CENTRO UNIVERSITÁRIO DE RIO PRETO - UNIRP

PODER GERAL DE CAUTELA

JOSÉ LUIZ TONETI

São José do Rio Preto
2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE RIO PRETO - UNIRP

PODER GERAL DE CAUTELA

JOSÉ LUIZ TONETI

Monografia do trabalho final de pós-graduação – solicitado como registra para a finalização do curso de direito do centro universitário de Rio Preto UNIRP, sob orientação da Prof^a. Maria Isabel Ramalho.

São José do Rio Preto

2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE RIO PRETO - UNIRP

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me iluminou e deu-me forças para chegar até aqui.

À minha esposa pela presença forte e espiritualidade que me incentivou nessa caminhada, enfim aos meus familiares e amigos.

Agradeço carinhosamente a minha orientadora que colaborou para a realização deste trabalho.

RESUMO

O poder geral de cautela é uma figura jurídica elencada no artigo 798 do Código de Processo Civil, que visa corrigir uma imperfeição da lei, pois ela é impossível de preencher todos os casos concretos, ocorrendo a formação de lacunas que, por muitas vezes, seriam impossíveis de solucionar um caso concreto. Para tanto, o poder geral de cautela é uma permissão para que o magistrado julgue casos em que a lei é omissa e para que haja uma prestação jurisdicional adequada. Os princípios que norteiam o poder geral de cautela são as fontes mediatas da lei, como os costumes e os princípios gerais do direito: eles ajudarão o magistrado na composição da sentença de mérito, sem que haja um desrespeito ao ordenamento jurídico. Para a aplicação do poder geral de cautela se faz necessário a presença do *fumus bonis iuris*, que é a fumaça do bom direito e do *periculum in mora*, que é o perigo para a parte na demora do julgamento. Eles são meros pressupostos que o magistrado deve observar na aplicação de sua sentença sem embasamento na norma legal. O limite para a aplicação da medida cautelar é a reversibilidade jurídica do provimento e a eficácia preponderantemente mandamental da sentença acautelatória, pois, sem eles, não seria uma medida cautelar, mas uma sentença antecipada que não seria passível de reformulação, e como os requisitos para a aplicação da medida cautelar são meros pressupostos, caso seja irreversível a cautelar, mesmo que seja desfeita, não surtirá efeito.

Palavras-chave: poder geral de cautela – prestação jurisdicional - medida cautelar – atribuição do juiz – tutela antecipada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - Breve histórico	10
CAPÍTULO II - A prestação jurisdicional	13
CAPÍTULO III – Medida cautelar	15
1 Conceito	15
2 Medidas cautelares nominadas e inominadas	16
3 A Aplicação da medida cautelar pelo poder geral de cautela	18
4 O Poder geral de cautela e sua natureza discricionária	18
5 Requisitos para a concessão da medida cautelar..	20
6 A Concessão da medida cautelar <i>ex-officio</i>	21
CAPÍTULO IV - Poder geral de cautela	23
1 Contextualização	23
2 Caracterização do poder geral de cautela	25
3 Confrontação do art. 675, do CPC de 1939, com o atual art. 798, do CPC de 1973	28
CAPÍTULO V – A Limitação do poder geral de cautela	36
1 A Abrangência da atribuição do juiz	36
2 As Limitações	37
3 As Limitações no Direito Tributário	42
CAPÍTULO VI – Antecipação de cautela	43
1 Considerações	45

2 Pressupostos da antecipação de tutela	47
3 Características	49
4 Pedido incontroverso e antecipação	50
5 Diferenças entre tutelar cautelar e tutela antecipada	52
6 Fungibilidade regressiva	53
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Foi conferida ao poder judiciário a função de garantir a paz social, atendendo a população através da prestação jurisdicional sempre que uma pessoa entende que seu direito foi violado. Esta pessoa provoca o judiciário para que, dentro de um devido processo legal, seja ouvida e que sua pretensão seja realizada.

Uma vez provocada, a jurisdição manifesta-se por meio da tutela de conhecimento, de execução e de cautela. A tutela de conhecimento visa a aplicação do direito ao fato concreto. Já a tutela de execução visa fazer atuar, por meio de atos materiais, a norma concreta. Não se fala em elaborar um comando que regulará os casos submetidos à apreciação judicial, mas fazer atuar esse comando, pela modificação da realidade sensível. A tutela de cautela consiste em matéria deste estudo, dada a importância que o Código de Processo Civil outorga ao processo cautelar, posto no mesmo plano em que os processos de conhecimento e de execução. A tutela cautelar tem finalidade de resguardar e proteger uma pretensão para que não haja um dano maior ou irreversível.

O processo cautelar, assunto do presente trabalho, tem por escopo o simples acautelamento de eventual direito de uma das partes, enquanto não se obtém um juízo de certeza ou a satisfação do direito.

Já o poder geral de cautela do juiz, é o poder que consiste na jurisdição por ele exercida, acautelando um direito para uma das partes, mesmo com medidas não previstas especificamente pelo código, estando a fonte do poder cautelar do juiz nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil.

A parte pode solicitar ao juiz qualquer providencia assecurativa e acautelatória, mesmo que não previsto, afim de que um bem maior possa ser protegido pelo juiz, ainda que o legislador tenha silenciado para a questão que esteja em tela.

De tal importância se faz o poder geral de cautela que hoje, nos termos do direito canônico, é impossível para o legislador tipificar todos os fatos jurídicos, ainda mais mediante a massificação das relações humanas e com suas complicações. É preciso uma flexibilidade na lei, pois, além do mais, facilita a operacionalização do direito, conferindo maior poder para o juiz de primeiro grau, e fornecendo ferramentas para que não coloque um direito em risco pela demora da prestação jurisdicional.

Num momento de profunda transformação social na qual a insegurança jurídica e a descrença no Poder Judiciário aumentam dia-a-dia, difícil explicar o insuficiente tratamento das ações de segurança que, na verdade, representam a forma da tutela pela qual o processo civil responde às exigências da periclitación dos bens e interesses juridicamente protegidos.

Cap. I – Breve histórico

O Direito Processual Civil ganhou força no século XX, quando saiu da sombra do Direito Civil e ganhou sua autonomia, devendo isso principalmente aos alemães e italianos, que formularam a teoria da relação processual.

Na Itália, o Processo Civil ganhou corpo em Bolonha, com o aparecimento dos glosadores, que eram advogados, administradores e operadores do direito, que rascunharam a regulamentação teórica da aplicação do processo comum.

Não havia ação cautelar específica no Direito Romano, nos moldes do direito moderno, mas já era possível visualizar a alma do instituto em alguns casos.

No direito Romano, todo cidadão devia obediência ao pretor, figura representativa do Estado Romano, e eram os pretores que concediam algumas medidas preventivas ou cautelares, com o objetivo de proteger direitos periclitantes.

Na França, com a promulgação do *Code de Procédure Civile* de 1807, que se forma o Direito Processual Moderno, com uma doutrina vigorosa e progressista, utilizando pela primeira vez a palavra cautela (*référé*), sendo aplicada a casos em que se era necessária urgência.

Ainda que valiosos os estudos franceses, certamente foi na Alemanha, o berço da renovação científica, que foi conceituado o poder geral de cautela, com Stein, Schmidt e Welsman.

Dentre as alterações introduzidas no Código de Processo Civil, nos dias de hoje, no Brasil, com o advento da Lei 8.952, de dezembro de 1.994, a que obteve maior destaque foi a do artigo 273, que introduziu o instituto da tutela antecipada, contanto que

exista prova inequívoca, que o juiz se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Aplausos para o legislador que permitiu a possibilidade do julgador, em casos especiais de antecipar o que, em primeira análise, será concedido para o autor. Mesmo que se possa dizer que anterior à vigência dessa lei, em alguns casos, era possível antecipar as providências que se buscava, como nos casos da venda antecipada de bens penhorados, se sujeitos a deterioração ou se tal venda representasse manifesta vantagem (art. 670 do CPC), o pedido liminar de reintegração de posse (art. 928 CPC), nunciação de obra nova, mandado de segurança, entre tantas outras. O escopo deste instituto é suprir a necessidade que estava preocupando a consciência jurídica universal, para evitar o perigo da demora do processo, ou seja, não deixá-lo transformar-se em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora.

Inicialmente, buscava-se tão somente a preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Disso surgiu a teoria das medidas cautelares, porém, esta não cumpria sua função como uma tutela preventiva, o que poderia configurar uma denegação de justiça ou a sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito.

Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da “denegação de justiça”, sem embargo da vitória alcançada no pretório.

Dessa forma, a antecipação da tutela revela-se numa importante revolução processual, rompendo a barreira do passado, que se caracterizava pelo até então existente preconceito de que a antecipação dos efeitos não se coadunava com o acautelamento.

Um fator essencial introduzido por este instituto foi o fato de o inciso II, do artigo 273, do CPC, não exigir a presença do *periculum in mora*, sendo suficiente, apenas que fique caracterizado qualquer comportamento reprovável do réu. Portanto, no âmbito do processo de conhecimento, sendo ordinário ou sumário, é passível de aplicação a antecipação do provimento de mérito.

Cap. II – A prestação jurisdicional

A garantia constitucional conferida ao cidadão de livre acesso ao Poder Judiciário, constitui requisito primordial para a efetividade do Estado de Direito, seja assegurando uma ordem jurídica justa, quer por proporcionar as condições necessárias para a realização do bem comum.

