uma ação pura, vale dizer, ação eminentemente processual, como também o é a ação rescisória.

A decorrência da instrumentalidade da ação cautelar é a sua acessoriedade. A ação cautelar não sobrevive sem que exista ou venha a existir uma ação de conhecimento ou de execução, denominada de "principal". Correto, portanto, o mandamento contido no artigo 796, do Código de Processo Civil. A cautela pode ser pedida antes do ajuizamento da ação cujo resultado deva por ela ser assegurado ou, ainda, no curso da ação, se já tiver sido proposta. Diz-se, pois, que a ação cautelar pode ser antecedente ou incidente.

A provisoriedade é o terceiro atributo da ação cautelar. Não existe um processo cautelar definitivo, porque ele não tem por finalidade efetivar o direito material. Ele não é instrumento do direito material, mas sim instrumento do processo. Por isso é correto dizer-se que não se forma a coisa julgada material no processo cautelar. A medida pode ser revogada a qualquer tempo e, se sobrevier razão para tanto, poderá ser novamente concedida. O limite temporal para a concessão da cautela é o trânsito em julgado da decisão de mérito no processo de conhecimento, ou a efetiva realização plena do processo de execução, como por exemplo a satisfação do crédito, a entrega da coisa, etc.

3. MEDIDAS CAUTELARES E MEDIDAS PREVENTIVAS

Existem alguns procedimentos que não deveriam estar regulados no livro dedicado ao processo cautelar, se forem examinados no aspecto da pureza do direito processual. O atentado, por exemplo, nada tem de cautelar nem de preventivo, pois já terá ocorrido a lesão ao estado de fato da coisa litigiosa. Seria, por assim dizer, um misto de ação desconstitutiva, ação mandamental e ação condenatória, pois o código autoriza a condenação em perdas e danos, na sentença que decidir sobre o atentado (artigo 881, parágrafo único, Código de Processo Civil).

Outras providências, como a notificação, a interpelação, o protesto, etc. visam única e exclusivamente prevenir uma situação de fato, para produzir efeitos no campo do direito material.

A opção legislativa pode ser criticável, mas não podemos debitar somente ao legislador, a eventual falha na classificação de um procedimento. Isto porque, como se sabe, há casos em que há dúvida sobre a natureza jurídica de determinada medida, principalmente no campo da chamada jurisdição voluntária, e, agora mais de perto, no terreno das medidas cautelares e também das preventivas.

Pode-se classificá-las, de conseguinte, em: a) **medidas cautelares**, como sendo aquelas destinadas a assegurar a eficácia de um processo de conhecimento ou de execução (arresto, seqüestro etc.); b) **medidas provisionais**, das quais se utiliza o juiz para assegurar o bom andamento do processo, ou seja, deveres atinentes à prestação da atividade jurisdicional (guarda de filhos, venda antecipada de bens deterioráveis, etc.); c) **medidas com o procedimento cautelar ou somente topograficamente cautelares**, que são aquelas relacionadas com interesses de natureza substancial, destinadas a produzir efeitos no âmbito do direito material (notificação para constituição em mora, etc.).

4. O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

Ao lado das medidas cautelares nominadas, descritas e reguladas nos artigos 813 e segs., do Código de Processo Civil, há previsão no sentido de que o juiz conceda outras providências, além das nominadas, que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (artigo 798, Código de Processo Civil). São as cautelares inominadas, que se inserem no poder geral de cautela do juiz.

Mas o que vem a ser o poder geral cautelar do juiz? Poderá ele, de ofício, determinar as medidas que entender adequadas para o caso concreto a fim de assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou de execução?

A questão tem sido insistentemente discutida em doutrina. Há três correntes principais. A primeira, defende a idéia de que é vedado ao juiz proceder *ex officio* atinentemente às medidas cautelares, somente podendo concedê-las de ofício se houver expressa autorização legal para tanto (artigo 797, Código de Processo Civil). É a posição do Min. Sydney Sanches (1).

Uma segunda posição admite irrestritamente a determinação *ex officio* de medidas cautelares, sob o fundamento de que o artigo 797, Código de Processo Civil, não conteria nenhuma vedação para que se lhe desse essa interpretação, que deveria ter alargado o seu âmbito (2).

