

AÇÕES CAUTELARES *

J. J. CALMON DE PASSOS **

PREÂMBULO

1. Impossível a abordagem, no curto espaço de uma conferência, de todos os problemas que enseja o tema da ação cautelar, tão vasto e tão polêmico.

Sinto-me obrigado, portanto, a selecionar alguns dentre os muitos suscitáveis, parecendo-me deva presidir à escolha o critério da fundamentalidade da questão, colocadas em segundo plano, escoimadas por conseguinte, desta conferência, em sua parte escrita, ainda quando não excluída dos debates, quanto diga respeito mais de perto com a exegese dos dispositivos do Livro III.

O fundamental situa-se na teoria geral e é nesta que assentam as bases de todas as subseqüentes construções hermenéuticas edificadas sobre o texto legal. Sou dos que acreditam, firmemente ser indispensável ao jurista, para que assim se proclame, o domínio de uma teoria geral, seja ela qual for, porquanto só nesses termos seu pensamento terá coerência, harmonia e poder de convencimento.

Desses temas gerais e básicos, cuidarei, em primeiro lugar, do que constitui a especificidade da ação, da pretensão e do processo cautelar, estudando, em seguida, o famigerado poder geral de cautela do magistrado, terminando por, à luz desse posicionamento, retirar conclusões de maior abrangência dos textos pertinentes às disposições gerais do processo cautelar em nosso Código de Processo Civil.

Na teoria geral do direito para a teoria geral do processo. Desta, para a teoria geral do processo cautelar. E só aqui, então, procurar entender os textos, não como seus servos, mas acima

* Conferência pronunciada no Ciclo de Estudos de Direito Processual Civil, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPr, no dia 11 de agosto de 1983, durante os trabalhos culturais programados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, e pela Associação dos Magistrados do Paraná, por seu Depto. Cultural, em comemoração à data de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

** Prof. catedrático da Fac. de Direito da UFBA e presidente da OAB-Bahia.

deles, na perspectiva que do alto permite ver o conjunto, sentir-lhe a unidade, inferir-lhe os princípios, construindo, assim, sua harmonia e coerência.

OS FUNDAMENTOS DE TEORIA GERAL

2. Tentarei fazer, aqui, uma apertada síntese do que, mais largamente, expus em "Introdução" aos Comentários escritos para a Editora Revista dos Tribunais, sobre o Livro III do Código de Processo Civil.

Num primeiro passo, associo o fenômeno jurídico a três situações inseparáveis da condição humana e diria mesmo que suas condicionadoras predominantes: a liberdade, a sociabilidade e o sistema de necessidades, em correlação com a insuficiência dos bens para satisfazê-las plenamente.

Desse conjunto de fatores retiro a noção de situação — obstáculo, como fato nuclear do direito, que busca discipliná-las, quer instituindo-as (situações-obstáculo por fato da lei) quer provendo no sentido de sua remoção (situação-obstáculo por fato do homem). Ponho em relevo o direito não como um modo de pensar a realidade, sim como um modo de **dispor prático** sobre a realidade, dispor prático que se traduz, em última análise, num **modelo de distribuição dos bens da vida**, que se busca implementar de modo efetivo e coercitivamente, se necessário.

3. Conseqüência de tudo isso, a ambivalência do direito, necessariamente visto, do ângulo da sociedade política (governo) como uma forma de controle social, de dominação e de exclusão de alguns de maior participação nos bens da vida; de outro ângulo, o da sociedade civil, como um modo de canalizar tensões, institucionalizar a participação, possibilitando o alargamento do acesso de maior número aos bens da vida ou ensejando a modificação do modelo de distribuição dos bens institucionalizado.

4. Assim **compreendido** o direito, no tocante a sua **realização**, observamos que por dois modos predominantes isso se verifica: ou as situações-obstáculo encontram solução na convivência social (realização voluntária do direito) ou somente logram obtê-la mediante a utilização do processo e exercício dos direitos de ação e do poder-dever jurisdicional do Estado (realização autoritativa do direito). Anômala, e excepcionalmente, pela auto-tutela, sem controle jurisdicional.

5. Para o nosso estudo, somente a segunda modalidade de realização do direito interessa e dela cuidaremos com exclusividade.

A realização autoritativa pela auto-tutela cinge-se, em nossos dias, à atuação administrativa dos agentes do Governo, sujeita, entretanto, normalmente, a controle jurisdicional subsequente em termos de sua legalidade. Donde se poder afirmar a predominância, em termos expressivos, da realização autoritativa de caráter jurisdicional.

A jurisdição se caracteriza por ser, dentre as atividades que o direito disciplina com vista a sua própria criação (edição de normas jurídicas) a única geradora de norma individualizada posta por um sujeito estranho à relação social normada. Enquanto a norma negocial é resultante da harmonia das vontades dos sujeitos da relação, e a norma administrativa deriva da vontade de um dos sujeitos da relação, que desfruta de uma situação jurídica de preeminência, a norma jurisdicional é posta por um terceiro que não é, nem pode ser, sujeito da relação normada. Dessa constatação se retira a nota da substitutividade como da essência da função jurisdicional. E ela está presente quer na chamada jurisdição contenciosa (situação-obstáculo posta pelo homem) quer na jurisdição voluntária (situação-obstáculo posta pela lei) dado que, numa e noutra, a norma individualizada é posta ou integrada por quem não é sujeito da relação normada.

6. Cumple distinguir, portanto, o meio (processo) do resultado que ele busca alcançar (atribuição de um bem da vida — mérito), do que resulta a necessidade de também se distinguir **atividade jurisdicional**, relacionada com o processo, e **tutela jurídica**, que diz com o mérito, ou seja, com a atribuição a alguém de determinado bem da vida, porque assim disposto pela ordem jurídica.

Dessa distinção procede, também, o entendimento do Direito de ação desvinculado da tutela jurídica e relacionado com a atividade jurisdicional, traduzindo-se, em última análise, como **direito ao processo**, ao devido processo legal, melhor dizendo.

7. Confrontando-se a tutela jurídica com a situação-obstáculo a que se relaciona, observamos que ou ela se dá para remover uma situação obstáculo já constituída, por fato do homem — e temos a **tutela reparatória**; ou ela se prende a uma situação-obstáculo de igual natureza, ainda não configurada, mas de configuração certa ou muito provável em futuro determinável, cuja conservação se pretende obstar, ou cujas consequências se pretende impedir ou minimizar — e estamos no campo da **tutela preventiva**.

Mas, ao lado delas, de uma terceira se pode cogitar: a **tutela integrativa**. Que nem remove, nem previne, mas afasta uma situa-

ção-obstáculo posta pela lei, impeditiva da produção de efeitos jurídicos por ato de declaração de vontade do interessado ou dos interessados, campo coberto normalmente pela jurisdição voluntária e excepcionalmente pela jurisdição contenciosa. Mediante controles de legalidade ou de conveniência ou oportunidade, o Juiz integra a eficácia da declaração de vontade do interessado.

8. Todas essas formas de tutela se cumprem mediante providências processuais típicas, que asseguram sua efetivação nos limites em que foi postulada, atendidos os fatos judicialmente verificados e o interesse merecedor de proteção jurídica.

Essas providências ou dizem com a certificação do direito (ações e processos de cognição) ou com sua atuação, se já certificado (ações e processos de execução).

Ao lado delas, as **providências cautelares**, de que cuidaremos com maior largueza e mais ampla fundamentação.

TUTELA PREVENTIVA E PRETENSÃO À SEGURANÇA

9. Das três formas de tutela examinadas, queremos aprofundar nossa análise no tocante à tutela preventiva.

Com a tutela preventiva, já o vimos, busca-se impedir a constituição de uma situação-obstáculo de configuração certa e ocorrência muito provável em futuro determinado, ou quando nada minimizar suas consequências, ou eliminá-las, se possível. Assim sendo, à base de sua postulação, sempre se põe uma pretensão à segurança de um direito ou de uma situação jurídica, melhor dizendo, à segurança de determinado bem da vida objeto de direito já certificado ou ainda objeto de certificação.

Diversifica-se a tutela preventiva em razão da natureza jurídica da pretensão com que se relaciona e do bem da vida a ser protegido preventivamente.

Num primeiro momento, temos a tutela preventiva de pretensões que assentam em prescrições do direito material.

Os bens da vida atribuídos, pelo ordenamento, a sujeitos que se encontrem nas circunstâncias que tipifica, podem estar sob o risco ou perigo de se furtarem àquela finalidade, se determinada situação-obstáculo vier a concretizar-se. Objetivando assegurar a atribuição desses bens da vida aos que fazem por merecê-los segundo o direito, o próprio ordenamento, tendo em vista a remoção daquelas situações de risco ou perigo, estabelece a pretensão a eliminá-las, seja:

- a) – resguardando um bem da vida, já atribuído a alguém,

do risco de futura lesão;

- b) – antecipando a atribuição do bem da vida que seria futuramente devido;
- c) – constituindo as condições necessárias para assegurar a atribuição futura do bem da vida, se ele vier a ser devido.

