

NOTAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES E PROVIMENTO DEFINITIVO

VICENTE GRECO FILHO

Procurador de Justiça

SUMÁRIO: 1. Conceitos, distinções e pressupostos. 2. Poder cautelar geral do juiz. 3. Dos bens jurídicos sob proteção cautelar.

1. CONCEITOS, DISTINÇÕES E PRESSUPOSTOS

A atividade jurisdicional de conhecimento tem por objeto essencial a declaração do direito e a aplicação das conseqüências decorrentes dessa declaração; a atividade jurisdicional executiva tem por finalidade a satisfação da obrigação consagrada num título.

Desde o momento em que ocorre uma possível lesão até o momento em que, declarado o direito da parte, o Judiciário entrega ao credor o bem jurídico devido ou o seu equivalente compensatório, muitos bens jurídicos permanecem, por longo tempo envolvidos no processo ou aguardando e condicionando os atos de satisfação final. Esses bens jurídicos, em virtude do tempo, correm perigo de deterioração, a ponto de poder se tornar inútil toda a atividade jurisdicional se não existir um outro tipo de providências assecuratórias da subsistência e conservação, material e jurídica desses bens.

Com essa finalidade existem o processo cautelar e as medidas cautelares, que formam um tipo de atividade jurisdicional destinada a proteger bens jurídicos envolvidos no processo.

Essas medidas têm uma finalidade provisória e instrumental. Provisória porque devem durar até que medida definitiva a substitua ou até que uma situação superveniente a torne desnecessária; instrumental porque ela não tem finalidade ou objetivo em si mesma, mas existe em função de outro processo. Calamandrei chamou-a de instrumentalidade hipotética porque além de estar a serviço de um processo não depende da certeza da decisão favorável naquele processo. Protege-se um bem jurídico na hipótese de que, sendo a sentença favorável ao requerente, esse precisa estar íntegro para lhe ser entregue ou ser utilizado. A medida é

concedida para a hipótese de que aquele que a pleiteia tenha razão (1).

Algumas distinções devem ser feitas para a compreensão da extraordinária variedade de medidas cautelares, algumas delas de natureza totalmente diversificada.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir medida cautelar de processo cautelar.

A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a produção e deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. Algumas delas podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou de execução (como por exemplo o arresto do artigo 653) ou nos procedimentos especiais (ex. liminar no mandado de segurança); outras, por terem natureza mais administrativa, aparecem em simples procedimento que não chega a constituir uma relação processual (ex. as notificações).

Andou certo, portanto, o Código, ao declarar (artigo 796) que o "procedimento" cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Procedimento cautelar, porque nem todas as medidas previstas no Livro III são processo ou ação cautelar.

No artigo 796 citado já aparece outra distinção: o procedimento cautelar pode ser "preventivo", instaurado antes mesmo do processo principal, ou "incidental", instaurado no curso do processo principal. Em ambas as hipóteses depende do processo principal, do qual é instrumental, ficando subordinado ao seu destino definitivo. Há processos definitivos que tem por finalidade resguardar direitos para processos futuros ou mesmo, segundo denominação corrente, acautelar direitos (ex. o mandado de segurança preventivo, o mandado de segurança para obter certidões para posterior propositura de uma ação contra o Estado). Nesses casos, não existe vínculo de dependência para com o outro processo nem a acessoriedade ou subordinação. A eventual relação se apresenta no plano do direito material e não processual, tanto que cada processo é autônomo e independente.

Em grande número são as classificações da doutrina sobre as medidas cautelares, ora quanto à natureza, ora quanto ao proce-

(1) BARBOSA MOREIRA, Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, págs. 236/237. CALAMANDREI, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, 1936, in Studi, vol. 6.

dimento, ora quanto à eficácia: assim, medidas de natureza jurisdicional e medidas administrativas; medidas constritivas de direitos e não constritivas; medidas que visam a antecipação do provimento definitivo ou medidas que visam a obstar o provimento definitivo, etc. (2).

Do Código se extrai uma classificação formal, exposta por Frederico Marques (3):

1. Medidas típicas ou nominadas:

a) com procedimento específico (artigos 813/887).

b) com procedimento comum (artigo 888).

2. Medidas cautelares atípicas ou inominadas, com procedimento comum (artigos 798, 801/803).

Além das condições gerais de admissibilidade da ação cautelar, que são as condições gerais da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes) o procedimento cautelar tem como pressupostos de procedência o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Há divergência quanto à qualificação desses pressupostos como requisitos concernentes ao interesse processual (condição da ação) ou concernente ao mérito (4). Entendemos, porém, que são requisitos ou pressupostos de procedência do pedido ou da pretensão cautelar e, portanto, concernentes ao mérito cautelar. Se um deles não estiver presente a pretensão de proteção será improcedente.