A terceira corrente, que nos parece a mais acertada, admite conceda o juiz providência cautelar de ofício, somente em se tratando de cautelar incidente (3).

A nosso juízo está correto este posicionamento, porquanto deve haver harmonia entre os artigos 2.º, 797, 798 e 799, do Código de Processo Civil, 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 nos afigura razoável é dar-se ao juiz o poder de, independentemente de requerimento da parte ou do ajuizamento de ação, iniciar a prestação da atividade jurisdicional com a concessão de providência cautelar.

Já se decidiu que algumas providências existem, a cujo respeito não pode o juiz pronunciar-se *ex officio*. Estamos nos referindo à responsabilidade tratada pelo artigo 811, Código de Processo Civil (4). Entretanto, entendemos que a aplicação do artigo 811, do Código de Processo Civil é, por assim dizer, automática, decorrendo a responsabilidade da parte que requereu a cautela, da verificação da sucumbência (5). A responsabilidade é, portanto, objetiva, prescindindo da má-fé (6) ou da culpa do requerente da cautela (7).

- (1) SYDNEY SANCHES, Poder geral de cautela do juiz, "in" RT, 587/14 e segs.
- (2) JOÃO BATISTA LOPES, Medidas cautelares inominadas, "in" RT, 605/12 e segs.
- (3) Foi a conclusão a que se chegou no Simpósio de Curitiba, realizado em 1974, Conclusão n. LXIV, publicada in RT, 482/271.
- (4) JTACivSP 68/76.
- (5) JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos, "in" RF, 246, pág. 213.
- (6) Assim decidiu corretamente o Pretório Excelso, em acórdão inserto na RTJ, 87/665. Em idêntico sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, n. 156, pág. 136. Contra, exigindo a má-fé para que haja o dever de indenizar, RT, 494/161.
- (7) Neste sentido, de que a responsabilidade é objetiva e de que o elemento culpa é inteiramente dispensável, ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, Medidas

Isto porque, em virtude da provisoriedade do processo cautelar, com a concessão da medida advinda de uma cognição sumária do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a execução da medida cautelar sempre corre por conta e risco de seu autor (8).

Ainda que o requerente da medida cautelar tenha agido imbuído de boa-fé, no exercício regular de um direito, subsiste o dever de indenizar. Aliás, existe previsão em nosso sistema jurídico, no sentido de ser devida a indenização decorrente da prática de ato lícito, como é o caso do artigo 160, do Código Civil, por exemplo.

Concluimos, portanto, dizendo que o juiz deve proceder *ex officio*, para condenar o autor da medida cautelar, nos casos do artigo 811, do Código de Processo Civil.

No que respeita à caução do artigo 835, o juiz deve examinar a sua regularidade, de conformidade com o artigo 301, n. XI e parágrafo 4.º, do Código de Processo Civil. Com efeito, o parágrafo 4.º, do artigo 301, diz que, com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício de toda a matéria enumerada no artigo, onde se inclui a falta de prestação de caução (N. XI). Esta é uma hipótese, portanto, onde há expressa autorização legal para o exame *ex officio*, encontrando-se este procedimento do juiz em harmonia com o artigo 797, do Código de Processo Civil (9).

Preventivas, 3.ª ed., São Paulo, 1966, n. 61, pág. 59; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Comentários, cit., n. 156, pág. 136. A redação do art. 811, do CPC, foi haurida do Par. 945, da ZPO alemã, que tem conteúdo semelhante. Na doutrina alemã, a responsabilidade objetiva é reconhecida, como se pode ver do magistério de STEIN-JONAS-GRUSKY, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20.ª ed., Tübingen, 1981, Anotação n. 1 ao Par. 945, pág. 179; THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 14.ª ed., Munique, 1986, pág. 1599. A respeito dessa responsabilidade, BAUR faz interessante construção, entendendo que o dever de indenizar nasce do "sacrifício de direito privado" ("*privatrechtlich Aufopferung*") a que teve de submeter-se a parte adversária do requerente da medida cautelar (*Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967, Par. 70, B, II, 3b, pág. 110). Sobre a doutrina da "Teoria sobre a Pretensão de Sacrifício" ("*privatrechtlicher Aufopferungsanspruch*"), ver FRITZ BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 14.ª ed., Munique, 1987, Par. 25, IV, 2e, bb, pág. 235.