Aqui, temos sempre um **fundamento de direito material** alicerçando a pretensão à tutela preventiva. Com apoio nele, o que se pretende é o bem da vida que nos deverá ser atribuído, porque conteúdo de um nosso direito subjetivo material. O convencimento do direito à aquisição desse bem é o que nos move a solicitar tutela preventiva para assegurá-la, porque posta em risco ou situação de perigo por circunstâncias que podem ou não estar associadas a comportamento daquele que é sujeito do dever jurídico de atribuição.

Ao lado dela, há uma segunda modalidade de tutela preventiva. Ela tem seu **fundamento em prescrições de direito processual**. O bem da vida que visa resguardar é de natureza processual, instrumentalmente vinculado à satisfação de um interesse de direito material, mas dele distinto e com ele não se identificando. O que se previne e resguarda, aqui, não é o bem da vida a ser atribuído a alguém, segundo o direito material, mas a própria tutela jurisdicional, posta sob o risco ou perigo de se frustrar em sua efetividade ou em seu alcance.

Tutela-se, aqui, também preventivamente, mas de modo imediato, o possível (*provável*) direito da parte, o que se tutela, porém, de modo imediato e primordial é a efetividade (resultado útil) da sentença futura e *certa* a ser proferida. Se risco ou perigo inexiste quanto a isto, qualquer consideração sobre o possível direito da parte é irrelevante, por maior que seja o risco ou perigo a que ele pode estar submetido. Está em jogo, portanto, nesta modalidade de tutela preventiva, a própria atividade jurisdicional do Estado e seu dever de prestar tutela a quem venha a ser reconhecido como titular de um direito, consequentemente, com pretensão a determinado bem da vida. Tem-se em vista, aqui, o resguardo da atividade jurisdicional do Estado, a indeclinabilidade de sua efetivação, que é exigência inafastável para a efetividade das prescrições postas pelo ordenamento jurídico.

10. A pretensão à segurança do direito substancial é exercitável mediante ações de conhecimento ou de execução, nas modalidades que antes apontamos, e se pode ser vista como um tipo específico de pretensão de natureza substancial, nada ela tem de

específico do ponto de vista do direito processual, em nosso ordenamento jurídico.

A pretensão à segurança do resultado útil do processo, seja ele de cognição, seja ele de execução, é exercitável mediante as ações denominadas de cautelares, para as quais se disciplinou um tipo de atuação em juízo que constitui o processo cautelar, dada a especificidade de que se reveste e que a distingue, fundamentalmente, tanto da pretensão à certificação do direito (substancial) quanto a da pretensão à atuação do direito (substancial) seja em caráter reparatório, seja em caráter preventivo. A ação cautelar tutela o processo não o direito material. O processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material.

A AÇÃO CAUTELAR

11. Distinguimos, portanto, na tutela preventiva, que se efetiva mediante o exercício da jurisdição preventiva, provocado pelo ajuizamento de uma pretensão à segurança, aquele que diz respeito a pretensões de direito material (substancial) daquelas pretensões de direito processual.

Na tutela preventiva substancial, o que busca assegurar é um direito (melhor dizendo, o bem da vida que é seu objeto) mediante a certificação da existência de uma situação de perigo, que o ameaça de lesão desautorizada pela ordem jurídica. Assim, o objeto da controvérsia não é aquele direito, sim a situação de perigo que o ameaça.

Na tutela preventiva processual, o que se busca assegurar é a efetividade da futura tutela de um **direito controvertido**, porque existe uma situação de perigo que ameaça de ineficácia, parcial ou total, a sentença que a efetivará.

A tutela preventiva substancial se exercita mediante os processos de conhecimento ou de execução, atendidos os pressupostos que informam esses processos. Já a tutela preventiva processual se cumpre mediante o processo cautelar, com pressupostos que lhe são próprios, específicos.

A tutela preventiva substancial é satisfativa. Exaure-se em si mesma, normalmente, e quando conexa a outra pretensão, isso é resultado da conexão das relações jurídicas substanciais (ver exemplos adiante). A tutela preventiva processual (cautelar) é necessariamente instrumental e nunca satisfativa, porque relacionada necessariamente a um processo, dito principal, cujo resultado útil busca assegurar.

12. Esta afirmativa, segundo alguns estudiosos, seria falsa

por duas razões básicas. Em primeiro lugar, por motivo de existir uma pretensão à segurança, de natureza substancial, exercitável com fim em si mesma, sem exigir a referibilidade a nenhum processo existente ou a ser ajuizado necessariamente; em segundo lugar, pela circunstância de estarem arrolados no Livro III do CPC vários procedimentos cautelares que não pressupõem nem exigem nenhum outro processo, dito principal¹.

Apreciaremos ambos os argumentos, tentando demonstrar em que assenta nossa divergência.

13. Já procuramos distinguir o que denominamos de tutela reparatória, em confronto com a chamada tutela preventiva. A primeira, pressupõe uma situação-obstáculo já constituida, que se pretende remover mediante a intervenção do Estado-juiz. Nessa hipótese, não se pode falar em situação de perigo, ou risco, para a relação jurídica cuja tutela se postula, nem de pretensão à segurança a respeito dela, por motivo de que há o fato consumado da violação do dever jurídico por parte de um sujeito e a necessidade de se efetivar a consequência jurídica dela decorrente e prevista no ordenamento. Na segunda, pelo contrário, o que se quer é evitar venha a constituir-se uma situação-obstáculo de configuração certa ou muito provável em futuro determinado. E só quando se está no campo da tutela preventiva se pode pretender falar em pretensão à segurança, porque assegurar alguma coisa é colocá-la imune a riscos que a ameaçam de lesão ou moléstia.

14. No particular da tutela preventiva, cumpre distinguir situações bem diversas, todas elas, entretanto, referíveis a uma pretensão à segurança, atribuível aos sujeitos de direito em circunstâncias que representam risco ou perigo de lesão aos interesses de que são ou se dizem titulares.

Assegura-se, por exemplo, o direito de propriedade quando, mediante mandado de segurança preventivo, se obsta que um ato futuro, ilegal ou abusivo, que com justo receio se teme venha a ser praticado por determinada autoridade, efetive a apreensão de um veículo do domínio de alguém. Nessa hipótese, o direito tutelado não está referido instrumentalmente a nenhum outro direito nem a nenhuma outra situação jurídica, controvertida ou não.

Mas é também possível assegurar-se um direito que esteja instrumentalmente relacionado com um outro direito ou situação jurídica, mediante a tutela reparatória ou preventiva desse segundo direito ou dessa segunda situação jurídica. Nessas circunstâncias, falar-se em pretensão à segurança, por força dessa conexidade, se me afigura impróprio, porquanto só reflexa e secundariamente o primeiro direito é tutelado, mas a pretensão posta em

juízo, especificamente, se dirige para a tutela do direito realmente violado ou ameaçado de violação.

15. Analisemos dois exemplos muito invocados pelos que defendem a existência de uma pretensão à segurança de natureza cautelar de caráter satisfativo, não instrumentalmente relacionada com qualquer processo pendente ou futuro, dito principal.

O proprietário de um anel de brilhante, necessitando de dinheiro, contrai um empréstimo, oferecendo em penhor a sua jóia. O credor pignoratício passa a usar o anel, violando seu dever de guardá-lo em garantia de seu crédito, ultrapassando, assim, os limites dos direitos que lhe foram concedidos em relação ao bem de propriedade do devedor pignoratício.

O art. 2.793 do Código Civil italiano tem prescrição expressa a respeito, atribuindo ao devedor pignoratício a faculdade de pedir o sequestro da coisa dada em garantia. Teríamos aí uma medida cautelar (sequestro) de caráter satisfativo e não referível a nenhum processo pendente nem de ajuizamento necessário.

Nosso direito é omissivo, no particular. Que poderia pretender, entre nós, o devedor pignoratício e com que fundamento?

De logo ressalta que a existência do contrato de penhor coloca fora de controvérsia o direito de propriedade do devedor pignoratício. Cuide-se, na espécie, de relação jurídica não controvérsia e que não se apresenta como suscetível de contestação no que tange à situação dita de perigo ou de insegurança – uso do anel pelo credor. (Se controvérsia ela for, o problema se revestirá de características completamente diversas) O objeto do litígio é, em verdade, o uso do anel pelo credor pignoratício, uso que o devedor tem como desautorizado, segundo o direito, e postula impedí-lo, com esse fundamento.

Há um princípio de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, consequentemente, de que a toda lesão ou ameaça de lesão de um direito corresponde uma forma de proteção jurisdicional, exercitável mediante certo tipo de ação, atendido determinado tipo de procedimento. Em resumo, é impossível dizer-se inexistir para a lesão ou ameaça de lesão de um direito a possibilidade de tutela jurisdicional, por falta de meio (processo), porquanto há no ordenamento formas gerais, comuns ou ordinárias de procedimento previstas justamente para cobertura dos casos omissos ou dos que, por interpretação extensiva, não podem ser postos nas categorias específicas por ele disciplinadas.