Esses requisitos são específicos do pedido cautelar, mas são comuns a todos os procedimentos cautelares. Cada um deles apresenta, além disso, requisitos especiais.

O *periculum in mora* é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.

O *fumus boni iuris* é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético. Este pressuposto tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso e, portanto, inútil a proteção cautelar. Para o exame dessa probabilidade não se examina o conflito de interesses em profundidade, mais

(2) V., por todos, a exposição de SIDNEY SANCHES, *Poder Cautelar Geral do Juiz*, pág. 25 e segs..

(3) *Manual de Direito Processual Civil*, 4.º vol., pág. 340.

(4) GALENO LACERDA, *Processo Cautelar em Revista Forense*, 246/151.

em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriade da medida. O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de probabilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito.

2. PODER CAUTELAR GERAL DO JUIZ

Além dos procedimentos cautelares específicos regulados no Código, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Neste caso, para evitar o dano, o juiz poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (artigos 798 e 799).

Este é o chamado poder cautelar geral do juiz e que se justifica porque não poderia o legislador prever todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo fiquem em perigo de dano e muito menos prever todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorra.

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais contraditórios, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

O artigo 798 refere à lesão que uma parte possa causar à outra, mas não é nesse caso apenas que atua o poder cautelar geral. Se terceiro puder causar lesão cabe igualmente medida protetiva ou mesmo se a simples situação de demora e fenômenos naturais puderem. Por outro lado, mesmo que o fator geral do perigo seja terceiro ou causas naturais, sempre a parte contrária que resiste (e se perder a demanda resistiu indevidamente) é responsável pelos prejuízos decorrentes da demora do reconhecimento à satisfação do direito. A resistência ou omissão da parte é causal em relação aos danos que a parte contrária sofrer. A responsabilidade, no caso, é objetiva e se aplica ao caso, da mesma

maneira e pelos mesmos fundamentos que se aplica ao princípio da sucumbência quanto às despesas processuais. É preciso, apenas, que haja um processo em andamento ou que tenha probabilidade de ser instaurado.

O poder cautelar geral do juiz atua sob duas formas: a) quando a parte, presentes os pressupostos, requer a instauração, preventiva ou incidental de processo cautelar, pleiteando medida não prevista no rol legal e, portanto, chamada, de inominada; b) nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte.

Esta segunda forma de manifestação do poder cautelar geral do juiz tem sido menos estudada pelos autores, que desenvolvem mais sua preocupação sobre as medidas inominadas a serem decididas em procedimento cautelar formal. Todavia, esse poder, que se acha implícito na atividade jurisdicional e nos poderes do juiz é de capital importância para a correta aplicação do direito ao caso concreto e preservação do eventual direito das partes. Assim, por exemplo, quando o juiz, sabendo da ameaça que pode estar sofrendo uma testemunha determina medidas, inclusive policiais, para sua proteção, está exercendo o poder geral de cautela. Igualmente, quando o juiz, numa ação de disciplina de guarda de menor, determina que a própria parte que o tem sob sua guarda no momento providencie medidas para protegê-lo, atua com poder cautelar geral. Infinitas são as hipóteses em que se apresenta a necessidade de atuação cautelar do juiz no próprio processo de conhecimento ou de execução.

Como exemplos de medidas cautelares inominadas instauradas mediante procedimento cautelar formal, cita a doutrina, entre outras:

- a) suspensão de deliberações sociais;
- b) sustação de protesto de títulos;
- c) medidas contra riscos de dilapidação de fortuna;
- d) proibição de usar nome comercial;
- e) exercício provisório de servidão de passagem;
- f) remoção cautelar de administradores, etc. (5).

É preciso ainda observar que o exercício do poder cautelar geral não se encontra restrito ao processo de conhecimento pela expressão legal "antes do julgamento da lide". Também no processo de execução tais medidas podem ser determinadas, inclusive como explicitamente prevê o artigo 793 no caso de suspensão

(5) Vide o vasto rol em SIDNEY SANCHES, ob. cit. pág. 116 e segs..

do processo de execução. Antes do julgamento da lide, no texto legal quer dizer, antes que se esgote a prestação jurisdicional, inclusive a satisfativa.

Como os demais procedimentos cautelares, as medidas inominadas podem ser requeridas em caráter preventivo ou incidental.

O artigo 799 exemplifica algumas das medidas cautelares inominadas: autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Com a ressalva de que o juiz não autoriza a prática de atos mas determina, saliente-se que o rol do artigo 799 é exemplificativo e não restringe o poder geral de cautela que é amplo dada a imprevisibilidade das situações.