Não se trata de um direito simples e puro de proposição de demanda, mas, sobretudo, do direito de se obter, em um prazo razoável, um provimento que lhe seja útil e eficaz.

E nessa ótica, tal garantia não é nem se revela simples acesso formal ao Judiciário. Constitui a observância obrigatória de métodos que ensejam a tutela efetiva do direito violado ou ameaçado. Dessa forma, o Poder Jurisdicional, como dever do Estado de fazer atuar a norma abstrata ao caso concreto, deve cumprir o mister de proporcionar uma solução útil e eficaz, no menor tempo possível, dentro dos parâmetros fixados pela própria norma. Se a solução deve ser adequada também haverá de ser justa. Assim, entre dois ideais, igualmente importantes, mas diametralmente opostos, pende o processo. De um lado, o pensamento em alcançar a verdade, com o exame minucioso dos fatos e com a adequada aplicação da lei, contudo com maior demanda de tempo. De outro, a reflexão de que não basta a correta solução, mas que isso se dê sem grande demora, pois a demora também pode constituir efetiva injustiça.

Realmente, do processo normal, naturalmente lento e demorado, obtêm-se a cognição própria e indispensável para superação da crise de certeza do direito material.

Todavia, para impedir a consumação de grave prejuízo que ameaça direito, a urgência na adoção de ato de jurisdição também se torna imperioso.

No sistema jurídico brasileiro, observam-se diversas espécies de tutela de urgência, com técnicas distintas de configuração, que vão da natureza antecipatória à cautelaridade, quase sempre perpassadas pelo elemento comum da urgência, assim amplamente consideradas. Com efeito, tanto a cautelar típica quanto a antecipatória tem como função precípua prevenir o dano, porquanto ambas estão vinculadas à urgência, daí resultando a provisoriedade que lhes é inerente, podendo ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo e não dispensam a prolatação de sentença quanto ao direito principal.

No processo cautelar, a prevenção do dano dá-se sem interferência na seara do direito material, mas apenas como garantia do resultado útil da função de conhecimento ou de execução, sendo assim de caráter puramente conservativo.

Por outro lado, no caso da antecipação da tutela a conservação do direito não é suficiente, revelando-se necessária a antecipação, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento.

Dessa forma, embora cautela e antecipação trabalhem com a urgência, buscando a prevenção do dano decorrente do curso do processo de conhecimento ou de execução, não há como afastar a manifesta diversidade da natureza do receio de lesão, elemento importante para diferenciá-las porquanto interfere na eficácia e efeitos do provimento a ser exarado pelo órgão judicial.

Cap. III – Medida cautelar

1. Conceito

Medidas cautelares são meios os quais o Direito Processual encontrou para a preservação de uma situação que coloca em risco a eficácia da prestação jurisdicional, não permitindo que o dano a um elemento processual ocorra. A medida cautelar é uma providência concreta tomada pelo magistrado com o fim de preservar um estado de fato ou de direito que está situado no meio das partes de um processo principal.

O conjunto de elementos subjetivos e objetivos entrelaça dentro da lide e são necessários para o alcance do escopo do processo que é a decisão justa e a prestação jurisdicional eficaz. Estes elementos sendo pessoas, provas ou bens materiais, em função da demora da prestação jurisdicional que chega a demorar anos, podem enfrentar uma situação de risco ou de dano que seja necessário a aplicação de uma atuação cautelar provisória para que não haja, em função da demora do Poder Judiciário, um prejuízo para uma das partes.

Em nenhum momento se fala em abreviar a solução do processo ou em sentença antecipada com o objetivo de satisfazer o direito material subjetivo em disputa do processo principal, mas através da medida cautelar, apenas uma prevenção do risco, tanto que cessando o perigo, não há razão para a continuação da cautelar. Caso o dano afete o interesse litigioso do processo ou de uma das partes do processo e que possa colocar em risco a eficácia da sentença que ainda será outorgada, para tanto se inicia um processo cautelar com a aplicação da medida cautelar.

Caso contrário, mesmo que a parte ganhe o processo, se o bem se deteriorou em função do desuso, desgaste ou perecimento, por exemplo, a parte não terá a satisfação da prestação jurisdicional, que fará com que a sentença não passe de um papel sem valor. A tutela cautelar funciona como uma garantia de que aquilo que o magistrado julgar vai ser aplicado em todo o seu teor.

Nada impede também que a parte que ganhe o processo cautelar venha a perder no processo principal, pois a aplicação da cautelar visa a defender o direito do vitorioso e não a satisfação de uma parte.

2. Medidas cautelares nominadas e inominadas

As medidas cautelares nominadas ou típicas são aquelas que são descritas em lei, atribuindo objetivos e procedimentos especiais. Todavia, é impossível para o legislador processual prever e descrever todas as situações fáticas que possam ocorrer no cotidiano e que podem gerar perigo, portanto, para que isso não aconteça o espírito da Lei consagra que sejam assegurados todos os meios de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e a utilidade do processo principal. Eis o que traz o texto do artigo 798 do Código de Processo Civil, fornecendo ao magistrado ferramentas que além das situações descritas em lei, permitam com que ele julgue, quando achar necessário e fundado no receio de umas das partes.

Este é o maior exemplo do chamado poder geral de cautela que concede ao membro do Poder Judiciário a faculdade de julgar segundo sua consciência, dentro do permitido em Lei, por não ser possível a taxatividade das situações fáticas. O poder geral de

cautela do juiz faz parte importante da eficácia da atividade jurisdicional, pois adota um instrumento que garante o direito enquanto não estiver julgado e satisfeito. Ele abraça todas as situações em que a lei não descreve a situação em seu corpo de texto, complementando as situações e adotando medidas em função do caso concreto, sempre fundado o receio da lesão.

O objetivo do poder geral de cautela é complementar a legislação em seu silêncio, mas em momento algum pode o juiz substituir uma medida cautelar descrita em lei por uma medida cautelar inominada, acobertado pelo artigo 798, do CPC, que tem por finalidade dar valor as situações que o legislador não previu e que devem ser protegidas tanto quanto as cautelares descritas em Lei. Caso uma cautelar específica como, por exemplo, o arresto, em que o legislador estabeleceu requisitos para a sua concessão, sendo defeso ao juiz trocar por uma cautelar inominada, sendo caracterizada o abuso por parte do magistrado em desrespeito ao código. A finalidade do artigo 798 do Código de Processo Civil não se confunde com as cautelares nominadas em função dos requisitos necessários para a aplicação das cautelares típicas, ou seja, na ausência do requisito e a não-adequação a nenhuma das cautelares, sob a égide do perigo de um dano iminente, então, o juiz pode conceder a medida cautelar com base no artigo 798.

Caso semelhante é o da aplicação do mesmo artigo em tela quando o dano causado é de terceiro, estranho ao processo; contra o terceiro, cabe medida protetiva. Caso a simples demora enseja a possibilidade de dano, também se fala em medida cautelar, pois ela recai sobre o bem ou direito a ser preservado e não contra a parte contrária da ação principal. Sendo a parte contrária que resiste a medida cautelar, esta responde objetivamente por todos os danos que possam acontecer.

3. A aplicação da medida cautelar pelo poder geral de cautela

A aplicação do poder geral de cautela ocorre quando a parte requer, desde que presentes os requisitos e pressupostos descritos em lei, a instauração de um processo cautelar na qual peça uma medida que não esteja no rol das cautelares previstas em lei, as chamadas cautelares inominadas ou, nos autos do próprio processo de conhecimento ou execução, quando uma situação de emergência exige a atuação do juiz, independente de instauração de processo cautelar, e mesmo de iniciativa da parte.

A aplicação do poder geral de cautela estende-se além do processo de conhecimento, não se restringindo pela expressão “antes do julgamento da lide”. Mas essa extensão não significa que seja arbitrário ou ilimitado, devendo ser aplicado no estrito termo da essência das medidas cautelares, qual seja de caráter provisório.

4. O poder geral de cautela e sua natureza discricionária

Ao deixar o magistrado agir nem sempre embasado em uma norma legal, aplicando o bom senso sobre um caso prático, o Estado investe o magistrado de um poder discricionário. O poder discricionário difere da arbitrariedade, pois este é uma possibilidade de escolha, enquanto que a discricionariedade surge de um mero ato de confiança do legislador processual.

Do mesmo modo que o poder discricionário foi criado embasado em um ato de confiança, de outro lado existem os limites impostos, ou seja, o estritamento da aplicação da medida cautelar, pois o mesmo artigo 698 do CPC que criou esta discricionariedade para o juiz traça os seus limites e condicionamentos de aplicação.

A utilização do poder pelo magistrado tem que ser de forma comedida e de acordo com a moral e os bons costumes, ou seja, as fontes de direito indiretas. Caso o juiz não utilize de todos estes parâmetros, ele poderá estar cometendo um abuso do poder.

O abuso de poder configura-se pela utilização do poder fora da lei e sem utilidade pública, ou seja, desvirtuando os limites de suas atribuições, não sendo útil para a sociedade. Contra este ato de abuso foi criado o remédio constitucional do mandado de segurança, implementando um sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4898/65, que pune criminalmente estes abusos de autoridade.