Ora, o comportamento do credor pignoratício viola o direito de propriedade do devedor pignoratício, visto como deste di-

reito ele só foi limitado no sentido de privar-se da posse do bem, para fim de segurança do débito com garantia real. Ao devedor pignoratício, portanto, se deve reconhecer a pretensão de resguardar o seu direito de propriedade, porque alguém, podia ser um terceiro, pouco importa, usa seu anel sem título jurídico para isso, uso ilegal, indevido, suscetível, pois, de correção jurisdicional.

O devedor pignoratício não está pedindo segurança de algum direito seu, mas pura e simplesmente pedindo a reparação do seu direito de propriedade violado pelo ato abusivo do credor pignoratício. E se a satisfação desse seu direito é insuscetível de cumprir-se por meio da reintegração de posse, dado que a existência do penhor priva o proprietário do anel do direito de tê-lo em seu poder, frustrando a garantia real oferecida, e dado que o uso indevido do anel não é causa de pedir invocável para a rescisão do contrato ou para determinar qualquer consequência direta no contrato de penhor, outro meio de satisfação do devedor pignoratício, sem violação dos direitos do credor pignoratício, não existe senão o do sequestro do bem apenulado, que, assim, permanecerá fora da posse do devedor e à disposição do credor pignoratício, para que sobre ele possa executar, no futuro, o seu crédito, em caso de inadimplência. Aqui o sequestro ou que nome se dê, é meio, instrumento de execução, como a busca e apreensão e a imissão de posse em execução para entrega de coisa certa. O bem da vida protegido é o anel e o direito tutelado é o de propriedade do devedor pignoratício, violado com o ato indevido do credor com garantia real.

Inadequado falar-se, nessas circunstâncias, em **periculum in mora e fumus boni juris**. Há um direito certo — o de propriedade do anel, violado por ato ilícito do credor pignoratício; e o que se pretendeu foi afastar a ilicitude mediante a tutela daquele direito não controvertido. O que houve de litigioso foi a existência ou não do uso abusivo do anel por parte do credor, não o direito de propriedade do devedor, nem o contrato de penhor. Retirando o anel da posse do credor, o juiz tutela o direito de propriedade do devedor e indiretamente assegura-o contra o risco da não devolução do bem apenulado, ao tempo da extinção do penhor, pelo pagamento da dívida. Ainda quando se possa dizer, nesse sentido impróprio, que a retirada do bem empenhado da posse do credor liberou o devedor do risco de não ter o bem de sua propriedade devolvido no momento em que tanto fosse exigível, a verdade é que a pretensão posta como objeto do juízo teve fundamento outro, bem diverso, e se dirigiu no sentido de obter

tutela reparatória — capaz de afastar a lesão já consumada ao direito de propriedade do credor. E se por acaso de pretensão à segurança se cuidasse, estariamos em face de uma pretensão de natureza substancial, apoiada em prescrição do direito material, igual a toda e qualquer pretensão dessa natureza, que se traduz na exigibilidade de uma prestação de fazer ou não fazer ou dar alguma coisa.

16. Vejamos, agora, uma outra hipótese também muito invocada pelos defensores da existência de uma pretensão cautelar de natureza substancial e satisfativa, despida de instrumentalidade processual.

O art. 1.092 do Código Civil prevê que nos contratos bilaterais, depois de ele concluído, se sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Aponta-se a espécie como configuradora de uma pretensão cautelar, pretensão à segurança exercitada por aquele a quem incumbiria prestar em primeiro lugar. Estaria ele querendo assegurar o seu direito à contraprestação da outra parte contratante.

Analisemos a previsão do art. 1.092 do nosso Código Civil.

Há, na hipótese, um contrato bilateral que as partes têm como existente e válido. Cuida-se de relação jurídica não controvrida: nem o comprador tem dúvida quanto ao seu dever de pagar (se de compra e venda se cuidar, por exemplo), nem o vendedor quanto a sua obrigação de entregar a mercadoria vendida. Mas o direito do vendedor de haver o preço, se ele se obrigou a entregar o bem vendido antes de recebê-lo, por exemplo, está ameaçado de insatisfação, dada a mudança de estado do comprador. Para assegurar seu direito de haver o preço, dado o risco de não vir a recebê-lo, por força da mudança de estado do comprador, ele pode pedir judicialmente a inversão das posições definidas no contrato, assegurando-se-lhe prestar o que for devido em segundo lugar (a entrega da coisa), salvo se o comprador prestar caução que garanta o recebimento do preço no tempo pactuado. Nessa demanda, causa de pedir é a mudança do estado patrimonial do comprador e a existência da compra e venda em que se pactuou o pagamento do preço após a entrega da coisa vendida; o pedido é a inversão das posições contratuais ou a sua permanência, desde que o comprador preste caução. Tudo como

em qualquer demanda, que exige a invocação de uma situação de fato disciplinada pelo direito a que o ordenamento atribui determinada consequência. A caução é prestada com apoio em pretensão de direito material e se apresenta como forma de garantir o adimplemento do comprador. Garantia que se constituiu judicialmente, como poderia ter sido constituida negocialmente, e se constituiu judicialmente em segurança de um direito não controvertido. Não há por que se indagar na espécie nem de *fumus boni juris* nem de *periculum in mora*, nem de instrumentalidade processual.

17. Nas hipóteses apontadas há um ponto comum: uma relação jurídica que não foi posta como objeto do litígio — porque não controvertida — vale dizer, a respeito da qual nada se postulou no pedido formulado com a inicial, foi indiretamente objeto de proteção jurídica, afastado um potencial risco de lesão que se poderia configurar no tocante aos interesses que constituem seu objeto. Situação de perigo ou de insegurança que se pode ter como configurada é impedida de efetivar-se com a tutela da relação jurídica que lhe é instrumental e foi colocada como tema decisório do processo.

18. Mas é possível também falar-se em segurança e pretensão a segurança no tocante a uma situação bem diversa das que já foram descritas. Trata-se daquela situação em que alguém se atribui um direito objeto de controvérsia, porque a pretensão é contestada ou resistida pelo outro sujeito com o qual se encontra juridicamente relacionado, e vê ameaçada ou posta em risco a possibilidade desse seu direito controvertido vir a ser futuramente tutelado, por força de um ato de seu adversário e quer, com esse fundamento, obter tutela assegurativa da futura tutela jurisdicional satisfativa, suscetível de lhe ser deferida.

Coloquemos o que vem de ser dito em confronto com uma situação concreta e analisemo-la em face do que a respeito dela disciplina o nosso ordenamento jurídico.

Atribuo-me a qualidade de proprietário de determinado imóvel, porque detentor de documentos que entendo me asseguram domínio sobre o bem em causa, mas ele está em poder de outrem, que se recusa a devolvê-lo, contestando, assim, o meu direito de propriedade. Há, no caso, uma relação jurídica controvertida. Ou ela já foi posta como tal em um processo em curso, ação reivindicatória, ou pretendo fazê-la objeto de um processo dessa natureza. Esse direito controvertido, por isso mesmo simples alegação de direito e não direito já certificado, poderá merecer futura tutela, se vier a minha ação reivindicatória a ser

julgada procedente. Se essa futura tutela, entretanto, correr o risco de se fazer inviável ou atingida em sua amplitude de modo irremediável ou com reparação incerta e difícil, tenho pretensão a assegurar a futura tutela possível ou provável, quando reconhecido o meu direito, se vier a sê-lo, reclamando o sequestro do bem reivindicado, porque, por exemplo, há fundado receio de danificação ao bem por parte de meu adversário.

A hipótese é de pretensão cautelar, visto como um direito controvertido, portanto direito que não posso afirmar como meu, mas que pode vir a ser reconhecido como meu, corre o risco de se frustrar com a insatisfação do interesse que ele tutela, quando da futura prestação jurisdicional, se favorável. E porque a situação de perigo foi criada por meu adversário, é contra ele que se dirige minha pretensão à cautela, para obstá-lo de continuar pondo em perigo a eficácia da futura prestação jurisdicional favorável a mim, que se mostra viável, em face dos elementos do processo a que se vincula a pretensão cautelar. E aí estão presentes os elementos essenciais à configuração de uma pretensão, ação e processo cautelar: o **fumus boni juris**, o **periculum in mora** e a **instrumentalidade hipotética ou processual**.

19. Há que se distinguir, porque distintas em pontos fundamentais, uma pretensão substancial à segurança de uma pretensão processual à segurança, ou em outros termos, uma tutela à segurança de caráter satisfatório de uma tutela a segurança de caráter instrumental. E só para esta última devemos reservar a denominação de pretensão cautelar, servida por ações cautelares que se efetivam mediante a utilização do processo cautelar em suas várias formas procedimentais.

Se distinguirmos, poderemos construir princípios teóricos coerentes e harmônicos, livres do casuismo e da violentação constante que se identificam nos trabalhos de quantos tentam um tratamento unitário, englobando ambos os tipos de pretensão na mesma categoria cautelar. E isso porque a pretensão substancial à segurança é pretensão que se exercita mediante a utilização das ações e dos processos e procedimentos postos em lei para todas as pretensões de direito material em geral: ações de conhecimento e ações de execução, com seu modo típico de atuar em juízo. Seus pressupostos e seus fundamentos são comuns e atendem ao mesmo tratamento teórico. Já a pretensão à segurança processual, esta, sim, cautelar, tem pressupostos e fundamentos específicos e atende a princípios que lhe são peculiares e lhe dão a necessária autonomia.