Se o poder cautelar é amplo, não é, porém, ilimitado ou arbitrário. Deve ele manter-se nos estritos termos da essência das medidas cautelares, qual seja a provisoriedade, a proteção direta ou indireta a um direito que pode ser deferido no futuro e a sua real necessidade.

Não pode, pois, o juiz, ao deferir medidas cautelares quando da mesma natureza do pedido principal, ultrapassar os limites máximos do próprio direito hipoteticamente a ser concedido, nem antecipar a execução para ganhar tempo da satisfação do possível credor, nem violar a coisa julgada. Ainda, não deve o juiz pretender substituir pela providência cautelar o cabimento de um processo de conhecimento ou executivo e também substituir por uma medida inominada a medida expressamente disciplinada que, por falta de requisito legal não pode ser concedida (6).

3. DOS BENS JURÍDICOS SOB PROTEÇÃO CAUTELAR

Disse Chiovenda (7) com a clareza e precisão que lhe são peculiares, que o processo deve proporcionar a quem tenha razão "tudo aquilo e precisamente aquilo que tem direito de conseguir". Sabe-se que nem sempre esse resultado é alcançado, dadas certas impossibilidades decorrentes das limitações da natureza e da própria personalidade humana.

Todavia, como objetivo, deve sempre ser almejado, devendo significar, para o legislador e para o juiz, diretriz permanente e princípio básico na distribuição da justiça.

(6) V. HUMBERTO TEODORO JR., *Processo Cautelar*, pág. 100, LOPES DA COSTA, *Medidas Preventivas*, pág. 22 e segs..

(7) *Dell'azione nascente del contratto preliminare*, "in" *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, pág. 110.

Nesse desiderato, tem extraordinária importância o conjunto de medidas cautelares e o poder cautelar geral do juiz como acima se expôs, garantindo a "efetividade" da prestação jurisdicional (8).

Dai, é possível identificar (sempre com a ressalva de que outras situações podem surgir) algumas espécies de bens jurídicos envolvidos no processo e que podem receber a proteção cautelar:

a) Em primeiro lugar temos os direitos e faculdades processuais, que podem ser objeto de proteção cautelar quando qualquer circunstância colocar em risco a possibilidade de sua atuação adequada. Entre as medidas específicas tem essa finalidade a produção antecipada de prova e em alguns casos a justificação.

b) Em segundo lugar temos o próprio direito discutido e as medidas que, "diretamente", com ele se relacionam, assemelhando-se a uma antecipação da execução, (9) como por exemplo o seqüestro.

c) Em terceiro lugar, encontram-se providências jurisdicionais satisfativas ou inseridas no iter satisfativo que também precisam de proteção ou asseguramento, como por exemplo a medida executiva penhora que é assegurada pelo arresto. A penhora é a medida executiva que inicia o processo de expropriação de bens para o pagamento do credor. O bem jurídico objeto do processo é o pagamento e o arresto acautela a providência penhora que levará, após outras medidas jurisdicionais, a ele.

d) Em quarto lugar encontramos os bens jurídicos dependentes ou acessórios do bem jurídico objeto do processo, ou, ao contrário, os bens jurídicos que o condicionam, que podem ser assegurados em virtude da relação do direito material entre eles existente. Por exemplo, o arrolamento de bens relacionado com uma ação de separação judicial da qual resultará partilha.

e) Em quinto lugar, temos as conseqüências ou efeitos práticos da tutela jurisdicional, que podem ser assegurados para que a decisão tenha utilidade para o vencedor ou não lhe cause prejuízo. Exemplo disso é a sustação de protesto, que visa a impedir os danos decorrentes da conduta abusiva do detentor de um

(8) Vide as preocupações e observações de BARBOSA MOREIRA no extraordinário ensaio *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, em "Temas de Direito Processual", segunda série, pág. 21 e segs.

(9) Disse assemelhando-se porque o caráter provisório e a própria essência da medida são assecuratórios do direito para quem tiver razão e não um adiantamento da satisfação do requerente que pode não ter razão. Há providências no Código, como, por exemplo, a liminar na possessória que são adiantamento de execução (antecipam a proteção possessória definitiva) mas exatamente por essa razão não são cautelares mas executivas.

título que pode ser declarado nulo, ou a caução como contra-cautela dos prejuízos que pode causar outra medida cautelar.