A abusividade pode ser descrita de dois modos: pelo excesso de poder e pelo desvio de finalidade.

O excesso de poder, como o próprio nome diz, a autoridade competente excede-se no seu poder, passando dos limites, tornando o ato ilícito e maculado de nulidade, caracterizando-se pelo descumprimento direto da lei. Caracterizada a conduta seja dolosa ou culposa, desde que com a violação de competência, já invalida o ato praticado.

O desvio de funcionalidade ou de poder ocorre quando a autoridade é competente para determinado ato, mas o pratica por razões diversas dos objetivos da lei. O desvio de finalidade é a violação ideológica da lei.

5. Requisitos para concessão da medida cautelar

A ação cautelar tem como requisitos de concessão da liminar e pressuposto de procedência a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

O *fumus boni iuris* ou a fumaça do bom direito é embasado na possibilidade de existência do direito amparado da pretensão principal invocado pelo requerente da medida. Para o seu deferimento basta apenas a probabilidade de que o direito invocado exista, mesmo que ele não tenha conhecimento pleno e certeza absoluta dos fatos, pois há imposição advinda do caráter de urgência da medida. Não há tempo de analisar as provas pois haveria necessidade de instrução e ampla defesa, incompatíveis com a urgência da medida.

Caso o requerente não demonstre a mera probabilidade do seu direito ser amparado, não está caracterizada portanto a fumaça do bom direito, acarretando o não acolhimento do pedido cautelar.

O segundo requisito para concessão da medida cautelar é o perigo da demora ou *periculum in mora*, que nada mais é do que a possibilidade de um risco iminente a uma das partes da ação principal em função da lentidão do julgamento da lide.

Este risco deve vir acobertado pela dificuldade de reparação do dano, ou até a impossibilidade de sua reparação. Portanto não há de se falar em demora por si só, mas a demora como elemento risco. O requisito do risco na demora foi consagrado no artigo 798, do CPC, ao estabelecer que poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não constituem condições da ação cautelar, como defendem alguns doutrinadores. Os requisitos da ação como a legitimidade da parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido são os únicos requisitos da ação cautelar. Não há de se verificar o perigo na demora e a fumaça do bom direito como requisito pois são meros pressupostos de concessão da liminar ou procedência da pretensão cautelatória.

6. A concessão da medida cautelar *ex officio*

Segundo o princípio da inércia da jurisdição, consagrado pelo artigo 2º do Código do Processo Civil que estabelece: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando aparte ou o interessado a requerer, nos casos de formas legais.

O processo origina-se por iniciativa da parte e, de regra, não pelo magistrado. Em decorrência desse princípio tem-se que os órgãos jurisdicionais são inertes, ou seja não existe exercício espontâneo da jurisdição, a não ser em exceções previstas na própria ordem jurídica como inventário, exibição de testamento, herança jacente, etc.

Portanto, somente excepcionalmente, nos casos em que a lei prevê, expressa e explicitamente, a possibilidade cautelar *ex-officio* é que o juiz poderá adotar medidas provisórias atípicas, sem provocação da parte.

No mais, deverá o juiz observar os já citados limites para concessão da medida através do poder geral de cautela.

Entendendo ser possível a concessão de ofício, essa providência poderia ocorrer somente de forma incidental, ou seja, em processo em curso.

Assim, se o processo estiver em curso e se verificar risco para sua efetividade e também com a proteção e segurança dos direitos ameaçados, presentes os requisitos antes apontados, o juiz poderá, em razão do poder geral de cautela, conceder medida cautelar sem requerimento da parte.

Cap. IV – Poder geral de cautela

1. Contextualização

Em face da abertura dos mercados consumidores e produtores, universalizou-se a demanda de consumo sob o estímulo da propaganda massiva e consumismo exagerado. Como conseqüência, as relações de trabalho multiplicaram-se e tornaram-se mais complexas e conflituosas. De outro lado, a superpopulação reduziu o espaço físico à disposição de cada indivíduo, intensificando os atritos; a competição entre os indivíduos e grupos favorece os litígios e as desigualdades sociais produzem as mais variadas rebeldias. De todas as causas elencadas, resulta o afluxo contínuo de número cada vez maior de participantes da atividade jurídica. Não é só a população que aumenta: é o grau de participação de cada indivíduo nos assuntos coletivos que cresce mais e mais.

A profunda transformação da realidade social fez brotar, com maior intensidade o reconhecimento de legitimação dos chamados corpos sociais intermediários (sindicatos, associações, organismos de defesa de interesses coletivos, bem como o Ministério Público), operando-se o fenômeno dos “contenciosos de massa” objetivando a solução dos conflitos de grandes grupos e dos interesses difusos, em que a identidade e até a quantidade das pessoas potencialmente legitimadas são indetermináveis. O lema “a união faz a força”, destina-se a restabelecer o nivelamento das partes para garantir um verdadeiro acesso à justiça, muito mais do que um formal acesso ao processo.

Ao contrário dessa veloz sociedade, o Poder Judiciário, por ser permeado por normas quase imutáveis, de difícil acompanhamento das mudanças sociais, somados a burocracia demasiada e quantidade interminável de recursos ociosos que tem por escopo tão

somente protelar a satisfação da pretensão jurisdicional, fornecem a sensação para a população de que o país não tem justiça, dando a sensação de impunidade, gerando caos, pois não há a sanção do Estado para os casos em que se faz necessário.

No ordenamento jurídico brasileiro, ao absorver a realidade social, altamente mutável e em constante alteração, foram criados diversos institutos jurídicos para viabilizar a agilização da entrega da prestação jurisdicional aos inúmeros interessados através de instrumentos processuais tais como: *habeas corpus* coletivo, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, ações coletivas e os remédios corajosamente radicais do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais se destaca a alteração do ônus da prova.

A atribuição de poderes mais amplos ao juiz na condução do processo deve representar não uma simples preferência teórica ou modismo intelectual mas, sim, depressão do princípio dispositivo no qual o juiz pouco mais tem a fazer do que velar pelo respeito às regras do jogo.

Exemplo marcante de tal atribuição, conferida ao juiz, está contido no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no qual se enfatizou o chamado “critério do juiz”, caracterizando que o rumo da sentença de mérito é entregue por inteiro ao critério judicial para firmar os marcos referenciais que o mesmo texto normativo pouco oferece quanto aos conceitos objetivos que correspondam aos termos “verossimilhança” do alegado, a “hipossuficiência” do alegante e as “regras ordinárias da experiência”.

Inobstante ser atribuição do legislador o trabalho de reformulação dos conceitos e de todo o arcabouço jurídico para outorgar poderes mais amplos ao condutor do processo, dando maior desenvoltura para o juiz na escolha de procedimentos, amoldamento destes à realidade concreta, iniciativa de atos e dispensa de formas sacramentais, nada impede que a interpretação criativa cometida aos juízes de primeira instância, não contra a lei, mas a

favor de seus fins, encontre caminhos para suprir o imobilismo das casas legislativas quanto aos assuntos da justiça. Juiz contido pela camisa-de-força do formalismo rígido é juiz que mesmo capacitado a vislumbrar o justo, não o pode realizar.

2. A caracterização do poder geral de cautela

Por meio de incentivar a prestação jurisdicional, segundo exposto no tópico acima, além dos instrumentos aplicáveis aos “contenciosos de massa” e as medidas cautelares nominadas, a sociedade conta, ainda, com outro meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer seu direito. Trata-se do poder geral de cautela do juiz a quem a lei conferiu “poderes indeterminados” para dar efetividade à proteção jurídica suplicada por ela, no sentido de transformar a velha máxima “ganhou, mas não levou” em uma realidade ultrapassada, em face da agilidade esperada do Judiciário, eis que é permitido ao juiz autorizar a prática, ou impor a abstenção de determinados atos, não previstos em lei ou nela indicados exemplificadamente.

Há situações em que a lei, por defeito de abstração ou generalidade, vê-se impossibilitada de determinar a regra de conduta para as peculiaridades infinitas dos casos concretos. Muito melhor do que o legislador, haverá o juiz de prover a respeito. Por isso, a necessidade da lacuna, para a liberdade legal da discricção.

Em face desse cenário houve a necessidade de se encontrar opções de tutela jurídica que resolvessem de forma mais urgente os problemas atuais, assegurando a efetividade dos direitos colocados sob a proteção do Estado, eis que, por diversas questões, sociais ou econômicas, muitas vezes a prestação jurisdicional não chega a tempo de resolver o conflito de interesses, ou ocorre um atraso nessa resolução.

Nesse contexto, duas teses se destacam:

a) a da dimensão social do processo - parte do conceito de que o direito é visto principalmente pelo ângulo de seus consumidores e da justiça, ou seja, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais. No estado de direito, a verdadeira jurisdição deve primar pelo equilíbrio das relações processuais, permitindo a todos, ricos e pobres, uma efetiva e qualificada representação processual, assegurando às partes, dessa forma, o pleno direito de participar da formação do *judicium*.

b) a do acesso à justiça - pontifica que a justiça deve ser colocada ao alcance de todos, por meio da simplificação de procedimentos, barateamento dos serviços forenses, aumento do número de juízes e modernização da máquina judiciária.

As circunstâncias atuais sugerem que o poder judiciário não pode ficar inerte e apático diante do quadro grave e aflitivo, devendo dar sua resposta quanto à necessidade da adoção de formas e procedimentos especiais para se aprimorar a otimização da tutela jurisdicional.