- (8) Cfe. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 2.ª ed., Nápoles, 1935, Par. 11, n. 82, pág. 251, verbis: "L'azione assicurativa é dunque essa stessa un'azione provvisoria; e ciò importa che si eserciti di regola a rischio e pericolo dell'attore, cioè che questi, in caso di revoca o desistenza, sia responsabile pei danni causati dal provvedimento, sia o no in colpa." (Grifado no original.) Na tradução brasileira, de J. GUIMARÃES MENEGALE, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3.ª ed., São Paulo, 1969, n. 82, pág. 274.
- (9) Conforme RT, 584/79, rel. SYDNEY SANCHES. Contra, não admitindo a determinação de caução de ofício, RT, 571/83.

5. ANÁLISE DE ALGUMAS QUESTÕES RELEVANTES

a) Cumulação da ação principal com a cautelar

Não raras vezes temos observado que a parte cumula os pedidos principal e cautelar na mesma petição inicial. É mais. A cautelar, normalmente, contém o pedido de concessão liminar.

O artigo 292, N. III, Código de Processo Civil, exige a compatibilidade de procedimentos como condição para a cumulação de pedidos. Como as medidas cautelares têm procedimento próprio, regulado no Livro III, do código, não nos parece compatível esse procedimento com aquele outro do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Sob esse fundamento, a jurisprudência dominante se inclina pela inadmissibilidade da cumulação (10).

A incompatibilidade é evidente. Bastaria pensar na hipótese em que se negasse a liminar do pedido cautelar, prosseguindo-se nos demais termos do processo. A decisão denegatória da liminar seria agravável, ao passo que o pedido cautelar teria de seguir com rito diferente do pedido principal, tudo dentro do mesmo processo. Estaria instalada a balbúrdia procedimental.

Ademais, ao se permitir a cumulação da ação principal com a cautelar, se o autor pedir também medida liminar, estar-se-ia interditalizando o procedimento ordinário, retrocedendo ao tempo dos romanos, onde o juiz podia apreciar os *interdicta* na decisão inicial sobre a causa.

b) Citação e prazo para contestar

Para a ação cautelar, devem ser citados todos aqueles que seriam partes legítimas no processo principal (11).

A dúvida que nos ocorre no momento, respeita ao termo inicial para o prazo de resposta na ação cautelar. Diz o artigo 802, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que o prazo de cinco dias para contestar começa a correr a partir da juntada aos autos do mandado: I — de citação devidamente cumprido; II — da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Uma interpretação literal deste dispositivo levaria a um paradoxo, pois no caso do N. II, dispensaria a citação, ato absolutamente necessário para a formação da relação jurídica

(10) RT, 498/92; JTACivSP 47/74, 44/203.

(11) RT, 476/117.

processual. Mas uma parcela da doutrina se posicionou no sentido de que o prazo para a contestação começaria a ser contado realmente da juntada do mandado de cumprimento da medida, quando dela já tenha ciência o réu, mas exigindo também a citação para completar a relação processual (12).

Quando a medida ainda não tiver sido concedida, o prazo teria início a partir da juntada do mandado de citação (artigo 802, N. I, do Código de Processo Civil).

Galeno Lacerda é de outra opinião. Para ele, a ciência dada ao réu, pelo oficial de justiça, da efetivação da medida, seria ato equiparável à citação (13). Seria, então supérfluo e sem operatividade o N. I, do artigo 802, do Código de Processo Civil.

A posição mais consentânea com o espírito do código, sempre tendo em mira que a lei não contém palavras inúteis, nos dirige para o fato de que devemos compatibilizar os dois incisos do artigo 802, de modo a fixar os seus contornos e limites de abrangência.