20. Em todas as situações antes estudadas há um núcleo co-

mum. No mandado de segurança preventivo, na ação do devedor pignoratício, na ação do vendedor e na ação do autor da reivindicatória objetivando o sequestro do bem reivindicado, em todas elas se pretende tutela jurisdicional assecuratória, ou indiretamente se obtém tutela que é assecuratória de um direito, mas há uma diferença radical entre as três primeiras situações e a última.

Nas três primeiras, o fundamento da pretensão à segurança é de direito material, sendo ela exercitada como integrando um direito subjetivo a determinado bem da vida que seu titular afirma lhe é atribuído segundo as prescrições do ordenamento jurídico. Também assenta ela na afirmação da existência de uma situação de perigo, resultante de comportamento não autorizado pelo direito da parte do outro titular da relação jurídica, que põe em risco o próprio bem da vida. Por isso mesmo, em tais circunstâncias, não há por que se cogitar do *periculum in mora* (risco que advém do retardamento a que está sujeita a tutela satisfativa) nem do *fumus boni juris* (probabilidade da existência do direito cuja futura tutela se quer assegurar), porque os fundamentos das demandas, em tais circunstâncias, são um direito que afirmo existente e cujo suporte fático não preciso provar, porque não controvertido, e uma situação de perigo já constituída no tocante a ele, situação esta que desejo remover mediante prestação de tutela jurisdicional de natureza satisfativa. E essa tutela é devida independentemente de qualquer consideração quanto a possível demora a que esteja submetido o seu deferimento, porque a situação de perigo não se vincula a essa demora, mas a fato que se situa antes e fora do processo, não reclamando necessária referência a um processo em curso ou ajuizamento futuro necessário.

Na última hipótese, a do sequestro do bem reivindicado, a pretensão à segurança se situa no campo do direito processual. Ela é exercitada não como integrando um direito subjetivo à obtenção de determinado bem da vida, que afirmamos nos ter sido atribuído pelo ordenamento jurídico, mas apenas como direito a uma providência assecuratória da futura atribuição de determinado bem da vida que se postula, se acaso ele vier a ser declarado como devido, em futura sentença que necessariamente deve ser proferida. Assegura-se, portanto, aqui, não um bem da vida que alguém afirma já integrante de seu patrimônio, como objeto de um direito subjetivo que se atribui, mas a futura atribuição, caso ela venha a se efetivar. Por isso mesmo, aqui, o *fumus boni juris* deve existir como fundamento indeclinável da pretensão. vale dizer, deve existir um direito controvertido (por

isso mesmo direito que não se pode afirmar como existente) mas em relação ao qual há a possibilidade e a probabilidade de vir a existir. E esse possível direito que é, por enquanto, mera pretensão posta como objeto do processo, corre o risco de não vir a ser atendido, com a futura sentença, porque uma situação de perigo se instalou, no tocante a isso, e a demora do processo em que essa tutela se deferirá põe em grave perigo a sua efetivação (**periculum in mora**). Aqui, por conseguinte, não se assegura um direito, porque sob o risco de vir a ser atingido em seu conteúdo, mas se assegura a futura tutela de um possível direito já atingido em seu conteúdo. A tutela que se pede, de natureza substancial, é reparatória, mas a pretensão assecuratória é de conteúdo meramente processual, objetivando afastar o risco da ineficácia ou da insuficiente eficácia da futura sentença que necessariamente deve ser proferida e que tem a probabilidade de ser proferida em favor daquele que pretende a segurança. E se a tutela substancial que se postula for preventiva, de natureza assecuratória não se confunde com a outra que acaso se faça necessária para assegurar a efetividade daquela tutela preventiva substancial. Para a primeira, não se põem as exigências do **periculum in mora** e do **fumus boni juris**, enquanto tais requisitos são essenciais à segunda; e mais, a primeira diz respeito a um bem da vida de que alguém se afirma titular e cuja proteção reclama, enquanto a segunda diz respeito a uma providência jurisdicional que se impõe, como cautela, para assegurar a futura atribuição do bem da vida cuja titularidade alguém se atribui, se ele vier, por acaso, na sentença que necessariamente deve ser proferida, a lhe ser atribuído, e isso se mostra provável e possível.

Colocar todas elas na mesma categoria jurídica e pretender para elas uma mesma teoria geral é tentar o impossível — conciliar o inconciliável. Porque, em verdade, se todas são modalidades de tutela preventiva e em todas elas seria aceitável falar-se em pretensão à segurança, essa pretensão se dicotomiza, com especificidade irredutível; numa, pretensão substancial à segurança, cujo exercício se submete aos princípios da teoria geral do processo de conhecimento ou do processo de execução, atendidos os pressupostos de uma ou outra, noutra uma pretensão processual à segurança que reclama uma teoria própria, tais as notas que lhe são inerentes e inexistem tanto num como noutro daqueles dois tipos citados de processo.

21. Permanece a segunda objeção: O Livro III do CPC inclui vários procedimentos aos quais não se pode aplicar o requisito

da instrumentalidade. São procedimentos que não pressupõem um processo principal, nem o reclamam necessariamente.

Em primeiro lugar, ponderaríamos que se em muitos deles o requisito da instrumentalidade é inexistente, também no que diz respeito a muitos deles impossível se falar em uma situação de perigo ou vislumbrar-se insegurança a ser afastada. Disso concluiríamos que também o **periculum in mora** e o **fumus boni juris** são notas não essenciais ao processo cautelar. Como lhe seria desnecessária a consideração de uma situação de perigo a ser afastada mediante tutela jurisdicional preventiva.

Que restaria, então, como característico do processo cautelar? Pura e simplesmente a sua topologia legislativa. Será cautelar o processo que o Código defina como tal. Afastaríamos, por esse modo, toda e qualquer pretensão de um tratamento sistemático dessa modalidade de processo, ou partiríamos para tantos sistemas e tantos princípios quantos os inúmeros procedimentos postos como cautelar pelo CPC.

Acredito seja esta posição nihilista e anárquica merecedora de repúdio por parte de todos os estudiosos do direito. Antes, o que cumpre ao jurista é, indo além do legislador na sua literalidade, revelar o direito como algo coerente, sistemático e operacional.

Na verdade, cumpre distinguir, em face do comportamento do legislador, o que no Livro III é processo que alberga uma pretensão cautelar e processo com procedimento cautelar sem envolver pretensão cautelar.

O Código de Processo Civil de 1939 oferecia alguns exemplos bem expressivos do que vimos de afirmar. Cuidando dos processos acessórios, ele disciplinava, nessa categoria, as chamadas medidas preventivas, ações cautelares segundo o entendimento comum dos estudiosos. Disciplinava o procedimento cautelar no art. 685, prevendo para ele um rito abreviado e concentrado, sumário, enfim. Pois bem, muitas situações desprovidas de características cautelares tiveram sua tutela jurisdicional prevista como exigível mediante atendimento do rito sumário das cautelares, disciplinado pelo art. 685. Mas nem por ser idêntico o procedimento eram da mesma natureza as pretensões em uma e outra hipótese.

No caso do CPC de 1973, previu-se um procedimento sumário para as cautelares propriamente ditas e a esse procedimento se remeteram várias pretensões postas no Capítulo II do Livro III, destinado à disciplina dos denominados procedimentos cautelares

específicos, com as modificações que nele se contêm e que ora afastam a incidência dos arts. 801 a 803, ora parcialmente os modifica, ora com eles se compatibilizam e o complementam. A análise de cada qual deles em particular permitirá situá-los ou no rol dos processos essencialmente cautelares, que devem atender aos princípios postos no CPC, Livro III, Capítulo I, para processos dessa natureza, e processos topologicamente cautelares, que têm seus princípios próprios e escapam ao que se dispõe na parte geral a respeito do processo cautelar.

O legislador, certo ou errado, resolveu não se posicionar em relação a vários procedimentos cujo enquadramento, na categoria dos contenciosos especiais ou nos de jurisdição voluntária, poderia dar margem a sérias dúvidas e acerbas críticas. Teria sido possível destinar um Livro próprio para eles, ou tê-los colocado em título específico de algum dos Livros pertinentes ao processo de conhecimento ou aos procedimentos de jurisdição voluntária. Preferiu deixá-los junto com os essencialmente cautelares, para os quais prescreveu disposições gerais que só a estes se aplicam e não aos topologicamente cautelares.

Esta a única solução que se nos afigura capaz de gerar consequências. Fora disso, cairemos no casuísmo e renunciaremos à todo e qualquer tratamento sistemático da matéria.

22. Todo esforço, portanto, no sentido de apontar-se um denominador comum para as várias espécies de pretensão e para os inúmeros tipos de procedimento que constituem objeto do Livro III do Código de Processo Civil resultará inútil, salvo se renunciarmos ao propósito de encontrar algo que dê especificidade ao processo e à pretensão propriamente cautelares.