Como se vê, sempre há uma relação entre a providência cautelar e o bem jurídico objeto do provimento definitivo, mas essa relação pode ser indireta, instrumental (processual), de dependência e sempre hipotética, porque não se sabe se o provimento será favorável ou, no caso de medida requerida antes da ação principal, sequer se a ação principal será proposta. Deve haver, apenas, um prognóstico, possibilidade ou intenção de se pedir um provimento definitivo. Há, aliás, medidas cautelares que podem tornar prejudicado o interesse material da pretensão definitiva, como por exemplo a exibição de documento ou coisa que, exibido o documento ou a coisa, revela a desnecessidade de uma ação principal.

Fica bem claro, porém, que as medidas cautelares, especialmente, nos casos a, c e e acima aludidos tem natureza, força e efeito prático absolutamente distintos da natureza do provimento jurisdicional principal ou definitivo.

Aqui se insere o problema das medidas cautelares em ações declaratórias, em relação às quais tem surgido algumas dúvidas ou hesitações. O provimento declaratório, que tem por objeto eliminar a incerteza das relações jurídicas declarando a sua existência ou inexistência, por não ter eficácia executiva, poderia parecer dispensar as medidas cautelares.

Se isto pode acontecer com as hipóteses das letras b ou c acima consignadas é evidente o cabimento de medidas cautelares vinculadas a ação declaratória nos casos das letras a, d e e.

Ao propor ou pretender propor uma ação declaratória, seja ela positiva ou negativa, o autor visa a um determinado efeito prático, obtível não por execução, mas pela simples declaração da existência ou inexistência de relação jurídica e pela cessação da incerteza que sobre ela pairava.

Há inúmeros casos em que alguém, fundado em relação jurídica duvidosa ou que crê existir ou ainda que aparentemente existe adota providências danosas contra outrem, providências essas que não adotaria ou não poderia adotar se estivesse clara a inexistência da relação. A incerteza ou a aparência de uma relação gera o perigo de atuação indevida, que pode ser obstada por medida cautelar.

Aliás, aí reside o interesse e a utilidade da declaração (positiva ou negativa) a qual, como disse Barbosa Moreira (10) não pode ser "platônica". Se esse interesse prático não existisse o autor

(10) *Tutela sancionatória...*, *idem*, *ibidem*.

seria carecedor da ação declaratória por falta de interesse processual.

Há casos clássicos dessa situação, que pacificamente sempre foram admitidos e aceitos pela jurisprudência, inclusive alguns deles foram criação pretoriana.

Exemplificativamente poderiam ser citados: a sustação de protesto como preventiva de uma ação declaratória da nulidade do título; a suspensão de deliberações sociais como preventiva de ação declaratória da nulidade de assembléia; o depósito para obstar os efeitos de determinada cláusula contratual cuja nulidade vai se pretender declarar.

Há, até, casos expressos em lei, como o depósito previsto no artigo 38 da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980) como preparatório de ação, chamada de ação anulatória; declaratória é se se inquina o lançamento de nulidade. E ainda que se entenda que essa ação seja constitutiva, a situação é a mesma por que as sentenças constitutivas também não se executam em sentido estrito (11). Outra não é a situação dos atuais depósitos cautelarmente deferidos como preventivos das ações declaratórias contra agentes do Sistema Financeiro de Habitação. A nível constitucional encontra-se a medida cautelar na representação do Procurador-Geral da República para a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo (artigo 119, I, p da Constituição Federal).

Sidney Sanches (12), além de muitos outros, admite expressamente a suspensão das deliberações sociais, a sustação de protesto e medidas contra a administração pública como medidas inominadas. São elas cautelares em ações declaratórias. O provimento cautelar tem eficácia obstativa de atos danosos e que não seriam praticados se e quando declarada a inexistência do título, da assembléia ou do ato administrativo. Galeno Lacerda (13) refere, também, diversas medidas cautelares contra o poder público e que podem, certamente, estar relacionadas com o processo principal declaratório.

(11) CELSO AGRÍCOLA BARBI, em *Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, 1976, pág. 106, considera a ação anulatória de débito fiscal ação declaratória negativa "nada influenciando na sua caracterização o fato de o lançamento estar concluído administrativamente". No mesmo sentido ALCIDES MENDONÇA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VI, tomo 2, pág. 397. ARRUDA ALVIM, *Processo Tributário*, em *Revista de Direito Público* 16, pág. 44, considera a ação anulatória do lançamento constitutiva negativa (pág. 44) mas admite que a ação declaratória seja plenamente aplicável ao direito tributário (pág. 41), porque "é claro que se alguém se julga não devedor poderá mover a respectiva ação declaratória" (pág. 48).

(12) *Poder cautelar...* pág. 117 e segs..

(13) *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VIII, pág. 190 e segs..