Logo, se deferida a cautela após justificação prévia, quando já houver sido citado o réu, o prazo para contestação fluiria somente a partir da juntada aos autos do mandado em que se tenha certificado a execução da medida. Se negada, o prazo começaria a correr a partir da intimação da decisão denegatória. De resto, o prazo teria início a partir da juntada do mandado de citação efetivamente cumprido.

c) Ação rescisória cumulada com cautelar inibitória do julgado

Tendo em vista que o artigo 153, § 3.º, da Constituição Federal garante o efetivo cumprimento da coisa julgada, e, ainda, que o artigo 489, do Código de Processo Civil, estabelece que a ação rescisória não suspende a execução da sentença ou acórdão rescindendo, existe posição jurisprudencial não admitindo a cumulação da rescisória com ação cautelar, quando esta tenha por finalidade inibir a eficácia do julgado (14).

Ocorre que, com fundamentação absolutamente convincente, Galeno Lacerda expõe que há casos em que já se vislumbra *prima facie* a procedência do pedido rescisório (incompetência

(12) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 7.ª ed., Rio de Janeiro, 1986, pág. 427; SYDNEY SANCHES, *O poder cautelar geral do juiz*, São Paulo, 1978, pág. 68; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. IV, 6.ª ed., São Paulo, 1986, n. 1.071, pág. 388.

(13) GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1987, n. 51, pág. 327.

(14) RTJ, 54/454.

absoluta do juiz, por exemplo), o que tornaria razoável o cabimento da cautelar na pendência da ação rescisória.

Quanto ao primeiro óbice, diz ele que, ao se admitir a rescisória contra a coisa julgada, já se deitou por terra eventual dogma constitucional que a elevasse a um instituto invencível. Relativamente ao segundo fundamento, o eminente processualista preleciona que o artigo 489, do Código de Processo Civil, se aplica tão-somente a ação rescisória, de sorte que o juiz, tendo em vista o poder geral de cautela, que lhe é dado pelo artigo 798, do Código de Processo Civil, pode conceder a medida inibitória contra a coisa julgada. A cautelar é uma outra ação, distinta da rescisória, que não se enquadra na proibição do artigo 489, do Código de Processo Civil (15).

d) Sustação de protesto

É recomendável que o juiz exija a prestação de caução para que conceda a sustação de protesto de cambial. A caução pode ser real ou fideijussória. Não pode o juiz negar caução de bem imóvel, exigindo somente depósito em dinheiro para a concessão da medida (16).

O requerente, entretanto, não pode ficar prejudicado pelo procedimento ilegal da parte adversa, que, ao apontar o título em cartório, provocou despesas que deverão ser ressarcidas. Por isso, decidiu o STF em acórdão pioneiro, que é cabível indenização por perdas e danos, impondo-se ao requerido, se procedente a pretensão daquele que requerer a sustação, a recomposição do patrimônio do apontado devedor, com fundamento no artigo 159 do Código Civil. A indenização deverá ser liquidada por arbitramento, de acordo com o artigo 1.553 do mesmo código (17).

e) Concubino

A separação de corpos é pacificamente admitida como medida cautelar tendente a fazer cessar as obrigações oriundas do casamento, medida essa preparatória de futura ação de separação judicial, divórcio, anulação ou nulidade de casamento.

O que à primeira vista poderia parecer inviável, é a mesma separação de corpos requerida por concubino. Na verdade é de

(15) GALENO LACERDA, *Comentários*, cit., n. 12, pág. 62 e segs. *idem*. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo, in *Ajuris*, 29/60.

(16) JTACivSP, 76/64, 66/119.

(17) RE 76.115-2, 2.^a Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 14-6-1983, v.u., in *Lex-JSTF* 59/75.

admitir-se a cautelar para afastar o concubino do lar, conquanto se trate de sociedade de fato entre companheiros (18). Normalmente, a ação principal seria a de dissolução de sociedade de fato.

f) Prevenção da competência

A simples medida preventiva não tem o condão de prevenir a competência para a ação principal. Estamos falando da notificação, do protesto, da interpelação, entre outras (19). Aliás, a ação principal pode nem chegar a ser proposta, já que as medidas preventivas visam normalmente assegurar efeitos de direito material, como, por exemplo, a interrupção da prescrição (protesto) ou a constituição em mora (notificação).