Assim, urge seja o processo cautelar, que prima pela segurança jurídica, deixando o plano da certeza para uma análise posterior, ou seja efetivamente empregado em sua totalidade, pois visa à prevenção do dano que poderia se dar, caso não fosse concedida a medida cautelar, sendo que a tendência atual tem sido a de alargar o campo de abrangência do processo cautelar, como solução hábil para o conhecido inconveniente da justiça morosa. A solução para a proteção dos direitos está representada no importante papel desempenhado pelo juiz ao utilizar-se do poder geral cautelar que lhe é conferido pela lei, como um instrumento indispensável de garantia dos direitos.

Dentre os deveres do juiz encontra-se o de assegurar que o processo se desenvolva de forma regular, rápida (art. 125, II, CPC), leal (arts. 125, III e 129, CPC) e com

igualdade de tratamento (art. 125, I, CPC). Por outro lado, se cabe à parte propor a ação (princípio dispositivo) é dever do juiz dar impulso oficial ao processo (art. 262, CPC). Não se descurando ainda o princípio geral de que incumbe ao juiz a aplicação da lei de acordo com os fins sociais a que ela se dirige e a existência do bem comum (art. 5º, LICC).

O Código de Processo Civil vigente deu enorme dimensão ao poder geral de cautela do juiz, eis que estabelece em seu artigo 798 que “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Cap. II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Conferiu a lei um poder discricionário quase que ilimitado ao juiz para decretar, inclusive, liminares acauteladoras sempre que presentes, é claro, os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. A discricção prende-se, na cautela inominada, à escolha da providência. Não pode o juiz criar o direito material em abstrato e atribuí-lo à parte. A providência cautelar, sim, é que representa obra concreta da criação, não prevista pelo legislador, mas compreendida no próprio dinamismo do direito material em contato com a realidade. O direito subjetivo material, o juiz não o cria, mas a providência cautelar da tutela, imprevista ou imprevisível em lei, sim.

Portanto, os provimentos provisórios contidos no poder cautelar geral têm eficácia não apenas conservativa, mas também inovativa. É óbvio que tal poder não pode ser ilimitado vez que ele possui freio imposto pela própria natureza do direito material, acrescido da prudência de que se deve revestir o magistrado no seu uso. Os limites do poder cautelar estão fixados na Constituição, nas leis e na natureza dos direitos acautelados.

3. Confrontação do art. 675, do CPC de 1939, com o atual art. 798, do CPC de 1973.

Anteriormente ao Código de 1939, não existia previsão do poder cautelar geral, verdade esta registrada por Jarbas Nobre¹ nos seguintes termos:

falta, *in iuri conditio*, de um poder cautelar geral, que permita ao juiz, em caso de perigo na mora, estabelecer de cada vez, independentemente dos meios especiais cautelares reconstituídos, as medidas assecuratórias que melhor correspondam às exigências do caso concreto.

O Código anterior tratava dos processos cautelares no Livro V, destinado aos “processos acessórios”. Seguiu os passos da doutrina predominante, em especial a Calamandrei, para quem a medida cautelar é provisória quanto à finalidade.

O poder geral de cautela, estatuído pelo atual código, em seu artigo 798, já se continha implicitamente no art. 675 do Código revogado, mas que a jurisprudência relutava em admitir em toda a sua extensão, uma vez que o problema não foi enfrentado adequadamente, talvez, pela falta de orientação doutrinária, escassa até mesmo na literatura universal. Na atualidade, a concessão de tal medida é considerada como a mais importante e delicada atribuição confiada à magistratura. O Código anterior, em seu Livro V - Dos processos acessórios, Título I – das medidas preventivas (com as suas espécies preventivas propriamente ditas, preparatórias e incidentes), assim dispunha, *in verbis*:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para a 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 ausar lesões, de difícil reparação, do direito de uma das partes;

¹Nobre, Jarbas. Processo Cautelar: Breves Considerações. RT, p.84.

III - quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Logo em seguida, em seu art. 676, foram elencadas as hipóteses das medidas preventivas, as quais, consoante jurisprudência da época, dependiam do critério do juízo, porque o art. 675 do mesmo diploma estipulava a ordenação das medidas de forma potestativa:

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

- I - no arresto de bens do devedor;
- II - no seqüestro de coisa móvel ou imóvel;
- III - na busca e apreensão inclusive de mercadorias em trânsito;
- IV - na prestação de cauções;
- V - na exibição de livros, coisas ou documentos (art. 216 a 222);
- VI - em vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*;
- VII - em obra de conservação em coisa litigiosa;
- VIII - na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulamento de casamento;
- IX - no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;
- X - na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

Embora não fossem exaustivas, a enumeração das medidas preventivas previstas pelo artigo 676 do revogado CPC só se justificava a concessão da medida acauteladora regulada no inc. II, do art. 675, acima, se os atos capazes de causar lesões de difícil ou incerta reparação ao direito de uma das partes surgissem posteriormente à própria lide, e, jamais, quando tais fatos já existissem ou coexistissem com a constituição da pretensão (suposição de superveniência dos fatos e necessidade de se manter o *status quo*).

Hoje, interpretam-se as expressões lesão “a direito” e “direito ameaçado”, empregadas pelos artigos 798 e 801, IV, do CPC, no sentido de direito aparente, ou seja, da existência em prol do autor daquilo que a doutrina tradicional exige para a ação cautelar: o *fumus boni iuris*.

O procedimento das cautelares inominadas jurisdicionais rege-se pelas disposições gerais dos art. 800 e segs. Podem ser propostas antes ou no curso da ação principal (antecedentes ou incidentes).

Como a especificação das medidas cautelares, no Código atual, não é *in numerus clausus*, podem ocorrer, no curso do processo ou antes do ajuizamento da ação principal, fatos que venham a tornar duvidosa a efetividade da prestação jurisdicional que se busca ou se pretende buscar, que não se enquadram na discriminação legal.

O entendimento, na vigência do Código anterior era de que, tratando-se de medida preventiva requerida na pendência da lide, não podia o recurso ser autorizado para as medidas preparatórias. A lei era omissa quanto aos recursos das denegações de medidas preventivas requeridas na pendência da lide. Cabível era, entretanto, o agravo de petição, porque a denegação importaria na terminação do processo de medida, sem lhe resolver o mérito. Atualmente, a decisão que concede ou nega a medida cautelar *initio litis* – liminarmente ou após prévia justificação – é interlocutória e, como tal, atacável por agravo de instrumento. Esse recurso não tem efeito suspensivo, de sorte que a jurisprudência tem entendido o cabimento de mandado de segurança contra a concessão da medida nessas circunstâncias.

Contra a decisão que indefere a concessão *initio litis* não cabe mandado de segurança, porque não há um direito líquido e certo do requerente ao seu deferimento. É sabido o fato de que, embora existam algumas discordâncias, é majoritária a posição segundo a qual o pronunciamento judicial que indefere, total ou parcialmente, o pedido de medida liminar possui efetivamente natureza jurídica de despacho de mero expediente que, segundo o art. 504 do CPC, não comporta qualquer recurso, salvo impugnação através de reclamação correição parcial, especificamente nos casos de subversão da ordem processual.

É válido salientar que o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar emana do denominado poder cautelar genérico ao qual se atribui, segundo a maioria dos autores, natureza efetivamente discricionária.

O poder discricionário confere efetiva liberdade ao magistrado de escolha de determinadas providências para resguardar a integridade de direitos ou interesses que estejam sendo ameaçados ou violados. Pela discricionariedade, o magistrado aprecia os critérios de conveniência e oportunidade para adotar as medidas liminares requeridas ou não, com vista a afastar dano iminente que ameace, no seu entendimento, direitos das partes antes da entrega definitiva do ofício jurisdicional.

Assim, como o magistrado pode se convencer pelo poder discricionário, da conveniência e oportunidade, *in limine litis*, de conceder a ordem de suspensão do ato impugnado, pode também se convencer da inoportunidade e da inconveniência de tal iniciativa, não emergindo deste fato qualquer ilegalidade ou abuso de poder que autorize, dentro dos estreitos limites dos requisitos do *mandamus*, a impetração da ordem constitucional como ação autônoma de impugnação ou de qualquer outra forma de recurso *lato sensu*, incluindo neste diapasão os recursos *stricto sensu* como o agravo, reestruturado pela Lei nº 9.139/95.

Destarte, descabe segurança contra ato praticado pelo juiz no exercício normal da faculdade de julgar, constatada a existência dos pressupostos materiais e processuais que possibilitem cognição e legitimem a prestação jurisdicional. A decisão poderá ser acimada de injusta, porém, não será ilegal ou abusiva, únicas hipóteses de cabimento do *mandamus*.

Assim, a medida liminar não se propõe a decidir questões controversas sobre a marcha processual, restou a doutrina – pelo princípio excludente denominá-lo de despacho de mero expediente, ou seja, são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo; enquanto que despachos interlocutórios são os que decidem questões controversas relativas à regularidade e à marcha processual, sem lhe por fim.