Nele o legislador incluiu medidas pacificamente entendidas como cautelares, porque típicas, porquanto asseguram o resultado útil de um processo em curso ou a ser ajuizado, medidas essas que se exaurem em sua função processual e nada determinam no campo do direito material, em termos provisórios ou definitivos (v. g., sequestro e arresto); mas nele – Livro III, também disciplinou, por igual, institutos que se apresentam, em circunstâncias várias, como de puro direito substancial, sem qualquer função ou relevância processual (cauções negociais), bem como providências sem nenhum caráter jurisdicional (protesto de títulos) e outras que se incluem no dever do juiz de prover, num processo em curso, sobre seu bom andamento e sobre as coisas e pessoas necessárias à formação de seu convencimento, ou que podem vir a ser objeto de constrição, bem como providências que se contêm no seu dever de prover sobre

interesses postos pelo ordenamento sob tutela judicial (v. g. obras em coisa litigiosa ou decisões sobre guarda de filhos).

23. — Essa diversidade ineliminável, parece-nos, deve ser superada sem que se sacrifique a possibilidade de construir-se uma teoria geral para o processo cautelar. E isso só será viável se aceitarmos o que se nos afigura de acolhida possível e até necessária: é comum o legislador assemelhar, proceduralmente, pretensões dessemelhantes substancialmente. Lembriamos, apenas, como já referido antes, as inúmeras situações para as quais o CPC de 1939 mandava adotar-se o procedimento regulado em seu art. 685, pertinente às medidas cautelares, sem que de pretensão cautelar se cuidasse. Elegia-se um tipo de procedimento expedito, posto para a cautelar, mas essa eleição carecia do poder de atribuir natureza cautelar a pretensão que dela carecia.

No atual CPC há um bom exemplo disso, quando se adota o procedimento ordinário na liquidação por artigos (art. 609) sem que com isso o legislador pretenda definir o procedimento da liquidação como específico do processo de conhecimento.

Há, portanto, a possibilidade de se ter um procedimento cautelar para pretensão de natureza não cautelar. E o fato de o legislador haver elegido esse tipo de procedimento não significa, necessariamente, tenha ele definido aquela pretensão como de natureza cautelar. Apenas, sem pretender desnaturá-la essencialmente, para ela previu o mesmo procedimento ou o mesmo tratamento processual que impôs às pretensões cautelares.

A partir dessa verdade, temos como aceitável e até necessário distinguir, no Livro III, o que é essencialmente cautelar do que apenas proceduralmente é cautelar. E no tocante ao que não for essencialmente cautelar, perquirir de sua especificidade, afastando a incidência das prescrições típicas das pretensões cautelares naquilo em que elas se mostrarem incompatíveis com aquela especificidade.

24. Nessa linha de entendimento é que distinguimos, no Livro III:

a) — **medidas cautelares**, provimentos que o juiz emite para satisfação de pretensões cautelares, que se caracterizam por pretenderem assegurar o resultado útil de um processo em curso ou a ser ajuizado;

b) — **medidas provisionais**, aquelas que ele efetiva, inclusive de ofício, com vista ao atendimento de atribuições que se incluem em seu dever de prover sobre a boa marcha do processo e sobre as coisas e pessoas necessárias à formação de seu conven-

cimento ou necessárias para sua constrição, ou para atendimento do seu dever de prover sobre interesse de sujeitos postos pelo ordenamento sob tutela judicial; em suma, deveres que se inserem no seu ofício de juiz e estão relacionados, instrumentalmente, com o seu dever maior de prestar sua atividade jurisdicional.

c) – **medidas outras**, para as quais se poderia indicar a denominação comum de **medidas substanciais**, a falta de outro nome ou por incapacidade nossa de encontrar o adequado, em que o juiz provê sobre interesses materiais dos sujeitos, conexamente relacionados a interesse outro seu, principal, também de natureza substancial, ou desprovidos dessa conexidade.

Exemplos da primeira, o arresto e o sequestro, por nós já apontados; e poderíamos acrescentar as várias cautelas inominadas previstas pelos arts. 798 e 799, sem prejuízo de outras específicas. Exemplos da segunda, além dos já apontados (obras em coisa litigiosa e decisões a respeito de guarda de filhos) lembraríamos a venda antecipada de bens penhorados, quando submetidos ao risco de deterioração e o afastamento do menor autorizado a casar sem o consentimento dos pais. Exemplos da terceira teríamos nos protestos e interpelações, em muitas modalidades de cauções e em notificações para fins de produção de efeitos no campo do direito material.

Na medida cautelar, no interesse da parte e para resguardo de sua função jurisdicional, o juiz assegura a efetividade de sua futura prestação jurisdicional. Na medida provisória, adimplindo dever jurídico que o ordenamento lhe impõe, o juiz provê sobre pessoas ou coisas, instrumental (processo) ou tutelamente (direito material). Nas medidas substanciais, no interesse de determinado sujeito de direito, o juiz provê, instrumentalmente, com vista a assegurar faculdades ou poderes desse sujeito, relacionados ou não com outro direito, dito principal, de que ele é titular.

Essas três modalidades de medidas têm características específicas, intransferíveis e incomunicáveis às demais; por isso mesmo, no tocante a essa especificidade, regras e princípios próprios operam, enquanto, no que não for específico, incide e vige o disposto proceduralmente para o processo cautelar.

Esta a solução que propomos e que nos parece fecunda por duas razões básicas: permite construir-se uma teoria geral para a pretensão cautelar e enseja tratamento comprehensivo e congruente das disposições do Livro III do nosso Código de Processo Civil.

Demonstrar-lhe a viabilidade e a operacionalidade é o que

tentaremos fazer ao longo dos nossos comentários aos muitos artigos que no Livro III se incluem.

CONCLUSÕES

25. Ao nosso ver, portanto, e resumindo quanto dissemos nos itens precedentes, as situações-obstáculo, cuja remoção tenha sido interditada ao interessado, podem ser eliminadas mediante o exercício do direito de ação, reclamando-se do Estado-juiz a prestação da tutela jurídica adequada para afastá-las, mediante a utilização do processo que seja pertinente.

A tutela jurídica pode ser de natureza reparatória, integrativa e preventiva.

A tutela reparatória pressupõe uma situação-obstáculo já constituida, resultante de fato do homem (ainda quando não exclusivo). A tutela integrativa pressupõe igualmente uma situação-obstáculo já constituida, mas resultante de fato da lei. Já a tutela preventiva se relaciona com uma situação-obstáculo ainda não constituida mas de configuração certa ou muito provável em futuro determinado.

A tutela reparatória se cumpre mediante a certificação do direito, seja declaração pura, seja declaração com eficácia condenatória ou com predominante eficácia executória, ou diretamente, mediante exercício da pretensão executória.

A tutela integrativa se realiza mediante declaração com eficácia constitutiva.

A tutela preventiva se efetiva por qualquer dos meios já apontados, e nisso nenhuma especificidade lhe pode ser reconhecida. Ela, porém, se diversifica em função do bem da vida protegido e do modo pelo qual essa proteção é deferida.

Em primeiro lugar, há tutela preventiva substancial e tutela preventiva processual. Naquela, assegura-se um bem da vida que é conteúdo de um interesse de direito material. Nesta, se dá segurança ao processo, no que diz respeito ao seu resultado útil, como bem da vida deferido ao sujeito.

Em segundo lugar, distingue-se a tutela preventiva em função do bem da vida a ser protegido e da relação existente entre ele e o titular da pretensão à segurança. Assim, temos a tutela preventiva de um bem da vida já atribuído ao sujeito; o que se resguarda aqui é o próprio bem de uma lesão futura; evita-se, mediante a tutela preventiva, que a lesão (situação-obstáculo) se efetive. Segunda modalidade é a tutela preventiva de um bem da vida que seria futuramente devido (atribuição futura),

e cuja atribuição é antecipada, impedindo-se seja constituida a situação-obstáculo futura que tornaria essa atribuição impossível ou improvável. Terceira modalidade, nós temos na tutela preventiva que se realiza mediante a constituição das condições necessárias para assegurar a atribuição futura de um bem da vida, se ele for realmente devido, e isso porque as circunstâncias indicam que sem essa providência asseguratória haverá, no futuro, uma situação-obstáculo que tornará impossível ou improvável essa atribuição.

Exemplifiquemos para mais sólida percepção.

O habeas-corpus preventivo e o mandado de segurança preventivo são modalidades de tutela, contra lesão futura, de um bem da vida já atribuído ao sujeito. Situam-se, por outro lado, normalmente (não me ocorreram exceções) no campo da tutela preventiva substancial.

As liminares, quando de caráter asseguratório, são modalidades de tutela preventiva com antecipação da atribuição do bem que seria futuramente devido. Advertimos, contudo, que não vemos em toda e qualquer liminar uma modalidade de tutela preventiva, apenas entendendo esteja ela presente quando a antecipação ocorre em função do risco ou perigo existente, que torna impossível ou improvável, no futuro, a atribuição do bem, se for devido. As liminares podem perfeitamente se apresentar como formas de tutela substancial ou de tutela processual.