Em se tratando de ação cautelar, há naturalmente a prevenção da competência. O juízo que conheceu da cautelar antecedente, é o competente para processar e julgar a ação principal (20). Isso vale, exemplificativamente, para a ação de nulidade do título ou de inexistência de relação jurídica precedida de cautelar de sustação de protesto (21); para as ações de separação judicial, divórcio, nulidade e anulação de casamento precedidas de cautelar de separação de corpos (22); para a ação reivindicatória precedida de cautelar de seqüestro (23).

Com relação à produção antecipada de prova, impende observar que, conquanto não guarde natureza jurídica de ação cautelar em sentido estrito, induz prevenção, em virtude da atividade exercida pelo juiz que presidiu a realização da prova antecipada. Assim, a ação principal deverá ser distribuída por dependência ao mesmo juízo por onde tramitou a providência cautelar de antecipação da prova (24).

g) Prazo de decadência

Quando a cautelar for antecedente, o código determina que a ação principal seja proposta dentro do prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida (artigo 806, do Código de Processo Civil).

(18) Admitindo, RT, 537/105.

(19) RT, 541/199, 503/151; JTACivSP 89/270, 89/168, 58/76. Em sentido contrário, RT, 501/197.

(20) RF, 273/165; RJTJSP, 79/314, 78/283.

(21) RT, 563/139; JTACivSP, 79/95, 77/115, 77/85, 77/112. Contra: JTACivSP, 71/146.

(22) RT, 572/98; RJTJSP, 78/283, 46/258, 43/284.

(23) RF, 246/360; RJTJSP, 36/166.

(24) RT, 582/91, 556/89.

Este prazo é de decadência, pois o objetivo da lei é fazer com que a medida concedida em procedimento preparatório permaneça eficaz durante o curso do processo principal (25).

Sendo o prazo decadencial, não admite interrupção, nem suspensão e nem prorrogação. Assim, deve ser ajuizada a ação principal até o 30.º dia do prazo. Se a medida se efetivou, por exemplo, em 20 de junho, o prazo continua a fluir durante o mês de julho, sendo irrelevante o advento de férias forenses (26). É também para ser desconsiderado, o fato de a ação principal não ter curso nas férias. Inobstante isto, deve ser ajuizada dentro do mês de férias, a fim de obstar-se a verificação da decadência. Não se conceberia, por exemplo, que o marido casado em 5 de julho, tivesse até 10 de agosto para propor a ação de anulação do casamento com base no artigo 178, par. 1.º, do Código Civil, a pretexto de que esta ação não tem curso nas férias forenses!

Mas haveria decadência do quê?

A ação principal remanesceria íntegra. A decadência atinge exclusivamente a eficácia da cautela concedida antecedentemente. No caso de sustação de protesto, por exemplo, o juiz determinaria ao cartório que tirasse o protesto do título, porque não fora ajuizada a ação principal dentro do prazo do artigo 806, do Código de Processo Civil. O direito à declaração de inexistência de relação jurídica, mérito da ação principal, não será atingido pela decadência.

Este prazo, como já dissemos, começa a correr a partir do momento da efetivação da medida (27), como resulta da clara prescrição do artigo 806, do Código de Processo Civil e não da decisão que concede a medida, como erroneamente já se decidiu (28).

A despeito de o prazo para o ajuizamento da ação principal ser de decadência, já se decidiu que o juiz pode determinar a sobrevivência da medida que estaria caduca, a fim de evitar prejuízos maiores à parte (29). Na verdade, não seria propriamente um decreto de sobrevivência da medida, pois o prazo

(25) Para uma distinção entre os prazos de decadência e de prescrição, conferir a excelente lição do Prof. Agnelo Amorim Filho, para quem as ações condenatórias têm prazo prescricional, as constitutivas com prazo fixado em lei para o seu exercício encerram prazos de decadência e as declaratórias são imprescritíveis: Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, in RT, 300, págs. 7-37.

(26) RT, 578/121; JTACivSP, 68/94.

(27) RT, 552/131; RJTJSP, 73/122.

(28) JTACivSP, 58/51.