Da mesma forma, é possível constatar também que a jurisprudência ainda que com algumas divergências orienta-se, de forma igualmente majoritária, neste sentido, acrescentando, muitas vezes, inclusive, a virtual impossibilidade de se desconstituir o ato judicial que indefere medida liminar através da ação autônoma de impugnação mandamental, ou mesmo por intermédio do novo recurso de agravo introduzido pela Lei nº 9.139/ 95, conquanto a nova legislação é clara em permitir a eventual suspensão da medida, art. 527, II, do CPC, porém jamais a substituição.

Já a concessão pode ferir esse direito, se demonstrada a lesão ao direito do impetrante. Apesar da posição doutrinária e jurisprudencial que sustenta a tese da irrecurribilidade do pronunciamento judicial indeferitório de medida liminar constituir-se em entendimento majoritário, subsiste o pensamento de pequena parcela, sobretudo da jurisprudência, que defende ponto de vista diametralmente oposto no sentido da absoluta e ampla recorribilidade do pronunciamento judicial que indefere a medida liminar, qualificando esta manifestação do juiz como efetiva decisão interlocutória, passível de recurso processual (*stricto sensu*) de agravo (lei nº 9.139/95), e até mesmo do recurso *lato sensu* consubstanciado no mandado de segurança como ação autônoma de impugnação.

Daí nota-se a insustentabilidade da tese segundo a qual existem decisões irrecuráveis, sobretudo em se tratando de pretensão posta sob o pálio do mandado de segurança. O Poder Judiciário não há de compadecer desse entendimento. Em que pese a evidência desse direito de recorrer posto ao dispor do titular do direito lesado, não é raro se verem casos em que a denegação de liminar em mandado de segurança resta emanados sérios, prejudiciais e, muitas vezes, irremediáveis efeitos.

Os autores que defendem a tese de ampla recorribilidade do pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar, não comentam o argumento fundamental que afasta a possibilidade de qualquer controle recursal *stricto sensu* sobre o despacho denegatório de medida liminar, que é exatamente o fato de que a não-concessão da medida fere apenas interesses e jamais

direitos de qualquer das partes, uma vez que não atinge o mérito da questão trazida ao conhecimento do Poder Judiciário, considerando, sobretudo, que o indeferimento, *in limine*, da providência cautelar não permite qualquer antecipação da tutela através da avaliação do *fumus boni iuris*.

Por outro lado, a concessão da medida liminar, através de julgador diverso (em grau de recurso), desnatura o próprio objetivo de providência cautelar, desvinculando-a em parte da decisão final que será proferida pelo juiz da causa na instância originária. Logo, é importante lembrar que o Direito brasileiro admite a hipótese de o mandado de segurança ou qualquer outro instrumento, inclusive o recurso de agravo, servir como meio idôneo para simplesmente se sobrepor ao critério convergente com a lei de interpretação da norma jurídica pelo magistrado originariamente competente para o julgamento da questão levada ao seu conhecimento, até mesmo porque prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial contemporâneo segundo o qual é cabível a utilização da ação autônoma mandamental contra ato jurisdicional à luz da própria minimização da rigidez da Súmula nº 267 do STF. Entretanto, em que pesem ainda perdurarem divergências sobre a necessidade ou não da interposição tempestiva do recurso específico, funcionando o *mandamus* apenas para dar o efeito suspensivo à impugnação, o certo é que, se a lei processual prevê determinada espécie de recurso, e se este for adequado para evitar a lesão do direito da parte, a orientação pacífica é no sentido do não cabimento do remédio heróico em questão. Contudo, se a decisão a ser atacada, à toda evidência, desafia o recurso de agravo - disciplinado nos arts. 522 e seguintes, do Código de Processo Civil - que, a partir da vigência da Lei nº 9.139/95, teve um novo disciplinamento, tornando possível a concessão de efeito suspensivo nas hipóteses de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea, bem assim, em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação (art. 558, caput, do aludido diploma legal).

A doutrina é praticamente unânime no que tange à manifestação do magistrado no sentido de que a concessão *in limine* da providência cautelar requerida (ou concedida *ex officio* através do legítimo exercício do denominado poder cautelar genérico) constitui-se em típica decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC/73), passível, por seu turno, do recurso próprio de agravo, particularmente com a recente introdução do efeito suspensivo pela Lei nº 9.139/95.

Convergem diversos entendimentos no sentido da possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares² em lugar do mandado de segurança objetivando o mesmo fim, não obstante tal posição jurisprudencial constituir-se em ponto de vista praticamente isolado, considerando o entendimento majoritário no sentido de que a providência cautelar referida no artigo 21, IV do RISTF é a própria medida liminar, ínsita na ação mandamental.

Por outro lado, nos últimos anos, parcela pouco expressiva da doutrina (e praticamente isolada na jurisprudência) tem entendido pela possibilidade ampla de interposição da ação autônoma de impugnação mandamental também nos casos de indeferimento da medida liminar, com conseqüente concessão *in limine* da providência cautelar vindicada em flagrante e inadmissível caráter substitutivo (e verdadeiramente subversivo) da competência jurisdicional originária.

Cumprе ressaltar que o mandado de segurança na qualidade de ação autônoma de impugnação diferente das demais formas de recursos (do tipo *stricto sensu* como agravo de instrumento ou do tipo administrativo como pedido de cassação ao presidente do tribunal) possui diversos pressupostos específicos para sua admissibilidade que se traduzem principalmente pela comprovação da ilegalidade ou abuso de poder na prolação do ato impugnado em face da efetiva existência do direito líquido e certo a amparar o direito do recorrente, e ainda a efetiva competência do órgão ad quem para apreciação do mandado de segurança como meio recursal.

² LIMA, Cláudio Vianna de. O Processo Cautelar no Novo Código de Processo Civil, RF, p.82.

Por último, há o meio jurídico idôneo de impugnação *lato sensu* à decisão concessiva de medida liminar (nesse particular também aplicável aos casos de indeferimento da providência cautelar *in limine*), o pedido de reconsideração da decisão (ou simplesmente pedido de revogação, como preferem alguns), dirigido diretamente ao magistrado prolator do *decisum* (ou do despacho no caso de não concessão da medida postulada), e com nítido objetivo de através de novas ponderações fazer o julgador refletir sobre o alcance de sua decisão (ou de seu pronunciamento) e dos eventuais danos de difícil ou impossível reparação que poderão advir quando da efetivação da medida.

O Código de Processo Civil vigente deu enorme dimensão ao poder geral de cautela do juiz, em relação ao Código de 1939, eis que estabelece em seu artigo 798 que “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Cap. II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, aumentando, assim, o leque de providências que o magistrado poderá determinar, se julgar necessárias, para garantir a efetividade do processo principal.

Cap. V – Limites ao poder geral de cautela

1. A abrangência da atribuição do juiz

Com o advento de novas invenções tecnológicas e com as relações sociais mais complexas, faz-se necessário que o juiz reaja com energia perante qualquer ato de insensatez. Caso alguém tente um ato que até o momento ninguém teria a coragem de fazê-lo, deve o magistrado agir com rigor para manter a paz social, tanto que ele não pode e nem deve ficar adstrito em face dos Códigos. A Lei, como fonte direta do Direito, é a ferramenta que norteia a decisão do juiz, mas não que cegamente seja sempre a mais adequada. A função do juiz, como interprete e aplicador do Direito, é necessariamente vasta e complexa, pois a lei deve regulamentar os assuntos de um modo amplo, fixar princípios fecundos em consequências, e não estabelecer para cada relação da vida uma regra específica. Até mesmo nas hipóteses cada vez mais raras em que os textos referem-se a exemplos particulares, intervém o intérprete, ou o aplicador, para generalizar a idéia, estendê-la a circunstâncias semelhantes, aos fatos analógicos.

A função do magistrado como intérprete é exercida somente quando surge a dúvida sobre a exegese. Em um caso forense, nem o juiz expõe o seu pensamento por meio de disposição geral e referente ao futuro, nem sequer se pronuncia em parecer solicitado por algum dos outros poderes constitucionais.

Entretanto, apesar das limitações decorrentes da repartição e independência dos três poderes, ainda resta aos juízes um vasto campo da sua atividade autonômica, em razão de ter que despachar e decidir a todo o momento. Existe uma tendência de países com ordenamentos mais desenvolvidos a cultuação da cada vez mais livre e independente

aplicação do direito e nem poderia acontecer de modo diverso, visto que a magistratura ficaria impotente contra a realidade das coisas mediante a lentidão e burocracia para as normas entrarem em vigor, já que, arcaicas, elas deveriam ser um espelho daquilo que a sociedade naquele momento necessita, tal qual essa ineficiência já configura uma característica do Direito Positivo. Um exemplo disso é o Código Civil de 2002, que depois de tanto tempo para entrar em vigor, quando aconteceu, já estava contaminado pela ineficácia. Por isso, todas as escolhas para abrandar a rigidez das fórmulas legais. O juiz não figura como um autômato, mas como árbitro da adaptação dos textos legais ao caso concreto. Era a função compreendida, no Direito Romano, do pretor.

Os próprios Códigos reconhecem a impossibilidade de tudo especificar e prescrever, portanto deixam ao arbítrio do julgador apreciar os inúmeros motivos da demanda.

2. As limitações do poder geral de cautela

Muito se faz necessário no poder geral de cautela: o conhecimento de sua extensão a fim de que todos os casos sejam abraçados pelo Poder Judiciário, mas, por outro lado, também é de se reconhecer que este se ressentir de certas limitações, as quais, todavia, não se encontram, como se poderia supor, no art. 799, cujo conteúdo é meramente exemplificativo.