As cauções previstas pelo direito material ou para segurança de um direito material são exemplos de tutela preventiva substancial mediante a constituição das condições necessárias para assegurar a atribuição futura de um bem da vida, se ele for realmente devido.

O arresto, o sequestro e outras formas de cautela específica, bem como as chamadas medidas cautelares inominadas, são formas de tutela preventiva processual, mediante a constituição das condições necessárias para assegurar o resultado útil de um processo de cognição ou de execução.

Há, portanto, uma tutela preventiva substancial, satisfativa plena, porque vinculada a determinado bem da vida, que é conteúdo de um direito subjetivo que alguém se atribui de modo principal ou exclusivo.

Há uma tutela preventiva substancial satisfativa, mas instrumentalmente vinculada à segurança da satisfação de um outro direito substancial predominante ou principal.

Há uma tutela preventiva substancial satisfativa de caráter provisório, deferida em um processo, representada pela antecipa-

ção, sob condição resolutiva, da tutela reclamada em caráter definitivo.

Há tutela preventiva processual, sempre instrumental e sempre provisória, com que se assegura o resultado útil do processo, ou seja, a atribuição do bem da vida que, pela sentença, venha a ser devido ao vencedor. E só aqui estaremos no campo das ações cautelares, que objetivam efetivar a tutela cautelar, por meio da utilização do processo cautelar.

26. Ação cautelar, o processo cautelar e a tutela cautelar têm como características;

a) — sua instrumentalidade, porque relacionados sempre e necessariamente a um outro processo, dito principal, cujo resultado útil busca ssegurar;

b) — a provisoriação do provimento a que visam, visto como tendentes apenas a constituir as condições necessárias à segurança da futura atribuição do bem da vida que for reconhecido, por sentença firme, como devido a alguém;

c) — o fundado receio de que, antes de proferida sentença transitada em julgado, venha a se tornar impossível ou improvável a atribuição do bem da vida que por meio dela se pretende obter (*periculum in mora*);

d) — a probabilidade de que a sentença a ser proferida se incline no sentido da existência do direito ao bem da vida que se pretende obter, em termos definitivos, com ela (*fumus boni juris*).

Ausente qualquer dessas características, estaremos em face de outra realidade ou fenômeno jurídico, não de uma ação, processo e tutela essencialmente cautelares.

Assim, cumpre distinguir, no Livro III do Código de Processo Civil, **medidas essencialmente cautelares, medidas provisionais e medidas só proceduralmente cautelares ou topologicamente cautelares**, diferenciando-se elas pelo fato de as primeiras se vincularem instrumentalmente a um processo, dito principal, de conhecimento ou de execução, cujo resultado útil asseguram; as segundas, por dizerem respeito ao exercício de dever-poder do juiz de prover, instrumentalmente, com vista ao regular andamento do processo, ou ao seu resultado eficaz, quando indisponíveis os direitos que constituem seu objeto ou se postos determinados interesses, pelo direito material, sob tutela do magistrado; as terceiras, pela circunstância de se relacionarem a interesses de natureza substancial, sem necessário caráter instrumental, mas cuja disciplina procedural foi posta no Livro III do Código de Processo Civil.

Às primeiras, são aplicáveis, necessariamente, todos os preceitos do Capítulo I do Livro III, que dizem respeito ao processo essencialmente cautelar. Quanto às segundas, só as prescrições de natureza procedural, quando não incompatíveis com o processo em que ocorrem e com a natureza do direito com que se relacionam, são aplicáveis; no tocante às terceiras, jamais as disposições do Capítulo I são aplicáveis, porque sempre incompatíveis.

O PODER GERAL DE CAUTELA

27. O problema do poder geral de cautela do magistrado tem sido posto, ultimamente, entre nós, como uma descoberta e, mais do que isso, descoberta de um instrumento capaz de produzir resultados milagrosos, em termos de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Para mim, tenho como inexatas uma e outra conclusão.

Nego o caráter de novidade, porque me parece que o poder de acautelar a eficácia de sua futura decisão é algo ínsito ao próprio poder jurisdicional do magistrado, construível mesmo ao arreio de qualquer texto de lei que o autorize ou discipline.

Apreciando a pretensão meramente declaratória, para a qual o direito italiano, ao tempo, não previa expressamente qualquer remédio, ensinou CHIOVENDA que o art. 36 do Código de Processo Civil de 1865 exigindo, como condição para ação, o interesse, continha implicitamente a autorização legislativa para a açãoabilidade das pretensões meramente declaratórias. E complementava: posto um ordenamento judicial e processual, com ele fica autorizada toda demanda judicial que tenda a evitar o dano que se verificaria se a lei deixasse de ser atuada, a menos que a própria lei contenha limitações expressas (Ensayos de derecho procesal civil, vol. I, p. 189 — Acción de declaración de mera certeza).

Igual raciocínio se pode colocar no tocante às pretensões cautelares, preventivas de danos que se verificariam se a lei deixasse de atuar. Negar ao Juiz o poder e à parte a pretensão de resguardar a eficácia de uma futura sentença, equivaleria a negar-se a efetividade da própria tutela jurídica, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico.

O poder Jurisdicional inclui, necessariamente, o de conhecer dos fatos, definí-los juridicamente, e o de prestar a tutela devida, tornando-a efetiva, para o que também se assegura ao juiz, o poder, e às partes a pretensão de obterem a certificação do

direito, sua atuação, ou a sua segurança, e esse direito assegurado tanto é o direito material quanto o que tem por objeto o bem da vida jurídico que é o processo.

Buscar fundamentos outros para o poder geral de cautela do magistrado é, a nosso ver, partir-se de pressupostos inadequados, o que gera, necessariamente, conclusões também inadequadas.

O que o Código de 1973 traz de novo, e apenas isto, é a sistematização do procedimento cautelar e a explicitação dos pressupostos autorizadores do exercício da pretensão cautelar da parte e dos limites do exercício do poder cautelar do magistrado.

28. Falar-se em poder geral de cautela, a partir do art. 798 do Código de Processo Civil, é focalizar-se o problema de um ângulo inadequado. A lei, nesse passo, não amplia os poderes do juiz, deferindo-lhe algo que não teria, caso inexistisse o dispositivo, nem lhe atribui algo de especial e novo em termos de função jurisdicional. Do poder cautelar dispõe o juiz por força de sua função jurisdicional, porque ele é decorrência necessária deste, como o são o poder de certificar e o poder de atuar o direito. O de que cuida a lei, neste art. 798, é dos **fundamentos** invocáveis pelos interessados para o exercício de sua pretensão à cautela. Ele não dá ao magistrado o que não teria caso inexistisse a expressa autorização legal. Apenas explicita, para os juizes e para os interessados, a situação de fato que autoriza os primeiros a deferir a proteção cautelar e permite aos segundos pleiteá-la.

29. Essa análise já foi feita antes por RONALDO CUNHA CAMPOS e merece de nós o mais decidido apoio².

Na verdade, tanto para efetivar o Estado-juiz a sua atividade certificante, quanto para as demais atividades insertas no conjunto da função jurisdicional, adota o legislador um tipo de processo, que desdobra em vários tipos de procedimento.

Há, assim, um processo de cognição com procedimento ordinário, ou procedimento sumaríssimo ou procedimento especial. Há um processo de execução com procedimento para execução por quantia certa, para entrega de coisa certa etc. Do mesmo modo há um processo cautelar com um procedimento ordinário previsto para todas as hipóteses que não mereceram do CPC tratamento especial. Esse procedimento ordinário disciplinou-o o Código nos artigos 801 a 805; e nas várias seções do Capítulo II do Livro III cuidou dos procedimentos cautelares especiais, que denominou de procedimentos cautelares específicos.

No art. 798, portanto, o que se contém são os fundamentos que autorizam os interessados a pleitear e o juiz a decretar uma medida cautelar com o rito do procedimento ordinário.

Tal como se procede em face de uma pretensão à certificação do direito ou a sua atuação, também assim se procede no tocante à pretensão cautelar.

Existindo uma situação de fato, precedente ou concomitante a um processo de conhecimento ou de execução, capaz de repercutir sobre a futura decisão ou futura satisfação do vencedor, com risco de torná-la total ou parcialmente infrutífera, o interessado tem pretensão à tutela cautelar. Deverá exercitá-la adotando o procedimento que a lei tenha previsto para a espécie. Se algum em especial foi disciplinado, a ele recorrerá. Inexistindo, adotará o procedimento ordinário cautelar, regulado nos arts. 801 a 805 do Código de Processo Civil.

30. Muito menos autorizado, *data venia*, o que pretendem outros autores, ainda que o façam com talento e encanto, diria mesmo com fascínio. Refiro-me aos que, como GALENO DE LACERDA, querem extraír, do art. 798, um poder quase mágico para o juiz, buscando-o nas origens do direito romano clássico. Verdade é que, diante do peso da realidade, o senso prático e a objetividade pesam mais, e eles retiram, com uma mão, o que deram com a outra. Nosso receio é que muitos se coloquem apenas na primeira metade, e façam da judicatura uma cartola de mágico, normalmente, estamos certos, em desfavor da segurança das partes no processo.