(29) 1.º TACivSP, Agr. Instr. n. 205.060, rel. Marzagão Barbutto, j. 13-8-1974, v.u.

decadencial é peremptório e inexorável; o que pode ocorrer é haver uma nova concessão da cautela pelo juiz, tendo em vista o seu poder geral (artigo 798, do Código de Processo Civil), tudo de conformidade com a provisoriedade da medida cautelar. Teria havido, isto sim, motivo autorizador de nova determinação; a primeira medida teria inexoravelmente perdido a eficácia em virtude da decadência.

Quando se tratar de matéria de direito de família, a tendência jurisprudencial já se mostra nitidamente favorável à dispensabilidade da propositura da ação principal em trinta dias (30).

h) Exibição de documento

No que pertine à exibição de documento como medida cautelar, não se admite a arguição de falsidade do documento no bojo da cautelar, pois esta se exaure com a exibição mesma (31). A sede para discutir-se a autenticidade ou falsidade do documento é a ação principal.

i) Imissão na posse cumulada com liminar de imissão provisória

Em acórdão da lavra de Kazuo Watanabe (32), escorado no magistério de Gildo dos Santos, restou decidido que é possível cumular-se à ação de imissão na posse, que no direito positivo vigente tem o procedimento comum, o pedido de liminar de imissão provisória, com fundamento no poder geral de cautela do juiz, consubstanciado na interpretação do artigo 798, do Código de Processo Civil.

Esta interpretação é reforçada quando se examina o artigo 879, do Código de Processo Civil, que dispõe: "comete atentado a parte que no curso do processo: I — viola penhora, seqüestro, arresto, seqüestro ou imissão na posse". Ora, se o atentado é violação da situação de fato da lide, somente poderia ser cometido contra imissão na posse, se esta tivesse sido concedida liminarmente. Do contrário, não teria sentido a previsão do artigo 879, N. I, parte final, do Código de Processo Civil.

j) Julgamento da cautelar

A ação cautelar é proceduralmente independente e autônoma em relação à ação principal. Destarte, deve ser processada

(30) Ver, v.g., RJTJSP, 43/190.

(31) JTACivSP, 67/166.

(32) RJTJSP, 87/261.

(33) GILDO DOS SANTOS, As ações de imissão na posse e cominatórias, 2.ª ed., São Paulo, 1977, pág. 61 e segs.

de acordo com o rito estabelecido pelo artigo 796 e segs. do Código de Processo Civil. Assim, após o seu ajuizamento por intermédio de uma petição inicial, deve o réu ser citado, realizada audiência se for o caso e, finalmente, proferida sentença.

Não se pode sustar o processo cautelar, a fim de julgá-lo junto com a ação principal (34).

Pela mesma razão, não pode o juiz julgar, na ação cautelar, o mérito da ação principal, que à cautela não diz respeito (35).

6. CONCLUSÃO

Esperamos que com estas colocações, tenhamos podido suscitar alguns dos problemas do processo cautelar, que tanto trabalho tem dado a nós que lidamos com o direito. A tarefa do juiz em matéria cautelar é de suma e definitiva importância. Somente com o exercício da discricionariedade do juiz, que deve exercer o poder geral de cautela com parcimônia, é que teremos condição de emprestar ao processo cautelar a importância que merece no direito processual civil.

Temos a certeza de que o futuro do processo cautelar está assegurado, pois a sua natural evolução está-se desenvolvendo a partir da utilização correta, pelo juiz, do poder geral de cautela, contrariando a perspectiva de Sérgio La China (36), para quem o processo cautelar não terá um grande futuro.

Agradecemos a amabilidade com que fomos recebidos nesta hospitaleira cidade de São Luiz, ao gentil convite que nos foi formulado pela diretoria da Associação de Magistrados do Brasil, e, também, a paciência que os senhores nos dispensaram nestes momentos em que nos ouviram. Muito obrigado.

(34) RT, 532/134; RJTJSP, 75/204.

(35) TJRJ, Ap. n. 6.587, rel. Des. Graccho Aurélio, j. 8-8-1978, v.u.

(36) SÉRGIO LA CHINA, Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza 2, "in" I Processi Speciali, Nápoles, 1979, pág. 170.