As limitações impostas para a aplicação das medidas cautelares inominadas devem ser encontradas na própria fonte que as informa. Os estudiosos no assunto não lograram taxar as limitações ao poder cautelar geral como categorias jurídicas autônomas, pela inafastável razão de que elas decorrem do ordenamento positivo. A razão para especificá-

las está no apreço ao pragmatismo e, portanto, na contribuição que tal esforço pode representar para a efetividade do exercício da jurisdição por meio do poder geral de cautela.

Utilizando e considerando o enfoque dos limites para sua concessão, surgem três perspectivas inerentes a tutela cautelar, que são a coordenação da cautela ao processo principal, a reversibilidade jurídica do provimento cautelar e a eficácia preponderantemente mandamental da sentença acautelatória.

Quanto a coordenação da cautela ao processo principal, entende-se que o processo cautelar deverá, portanto, ter utilidade prática para o processo principal, considerado em todos os seus elementos (partes, prova, execução). Assim, por exemplo, caso a parte não requeira a produção da prova oral no processo satisfativo, não poderá pretender cautelarmente a sua antecipação. Desse modo, é de se inferir que o provimento assecuratório deve estar coordenado com o processo principal, não podendo ser requerida medida com a qual não haja qualquer ligação. A cautela a ser deferida deve ser efetiva e prática. Nesse contexto, não pode o juiz, na tutela cautelar, conceder mais do que seria devido no processo principal. Não pode haver a desvinculação dos limites impostos pela natureza provisória da tutela cautelar, não sendo permitido ao magistrado invadir searas próprias de outros tipos de processo.

No tocante a reversibilidade jurídica do provimento cautelar, entende-se que a provisoriedade é característica essencial de que se reveste a cautela, harmonizando com a função de ser útil ao processo principal até a sua extinção. Admite-se, portanto, que a modificação da realidade decorrente do deferimento da cautela possa desfazer-se, sem maiores dificuldades, tão logo se esgote completamente a finalidade a que se propõe. Exemplificando, com a cessação da utilidade do sequestro ou do arresto, o bem constricto é entregue a quem de direito; desaparecida a causa da sustação do protesto, este pode ser realizado; passada em julgado a sentença no processo principal sobre a propriedade de

determinado imóvel, deixa de haver utilidade e cancela-se a averbação da sua inalienabilidade; com a decisão definitiva acerca de crédito tributário, cessa a cautela pertinente à suspensão da respectiva exigibilidade. Em todas essas hipóteses, o retorno ao *status quo ante* à concessão da medida opera-se sem maiores obstáculos.

Todavia, nem sempre, o trato do tema apresenta tal singeleza. Determinadas providências não permitem, ou tornam extremamente dificultosa, a reversão prática, tais como a demolição de casa de alvenaria, obras de conservação em coisa litigiosa (art. 888, I, do CPC), transmissão de importante evento por emissora de rádio ou de TV, cirurgia de emergência etc. Deferidas tais práticas através de provimento cautelar, fica difícil, senão impossível, a reversão fática à situação anterior. Diante disto, a doutrina majoritária exige do juiz que, ao examinar pedido de cautela, verifique, também, a reversibilidade da providência. Tal requisito da reversibilidade tem contribuído para a limitação dos provimentos acautelatórios, sob duas ponderações cruciais: a de que, em alguns casos, haveria irreversibilidade da medida; e também, porque existe indicativo da positividade do provimento, sempre que coincidir com o objeto do pedido no processo principal. Como exemplo deste último entendimento: se o pedido principal (satisfativo) visar à colocação de utensílio chamado marca-passo em um paciente, por conta da previdência social, e, havendo perigo na demora, o pleito for deduzido através de um processo cautelar, isto, segundo a perspectiva em exame, não será possível, considerando a satisfatividade da medida, o que parece temerário em face da peculiaridade da situação fática. Ambos os argumentos acima referidos não se harmonizam com o propósito da facilitação do acesso à justiça, de modo a proporcionar-se ao jurisdicionado medidas ágeis e descomplicadas, bem como garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Em relação ao ponto de vista que vê satisfação na providência acautelatória, bastando, para tanto, que coincida (ou se assemelhe) com o

provimento reclamado no processo satisfativo, esta proposição não pode prosperar e de fato não tem prosperado, graças à razoabilidade com que decidem os juízes, conforme tem-se constatado em várias decisões em sentido contrário.

O ordenamento jurídico pátrio não contempla somente o adimplemento das obrigações (em sentido lato) em espécie. O Código Civil, no Capítulo referente às conseqüências da inexecução das obrigações, estabelece, em seu art. 1.056, que, não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. O atual Código de Processo Civil trouxe mudanças consideráveis no método previsto pelo diploma de direito material, ao versar sobre a sentença e a coisa julgada (Capítulo VIII, Título VIII, Livro I), dispondo, no art. 461 que, no caso de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Preceitua, ainda, no § 1º, que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Esta técnica é inteiramente aplicável ao processo cautelar. Nesta linha de entendimento, cumpre ao juiz, primeiramente, propiciar ao jurisdicionado a tutela específica da obrigação; em segundo lugar, permite o dispositivo legal que o juiz alcance o resultado prático equivalente ao do adimplemento (inclusive determinando medidas constritivas como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva) e, só em último caso, a obrigação poderá converter-se em perdas e danos.

Por outro lado o § 3º do mesmo artigo deixa claro não serem estas alternativas privativas do ato sentencial, podendo o juiz conceder a tutela liminarmente. Na análise da reversibilidade, cumpre distinguir a reversibilidade fática da reversibilidade jurídica. Isto

porque, se a providência cautelarmente ordenada se revelar, como nos exemplos acima, faticamente irreversível, isto não configurará impedimento à sua implementação, desde que seja juridicamente reversível. Considera-se juridicamente reversível a medida, desde que se possam reverter as conseqüências dela decorrentes pelos meios elencados no art. 461.

Em síntese: a providência poderá ser faticamente irreversível, mas juridicamente (pelos meios previstos em direito) reversível. Por conseguinte, das considerações expendidas infere-se que a irreversibilidade somente será impedimento à concessão de medida assecuratória quando retratar impossibilidade de reversão à situação anterior, não só por meio da providência específica reclamada, mas também mediante equivalente resultado prático ou valor em pecúnia. É o caso da insolvência do devedor, por exemplo.

Constatada a irreversibilidade fática, o juiz deverá redobrar a cautela (exigindo, por exemplo, preste o autor caução, nos termos do art. 804) na determinação da providência, considerando haver um bônus, uma dificuldade a mais, para a reversão da proteção requerida. Isto, entretanto, jamais será razão para impedir a atividade jurisdicional, tanto sob o prisma do interesse do particular, como do interesse do Estado. Entre impor uma cautela, mesmo à custa de dificuldades práticas e submeter a parte a dano irreparável, não há muita escolha: o juiz tem de cumprir seu dever funcional de assegurar a idoneidade do processo.

A irreversibilidade da medida implica em cuidados redobrados por parte do magistrado, porém, em momento algum levaria à ineficácia da prestação jurisdicional.

Limita também o poder geral de cautela a eficácia preponderantemente mandamental da sentença cautelar de procedência.

A ação mandamental é a que tem por objetivo preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda. Busca, assim, obter do juiz a emissão de

uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou a não fazer alguma coisa.

Em face dessas considerações, observa-se que a eficácia preponderante e essencial de todo provimento cautelar é mandamental. Isto, por ser provisório o provimento cautelar e derivar de cognição sumária ou superficial, características que inabilitam a decisão acautelatória para declarar a existência ou inexistência de relação jurídica e, conseqüentemente, para constituir, condenar ou executar, pois estas são tipicamente de eficácia satisfativa. No provimento cautelar, a eficácia declaratória não atinge o grau de certeza necessário ao reconhecimento da existência ou inexistência de direito, mas tão-somente declara a existência ou inexistência de aparência do direito.

Em conseqüência, o juiz, ao acautelar determinada situação, deve ter o cuidado de não emitir provimento que declare, constitua, condene ou execute, para não adentrar em campo próprio do processo principal. Na esfera acautelatória e relativamente ao direito material controvertido, nos autos principais, o juiz atua sobre os fatos; não cria, modifica ou extingue o direito litigioso; tampouco o declara, condena alguém a prestá-lo ou executa, ou seja, somente a acautela.

3. As limitações no Direito Tributário

A faculdade do Fisco criar seus próprios créditos, dotados de presunção de certeza e liquidez, tem levado o direito tributário atual a atenuar o rigor do princípio da executividade, evitando a exigência de créditos incertos, com manifestos prejuízos ao contribuinte.

O Código Tributário Nacional (CTN), editado em 25 de outubro de 1966, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro para disciplinar, de forma consolidada, as normas gerais em matéria tributária, posto que até aquele momento havia apenas uma legislação dispersa e incompleta sobre o assunto. O referido diploma legal, em seu art. 151, contemplou hipóteses em que mesmo já tendo sido efetuado o lançamento e mesmo inexistindo pagamento, a Fazenda Pública não poderá propor a execução judicial em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O direito de crédito da Fazenda não se extingue, mas enquanto duram as causas arroladas no artigo 151, não poderá ser exercido por ausência de exigibilidade. Por ainda não estar expressamente registrada entre as causas suspensivas, a concessão de medida liminar em ação cautelar inominada teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário?