Tentaremos justificar nossa divergência.

Em primeiro lugar, a diversidade básica, diria mesmo a diversidade ineliminável, entre o pretor romano e o juiz de nossos dias, o que conduz à necessidade de se construir os poderes do juiz de hoje também de modo basicamente diverso, sem possibilidade de assemelhação ou aproximações mais profundas.

O pretor, como órgão do sistema jurídico romano clássico, era mais legislador que magistrado, mais homem público que técnico, mais um político que um aplicador de leis, investido mediante um sistema de escolha que lhe dava a necessária representatividade. Nem vitalício, nem inamovível, nem gozando de irredutibilidade de vencimentos, nem colocado acima de tudo e de todos, impunemente, mas alguém devedor de contas ao povo que o elegia, vale dizer, à classe patrícia, mais tarde também dos plebeus, cujos interesses representava e devia tutelar.

Que tem de parecido com ele e juiz de nossos dias? Nada. Técnicos, formados deficientemente em escolas públicas, no sentido de informação e formação política, são eles hoje investidos no Poder à revelia da sociedade e sem obrigação de lhe prestar contas, sem nenhum vínculo maior, de natureza política, com

essa mesma sociedade. Se reacionários, permanecerão juízes toda a vida; se preconceituosos e desinformados, permanecerão juízes toda a vida; se preguiçosos ou fracos de virtude, permanecerão juízes toda a vida. Por isso mesmo se lhes retirou quase que todo o poder criador do direito, ou se lhes dispensou disso, transferindo-se a tarefa ao legislador, esse sim, normalmente, representativo, submetido a controles políticos e sensível à censura social.

Não se cuida, e seria um modo estrábico de ver as coisas, de crítica a pessoas. Trata-se de constatação de natureza institucional. A dignidade pessoal de nossos juízes, felizmente predominante, não lhes empresta, miraculosamente, os dons de que não se podem revestir por formação e por investidura, por exercício e por responsabilidade. Nós somos o que nossos hábitos mentais nos fazem e desde a academia fomos formados para ser magistrados de determinado tipo e só desse tipo poderemos ser, efetivamente, magistrados. Tudo o mais será romantismo ou irrealismo, perigoso quando deixa de ser sonho para pretender informar e conformar a realidade. E o modo pelo qual institucionalizamos o nosso Judiciário reclama que os poderes do juiz sejam explicitados a partir dele e de modo compatível com ele. Impossível transferir o que é típico do sistema romano clássico para o Estado de nossos dias, como impossível é transferir-se o que é típico do sistema da **common law** para um sistema codificado. Insistimos: impossível transferir o específico; e algo específico era o papel jurídico-político que o pretor romano desempenhava como o é o papel jurídico-político desempenhado pelos juízes no sistema da **common law**. Daí a existência de perfil institucional diverso ali e aqui, sendo inaceitável pretender-se transferir a consequência sem que se transfiram, também, as causas, ou, em outros termos, construir poderes novos para o juiz sem lhe deferir uma nova feição em termos institucionais.

Somos dos que acreditam, firmemente, que nossas instituições estão ultrapassadas. Entendemos haver urgência no pensar o novo e canhestramente temos tentado pensá-lo. O que nos agride, aquilo que repelimos com veemência, é pretender-se o novo superficialmente, vale dizer, sem arar a terra e nela semear a semente das árvores novas de que iremos colher os frutos também novos.

31. O **periculum in mora**, analisado em seus elementos constitutivos, se configurará a partir da conjugação dos seguintes requisitos:

a) — ato de uma das partes do processo;

- b) — possibilidade da ocorrência de lesão grave em decorrência desse ato (fundado receio de dano);
- c) — que essa lesão grave seja de difícil e incerta reparação;
- d) — que tudo isso ponha em risco a satisfação do direito da outra parte, se a final vier a ser reconhecido e tutelado;
- e) — que esse risco decorra da natural e inevitável duração do processo.

Aprecemos, agora, cada qual desses requisitos.

32. Ato da parte. Isto significa ato de quem seja autor ou réu, inclusive litisconsorte, que autor ou réu necessariamente será, ou de terceiro interveniente.

A existência de litisconsórcio pede uma palavra especial. Se o litisconsórcio for unitário (art. 47) o ato de qualquer dos litisconsortes, porque compromete a sorte da lide que é comum a todos, compromete a todos, assim, a cautela é deferida também contra todos. E se requerida por apenas um dos litisconsortes unitários, envolverá, necessariamente, a todos.

Se não unitário o litisconsórcio, deve-se atentar para que, embora exista unidade formal da relação jurídica e do processo, há, em verdade, pretensões e litígios autônomos. Isso importa em se ter como viável a cautelar pertinente apenas a um dos litisconsortes ou só a determinado bem ou parte do bem litigioso, quando existe o consórcio voluntário.

O ato do assistente litisconsorcial deve ser tratado como se trata o de litisconsorte, porque litisconsorte ele é.

O ato do assistente simples pode fundamentar um pedido de cautelar? A resposta deve ser afirmativa, a depender do caso concreto. O assistente simples tem uma relação jurídica com a parte que assiste e em razão dela pode estar juridicamente autorizado a praticar o ato que configurou a situação fundamentadora do pedido cautelar e da tutela cautelar. Não é ato de terceiro estranho: é ato de terceiro interveniente.

O mesmo raciocínio vale para o oponente, o nomeado à autoria, o denunciado à lide e o chamado ao processo. São eles partes e como tal devem ser tratados.

33. Desse ato deve decorrer a **possibilidade** de lesão grave ao direito da parte adversa. Em outras palavras: deve haver **fundado e justo** receio de que, por força daquele ato da parte, venha a ocorrer grave lesão ao direito de quem pleiteia a medida cautelar.

Já tivemos oportunidade de advertir que no processo cautelar não se tutela o direito (material) da parte, o que é objeto do processo principal. Indiretamente isso ocorre, porque asseguran-

do o resultado útil do processo principal, por conseguinte assegurando a efetividade da tutela pedida, o processo cautelar também tutela o direito (material) da parte em favor da qual é deferida a medida.

Em verdade, a lesão grave diz respeito à futura sentença que no processo seja proferível em favor da parte, que ficará alcançada em sua plena exequibilidade ou força ou eficácia se não eliminada a situação de perigo que o ato da parte determinou.

34. Grave, em que sentido? A lei deixou certa discrição ao magistrado, mas se pode dizer que é grave toda lesão que passa o tolerável, o que seria de esperar-se nas circunstâncias, o que é normalmente aceito e suportado em condições analogas pelo comum dos homens e no comum das situações.

Convém lembrar que essa lesão não é necessariamente de natureza econômica ou financeira. Ela pode dizer respeito à saúde, à honra, reputação, fama artística, científica, etc.

35. A dificuldade e incerteza da reparação pedem, também, alguns esclarecimentos.

Elas podem dizer respeito ao tempo, aos meios ou aos agentes. É difícil e incerta a reparação que reclama posterior e demorado processo; a que exige meios custosos ou de manipulação anormalmente trabalhosa; também difícil e incerta a que exige o envolvimento de pessoas especialmente qualificadas cujo recrutamento seja problemático ou demasiadamente oneroso.

O critério mais adequado, a nosso ver, para se aferir da dificuldade e incerteza da reparação é considerar a possibilidade de resarcimento dos danos no próprio processo e a curto prazo ou com meios expeditos. Se isso não ocorrer, é válido entender-se a lesão como de difícil e incerta reparação.

36. Doutrinadores de alto mérito falam, nesse passo, da existência de **dano irreparável**, aproximando a hipótese daquelas que em nosso direito informavam a **apelabilidade de decisões interlocutórias** e hoje autorizam o mandado de segurança contra ato judicial⁴.

Cumpre atentar-se, contudo, para que, nas situações apontadas, o dano dito irreparável decorre de decisão judicial, ao passo que, na cautelar, cuida-se de ato da parte. Enquanto ali está em jogo a ilegalidade da decisão (incluindo-se a grave injustiça nela contida, que a nosso ver se equipara à ilegalidade — aqui se abstrai da ilegalidade do ato da parte, colocando-se em primeiro plano a provável concessão da tutela pretendida e sua frustração, mesmo que parcial, como decorrência daquele ato da parte, ainda que autorizado pelo direito).

O dano irreparável, na hipótese de mandado de segurança, prende-se à exequibilidade de uma decisão em que o magistrado incidiu em erro de procedimento (*error in procedendo*); aqui se cuida de insatisfatória tutela futura de um possível direito.

Essa diversidade de enfoque e de fundamento talvez peça que se use nome diverso, dada a diversidade do que se pretende conceituar, evitando-se aproximar o que reclama ser diversificado.