Os mais formalistas, apegados a uma interpretação literal da lei, entendiam que em razão do artigo 151, inciso IV, estar referindo-se somente a “medida liminar em mandado de segurança”, restaria excluída a possibilidade de se alcançar a suspensão por outra forma. No entanto, admitiam o uso da cautelar com este propósito, desde que acompanhada de depósito em dinheiro do montante integral.

Ora, o depósito do montante integral, por si só, já promove a suspensão do crédito tributário. Disso se infere que a utilização da ação cautelar com esta condição a tornaria inócua para tal fim.

Noutro sentido, eminentes juristas entendiam que a ação cautelar era instrumento hábil para suspender a exigibilidade do crédito tributário, quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e inadmissível o mandado de segurança.

Neste contexto, à vista do preceito de hermenêutica contido no art. 5º da LICC – “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, aliado ao poder geral de

cautela disposto no art. 798 do CPC, que é albergado no princípio da prestação jurisdicional útil, constitucionalmente previsto, a aparente vedação de concessão de liminar em ação cautelar inominada para a suspensão da exigibilidade do crédito se mostraria superada.

Diante das opiniões divergentes no seio da doutrina, os tribunais tinham posicionamentos também dissonantes a respeito do cabimento da ação cautelar para promover suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Uns entendiam que o art. 151 do CTN devia ser interpretado de forma taxativa, inadmitindo a ação cautelar. Outros propugnavam que a ação cautelar mostrava-se adequada para se intentar a suspensão do crédito tributário, estendendo, por via de consequência, interpretação extensiva ao art. 151 do Código Tributário Nacional.

Com o advento da Lei Complementar n° 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou ao art. 151 do CTN duas novas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dentre as quais a “concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”, a polêmica perdeu a sua razão de existir. O legislador acatou o entendimento daqueles que pugnavam pela possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em face da ação cautelar, inclusive inominada.

Cap. VI – Antecipação de Cautela

1.Considerações

No decorrer dos tempos, a Ciência Jurídica vem passando por inúmeras transformações em virtude da necessidade de adaptação com relação às mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, bem como os anseios da sociedade contemporânea por essas mudanças.

O Direito Processual possui por finalidade atender as necessidades do cidadão, muitas vezes esquecidas no litígio, buscando primordialmente uma estabilidade relacional, que contraria os interesses sociais, em face de inúmeras características, tais como: burocracia processual, exagero no formalismo, multiplicidade de demandas, desaparelhamento e desestruturação do Poder Judiciário, ausência de consciência de conciliação entre os operadores do Direito etc., acarretando, assim, variações irremediáveis. Tal circunstância não satisfaz a quem necessita de soluções rápidas, o que levou alguns doutrinadores a repensar tal situação, implementando no Código de Processo Civil Brasileiro, através da Lei 8.952/94, o instituto da **antecipação de tutela** que é o deferimento provisório do pedido inicial, no todo ou em parte, com força de execução, se necessário (art. 273, CPC), visando, primordialmente, a acelerar e proporcionar uma maior efetividade à prestação jurisdicional, diante da lentidão do curso normal do processo. Com isto, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte, sendo justificada pelo princípio da necessidade, ao se constatar que, sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que comprometeria gravemente a efetividade da prestação jurisdicional.

A antecipação da tutela é admissível nas ações condenatórias, declaratórias e constitutivas, desde que contenha um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor.

No caso da tutela antecipada estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios, ou seja, o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica, e não fazer com que um simplesmente anule o outro. Essa harmonização é feita através de uma inversão da sequência cronológica de aplicação dos mandamentos. O juiz, porém, deve cuidar, para que esta inversão não se torne regra geral, mas, se torna necessária a inversão da sequência para evitar que o titular do direito subjetivo se veja sonogado do acesso a uma tutela justa e efetiva da jurisdição, é claro que se pode e deve agir dentro dos moldes do já anunciado poder de tutela antecipada, previsto no art. 273 do CPC.

Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano. Assim, para evitar que o demandante veja-se completamente desassistido pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz logo, porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide.

2. Pressupostos da antecipação de tutela

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, *caput*, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) "prova inequívoca"; e
- b) "verossimilhança da alegação".

Exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em "prova inequívoca", que significa mais do que a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*), pois por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória.

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas, não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão, afinal, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

O que se procura alcançar com a tutela antecipada do art. 273 é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito

da parte. Antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito.

Quanto à "verossimilhança da alegação", refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) "o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (inc. I); ou
- b) "o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu" (inc. II).

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da morosidade processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela.

É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.

3. Características

A antecipação de tutela apresenta duas características essenciais: a provisoriedade e a reversibilidade.

Provisoriedade: A antecipação de tutela está sujeita ao regime das execuções provisórias (art. 273, § 3º do CPC), conforme disposto na lei. Esta se reveste do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).

Disso decorrem as seguintes conseqüências:

- a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;
- b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contra-cautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente aplicável à tutela antecipada;
- c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência do domínio do bem litigioso, nem levantamento de dinheiro, sem prévia caução (CPC, art. 273, § 3º).

Reversibilidade: Determina o art. 273 do CPC, em seu § 2º, que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória.

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento,

caso afinal seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide. Deve haver uma proporcionalidade, uma harmonização entre eles. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.

4. Pedido incontroverso e antecipação

A Lei 10.444/2002, por sua vez, introduziu ainda ao art. 273 o disposto no § 6º, segundo o qual “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Trata-se, no caso, das situações em que sobre o pedido, ou parte dele, não pende controvérsia. Na verdade, a hipótese exposta no § 6º pouco se parece com antecipação da tutela. Tem a ver, na verdade, com a definitividade do provimento.

Na hipótese do §6º não se vislumbra o exercício de cognição parcial, mas exauriente, exatamente porque baseada na incontrovérsia. Estaria, então, melhor localizada a regra no capítulo referente à sentença ou mesmo no julgamento conforme o estado do processo.

Uma questão que não se pode olvidar é o que fazer se, por alguma razão, o processo vier a ser extinto sem exame do mérito no caso de já haver sido antecipada parcela do pedido incontroverso? Duas hipóteses podem ser vislumbradas: a) o réu teria o direito de ser reembolsado do que pagou como também de todos os prejuízos que lhe causou a efetivação da medida; b) a decisão que antecipou parcela do pedido incontroverso equivaleria a verdadeiro julgamento antecipado da lide, nessa parte, e, por conseguinte, seus efeitos não seriam atingidos pela extinção do processo no tocante à parte controvertida. Uma outra questão que se impõe examinar é se poderia o juiz, de ofício, antecipar os efeitos da tutela no

tocante a pedido sobre o qual não paire controvérsia. Com efeito, se o §6º do art. 273 for examinado em consonância apenas com o *caput* do dispositivo, a resposta seria forçosamente negativa, porquanto exige este requerimento do autor para a antecipação da tutela. Por outro lado, interpretando-se sistematicamente o Código, pode-se perceber que a hipótese descrita no §6º do art. 273 em muito se assemelha, ao menos nos efeitos, àquelas descritas no art. 330 do Código de Processo Civil brasileiro, tendo ambas origem comum, qual seja a economia do processo e a efetividade da jurisdição ante a desnecessidade de prolongar a discussão em determinadas situações. Com isso, nada impediria ao juiz conceder, de ofício, a antecipação da tutela no caso do §6º do art. 273, seja por não haver provas a produzir, seja por ser revel o réu, e, por conseguinte, incontroverso o pedido.

Registre-se aqui a lição de Câmara³ quanto à natureza da decisão fundada no citado §6º. Ensina o referido autor que

no caso previsto no §6º, do art. 273, a decisão antecipatória é interlocutória, sendo, pois, impugnável por agravo (na forma do art. 522 do CPC). Trata-se, porém, de decisão baseada em cognição exauriente, capaz de declarar a própria existência ou inexistência do direito material, razão pela qual será tal provimento, ao se tornar irrecorrível, capaz de alcançar a autoridade da coisa julgada material. Não se trata, aqui, pois, de uma antecipação provisória, mas de uma antecipação definitiva da tutela. Há, pois, verdadeira cisão do julgamento do mérito, já que este, antes da criação do §6º do art. 273 do CPC, tinha de ser inteiramente julgado na sentença, sendo certo que agora tal julgamento pode ser feito de forma parcelada, julgando-se no curso do processo as parcelas incontroversas do mérito e se reservando para a sentença o julgamento apenas daquilo que tenha se mantido controvertido até o fim.

³ Câmara, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, 6ª edição. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2001, p. 236.

5. Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada

A instituição da tutela antecipada como simples capítulo da ação de conhecimento, nos moldes do atual art. 273 do CPC, não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo.

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo.

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido que é assegurado cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

A tutela antecipada tem semelhança com a medida cautelar. A diferença é que tutela versa sobre o adiantamento do que foi pedido na inicial, ao passo que a cautelar versa destina-se a solução de aspectos acessórios; como a manutenção de certas situações até o advento da sentença.

A tutela cautelar não pode antecipar a tutela de conhecimento. Pois, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar satisfatividade que não pode ter. Na tutela cautelar, de fato há sempre referibilidade a um direito acautelado. A falta desta, como se vê, é evidência da inexistência de cautelaridade. Na tutela satisfativa inexistente a referibilidade a um

direito acautelado. É o caso das provisionais. Aí não há referibilidade porque nada é assegurado. A pretensão é satisfeita.

A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não-referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa. Embora, a antecipação seja "desburocratizada", porque pleiteável por meio de simples petição no bojo da ação de conhecimento, o certo é que os requisitos a serem atendidos pela parte são mais numerosos e mais rígidos do que as medidas cautelares. Assim, por exemplo, a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto, a tutela antecipada somente pode apoiar-se em prova inequívoca.

Em princípio, pois, não se pode formular pretensão de antecipar efeitos do julgamento de mérito, em sede de ação cautelar, porquanto isto ensejaria à parte obter a tutela excepcional do art. 273 do CPC, sem submeter-se às suas exigências e condicionamentos típicos.

6. Fungibilidade regressiva

Dispõe o art. 273, §7º do CPC, que “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Trata o referido dispositivo da possibilidade instrumental, inserida no bojo do processo de conhecimento, de conceder tutela cautelar incidental sem a necessidade de formação do respectivo processo acessório, ou seja, da concessão de providência acautelatória no bojo do processo principal.

Reconhece o § 7º do art. 273 do CPC que é possível a existência de uma linha cinzenta entre o manejo das medidas cautelares e o da antecipação dos efeitos da tutela. Ao permitir que o juiz conceda medida cautelar, ainda que o autor a chame de antecipação da tutela, autoriza o Estatuto Processual Civil pátrio o emprego da chamada fungibilidade regressiva.

Com tal regra, ensina Joel Dias Figueira Junior⁴ que:

o legislador enceta o sincretismo processual absoluto em suas três matrizes: cognição, execução e cautelaridade, rompendo-se por completo o vestuto processo civil clássico, fundado na ordinaryidade (ordo iudiciorum privatorum – ordem dos juízos privados), na cognição em busca da “verdade” e “certeza” e no inoperante modelo da ação condenatória capaz de gerar tão somente sentença de mera exortação, desprovida de qualquer carga de satisfação (efetividade no plano factual). Significa dizer que, doravante, presenciaremos a unificação instrumental plena, onde numa única relação jurídico-processual, poderá o Estado-Juiz conceder satisfação imediata ao autor por intermédio das técnicas de antecipação da tutela (execução com efetivação da providência jurisdicional favorável), garantir a incolumidade do bem da vida objeto do litígio, por intermédio de medidas assecurativas (tutela acautelatória) e, concomitantemente, formar a sua paulatina convicção, por intermédio do trâmite do processo de conhecimento.

Com efeito, para a aplicação, pelo juiz, da fungibilidade regressiva, é preciso o preenchimento de alguns requisitos. Em primeiro lugar, o pedido deve ser apresentado pelo autor diante de um processo de conhecimento pendente; em segundo, que haja dúvida objetiva justificável para a confusão entre as medidas; também que o momento procedimental seja adequado para a concessão de uma cautelar incidental; e, por fim, que seja impossível a concessão de tutela antecipatória por se tratar de pedido ontologicamente cautelar, vez que

⁴ JUNIOR, Joel Dias Figueira. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. II, 2ª edição, p. 39-40.

presentes devem se fazer os requisitos desta: a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deveras, evidenciado o equívoco na denominação da tutela pretendida, ante uma dúvida objetiva e justificável, e uma vez presentes os requisitos para a concessão da cautelar, o juiz poderá então conceder a proteção assecuratória no bojo do processo principal de conhecimento, ainda em tramitação. Frise-se: o equívoco deve ter sido engendrado pelo autor.

No caso de o réu necessitar obter proteção cautelar, haverá de formulá-la por meio da ação cautelar. Outro requisito também deve ser observado para que o juiz faça uso da fungibilidade regressiva: o momento procedimental deve mostrar-se conveniente à concessão da tutela incidental. Com efeito, o §7º é explícito ao dizer que poderá o juiz deferir a cautelar de forma incidental, a despeito de o pedido formulado ter sido o de antecipação da tutela.

Pergunta-se, então: trata-se de uma faculdade conferida ao Estado-juiz, significando que ele poderá deixar de aplicar a fungibilidade regressiva, ou o verbo, na verdade, merece ser entendido como um poder-dever? A resposta a tal questionamento é de fundamental importância, porquanto caso se concluir que a decisão que defira ou não a fungibilidade regressiva está revestida de discricionariedade judicial propriamente dita, o ato será, por conseguinte, irrecorrível; ao contrário, caso se tratar de simples faculdade, o sistema deverá comportar algum meio de impugnação.

Várias são as situações que podem dificultar a aplicação da fungibilidade regressiva. Citem-se os seguintes exemplos: a imprescindibilidade da produção de provas em audiência; a necessidade de ouvir a parte contrária; o pedido de contraprova à cautelar deferida incidentalmente no bojo do processo de conhecimento, dificultando ou mesmo obstando o curso da lide.

CONCLUSÃO

Na atual configuração do mundo na qual prevalecem o dinamismo e as mudanças constantes, elegeu o legislador um meio inteligente para vencer o desafio constante de novas situações imprevisíveis para o legislador da época. Atribuíram-se ao magistrado, dirigente do processo, poderes para, de posse do caso concreto, verificar e aplicar as providências capazes de resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, independentemente da existência de previsão legal ou não da situação e da correspondente providência a ser tomada.

É impossível para o mais instruído e precavido legislador a tipificação legal de todas as situações fáticas que ocorrem, ainda mais com a complexidade cada vez maior das relações humanas. Para que uma fatia dos fatos jurídicos não acobertados pelo manto da Lei não fiquem também desamparados do respaldo legal que o legislador construiu uma ferramenta poderosa para lidar com estes casos: o poder geral de cautela.

A enumeração do artigo 799, do Código de Processo Civil, das providências que poderão ser tomadas pelo juiz no exercício do poder geral de cautela, tem sido interpretada, pela doutrina, como meramente exemplificativa, admitindo assim, dentro do permissivo genérico, uma quase infinidade de medidas passíveis de adoção pelo magistrado.

Apesar do juiz, em regra, não ter a iniciativa da tutela cautelar, uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, no âmbito do processo cautelar, especialmente em se tratando do poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de eleger os meios necessários para alcançar a jurisdição preventiva.

No mundo atual, com a evolução científica a passos largos e o fenômeno da globalização, a facilidade na troca de informações enseja o nascimento de relações jurídicas

em velocidade superior aos avanços normativos, razão por que opta o legislador em conferir ao juiz poderes para solucionar a controvérsia do caso concreto, independentemente de previsão legislativa, apostando na figura do juiz, no seu bom senso em usar esta arma em prol da justiça tão almejada e não como meio de abuso de poder.

A outorga de um poder discricionário resulta de um ato de confiança do legislador no juiz, não, porém num argumento para desvencilhá-los dos princípios e parâmetros que serviram de fundamento à própria outorga, enfatizando que ao mesmo tempo em que este poder discricionário foi criado, recebeu simultaneamente destinação e condicionamento que o limitam, evitando assim que seja extrapolada a função cautelar e seus pressupostos tradicionais.

O poder discricionário tem íntima ligação com o poder geral de cautela, do qual deriva. Discricionariedade que não pode ser confundida com arbítrio, uma vez que o poder jurisdicional e a discricionariedade não se contrapõem, mas se complementam. Dessa forma, alguns estudiosos entendem que este poder cautelar geral atribuído ao juiz, que tem proporções amplíssimas, é verdadeira norma em branco.

Além do mais, o papel do juiz de primeiro grau está muito apagado porque a grande maioria dos processos vai para a segunda instância e somente lá conhecem seu destino final. O poder geral de cautela fornece uma função a mais para o julgador de primeiro grau, pois além do mais, ele está mais próximo do conflito do que os membros do tribunal e conhecedor dos costumes locais, o que habilita a ele um conhecimento específico e essencial para não permitir o dano ao direito ou risco a eficácia da pretensão pretendida pelo autor da lide principal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Hamilton de Moraes E. Breves Observações sobre o Processo Cautelar e sua Disciplina do CPC. RF 246/201.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. Do Processo Cautelar no Código de Processo Civil de 1973.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, 6ª edição. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. Notas sobre Medidas Cautelares e Provimento Definitivo. *Justitia*.
- JUNIOR, Joel Dias Figueira. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. II, 2ª edição, RT, 2006.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VIII - Tomo I, 8ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- LACERDA, Galeno. Limites ao Poder Cautelar Geral e à Concessão de Liminares. RT 700.
- LIMA, Cláudio Vianna de. O Processo Cautelar no Novo Código de Processo Civil, RF.
- MELO, Marcos Luiz de. Implicações Recíprocas do Processo Cautelar no Principal.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações, tomo VI, 1ª edição. Campinas, Bookseller, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª edição. Rio de Janeiro, forense, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações Práticas sobre o Processo Cautelar. RePro 53/191.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 6ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- NOBRE, Jarbas. Processo Cautelar: Breves Considerações. RT.
- SANCHES, Sydney. Poder Cautelar Geral do Juiz. Ajuris 44/58.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Processo Cautelar, Princípios Constitucionais e Novas Tendências. *Ajuris* 52/188.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. *RT* 665/11

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 32ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2001.