Isso, contudo, não faz imprestáveis os subsídios doutrinários e jurisprudenciais que informaram a construção do conceito de dano irreparável e neles se pode buscar inspiração e referência para o entendimento do que seja lesão grave de incerta e difícil reparação, para efeito de medida cautelar. Nessa reflexão, recolhemos os indicadores de que lesão daquela natureza é a que não pode ser reparada no próprio processo, de modo pleno; ou só poderá sê-lo com grande e inevitável prejuízo para a parte. Essa exigência de um procedimento autônomo para se obter a reparação, ou quando a reparação é possível no próprio processo, mas de modo demasiadamente oneroso, essas exigências servem, sem dúvida, para caracterizar o dano irreparável com vistas a mandado de segurança, como para configurar a lesão grave e de incerta reparação, fundamento da medida cautelar.

37. Lesão ao “direito” da outra parte.

Também aqui cabe esclarecer o dispositivo. Em todo processo se pleiteia do Estado-juiz a atribuição de um bem da vida a alguém e o deferimento dessa pretensão importa na tutela jurisdicional reclamada. A certificação da existência ou inexistência de uma relação jurídica, a constituição, extinção ou modificação de um estado ou situação jurídica, a imposição a alguém de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, a prática de atos que importem em incorporação ao patrimônio do postulante do bem da vida por ele pleiteado, todas essas são formas de tutela jurídica. Mas, enquanto pende o processo, descabe falar-se em direito. A existência mesma do litígio diz da controvérsia sobre os fatos e consequentemente sobre o direito ainda não certificado ou atuado. Há, apenas, uma pretensão que se quer ver tutelada (processo de conhecimento) ou um direito presumido certo (na execução) mas ainda suscetível de impugnação, em sua existência ou em sua eficácia. De sorte que “direito”, na sua exata acepção, dificilmente existirá em termos de lide cautelar. O que se tem, na verdade, é a pretensão de alguém posta como objeto de conhecimento do juiz, para sua certificação ou atuação, que apenas autoriza falar-se em **plausibilidade** ou **probabilidade** de

um direito, jamais em direito, pura e simplesmente, como algo já constituido.

O direito de que se cuida nada mais é, portanto, do que aquele suscetível de vir a consubstanciar-se em futura decisão favorável ao pleiteante de cautelar. O bem da vida posto em risco ainda não tem como titular o pleiteante, nem pode ele reclamar sua integração ao seu patrimônio em termos definitivos, mas ele corre o risco, por ato da outra parte, de vir a sofrer modificação em sua qualidade ou quantidade, ou de parecer, ou de ser ocultado, ou destruído, de modo que sua atribuição ao vencedor não se fará exatamente nos termos em que foi pleiteada, configurando-se essa atribuição como possível e bem provável.

38. Cuidando desse fundamento, a doutrina fala em **fumus boni juris**, fumaça de um bom direito, no sentido de que basta a plausibilidade da existência do direito invocado, a ser apreciada mediante cognição superficial de seus pressupostos de fato e de direito.

RONALDO CUNHA CAMPOS tenta eliminar de modo radical o **fumus boni juris** como fundamento da cautelar. Sustenta ele que a regra que se invoca, quando se fala no **fumus boni juris**, é a regra de direito material, mas se no processo cautelar não se cuida da tutela material, por que guiarmo-nos por tal norma?

Cumpre distinguir, acrescenta ele, o interesse na composição formal da lide do interesse na composição da lide. Assim, ao lado do interesse material há um interesse no processo. No processo cautelar, é o interesse no processo que está em jogo: podem desaparecer as condições que ensejariam ao Estado a composição da lide, ou surgir condições que obstem o normal desenvolvimento do processo.

Se assim é, o que se tem que examinar no processo cautelar não é a existência ou probabilidade do direito subjetivo material, sim o **direito da parte ao processo**.

Deve-se verificar a existência de um fato que ameaça não um possível direito subjetivo material, mas a ocorrência da possibilidade de tornar-se ineficaz o processo.

Examina-se, no processo cautelar, a existência ou não do direito de ação da parte — se esse direito existe e existe a ameaça a esse direito, existe algo a ser tutelado pelo processo cautelar.

Cumpre distinguir acrescenta ele, 1) — direito à composição da lide (direito à decisão) e 2) — direito à composição da lide segundo o pedido (direito à decisão favorável).

Legitimado, pois, e com direito de ação é o que tem posição na lide que o habilita a pedir sua composição.

O processo cautelar é sumário justamente porque nele se visa a verificação da existência do direito de ação e não do direito material. Consequentemente, não se trata, no processo cautelar, do exame da probabilidade de existência do direito substancial, do direito subjetivo material do requerente, porém de verificar se ele efetivamente dispõe de um direito de ação, direito ao processo — a ser tutelado.

Até aqui o pensamento do jurista mineiro. Ponderamos nós:

Face a sistemática que ao processo cautelar deu o nosso legislador, essa afirmativa tão radical parece incorreta. Permite-se, nesse processo, argua o réu a decadência ou a prescrição do direito (material) do autor da cautelar que é ou será objeto do processo principal, obstando, com isso, não só o deferimento da cautelar, como ensejando ao juiz, no próprio processo cautelar, declarar a decadência ou a prescrição do direito a ser posto como objeto do processo principal. (arts. 810 e 811, IV).

No caso em tela, nem mesmo os concretistas ou liebmanianos dirão que não tinha o autor direito de ação, já que era parte legítima, tinha interesse processual e seu pedido era juridicamente possível (no processo principal). Apesar disso e apesar da situação de perigo (para o processo) não se lhe deferiu a tutela, porque inexistente seu direito (material) ou já consumada a prescrição extintiva (destituindo de seu poder de exigibilidade o direito de que é titular).

Temos, assim, que a plausibilidade do direito material de quem invoca a tutela cautelar é requisito para deferimento da medida. Não é esse direito (plausível) que se tutela, sim o resultado útil do processo, mas isso é feito em virtude da plausibilidade, possibilidade de se vir a definir o Judiciário, em favor de quem requer, a tutela cautelar.

Sem dúvida que evidente a inadmissibilidade da ação (defeitos que inviabilizam a decisão de mérito e não se incluem nas mal chamadas condições da ação), ou a carência de ação (falta de legitimidade, de interesse processual ou de possibilidade jurídica do pedido) no que diz respeito ao processo principal, indefere-se a cautelar, porque inviável naquele processo a decisão de mérito, consequentemente a futura sentença em que a tutela se efetivaria, tutela que se pretende acautelar.

Rejeitamos, entretanto, o entendimento de que, vencidas essas etapas, deva o juiz deferir a cautelar, se posta em risco a efetividade da futura tutela, mesmo quando sem plausibilidade essa tutela, por motivos que se prendem ao mérito propriamente dito. Há improcedência manifesta que não resulta necessariamente da

inépcia da inicial, mas se configura depois da fase postulatória do feito, ou inclusive desponta da instrução que se procedeu no feito, mesmo que apenas em curso. Não vejo como deferir o juiz uma cautelar, por exemplo, quando se sente em condições de julgar antecipadamente a lide e o faria em desfavor do que pleiteia a medida asseguratória.

O *fumus boni juris*, portanto diz também com uma superficial cognição do mérito da ação principal. Ainda quando não baste a plausibilidade do direito para deferimento de medida cautelar, exigindo-se, ainda, o risco de ineficácia da futura possível tutela.

39. A possibilidade de lesão grave deve ocorrer antes do julgamento da lide, assim diz o art. 798. Ela também deve estar relacionada com o processo e ter na duração do processo o outro motivo de sua ocorrência.

Julgamento da lide entende-se, nesse passo, decisão transitada em julgado. Mesmo já decidida no primeiro grau a lide, pendendo recurso, ela continua sem julgamento definitivo e é de julgamento dessa natureza que cuida o art. 798.

Se extinto o processo sem julgamento do mérito, não há lide pendente a que se associe a cautelar. Nada obsta, contudo, seja ela postulada, como antecedente, em função do novo processo a ser ajuizado.

Se extinto com exame do mérito, não se pode cogitar de medida que vise resguardar o seu resultado útil, porque sentença já houve e a tutela já foi deferida, sendo envável falar-se em sua impossibilidade de efetivação por ato da parte e resultante da duração (*periculum in mora*) do processo, porque já concluído este. O de que se pode cogitar, a partir desse momento, é de risco de ineficácia de outra tutela que acaso seja postulável e tenha como suposto a decisão transitada em julgado.

Convém aprofundar essa afirmativa.

Nas ações que ficam por sentença declaratória ou constitutiva, o resultado útil possível consiste, justamente, na certificação do direito, na primeira, e, na segunda, dessa certificação com a consequente criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica, pelo que se alguma providência cautelar se impuser, será em face de fatos e circunstâncias que não dizem mais respeito à ação finda, sim à ação proponível, que tenha como pressuposto ou fundamento a sentença proferida na ação declaratória ou constitutiva.

Se logro sentença favorável numa ação de investigação de paternidade, alguma providencia acautelatória de natureza patri-

monial certamente se vinculará a uma futura ação da petição de herança ou de alimentos que deva ser proposta. Se obtenho sentença favorável em separação judicial, alguma providência cautelar que se imponha, quanto aos filhos ou no tocante ao patrimônio comum, dirá respeito a futuras ações de inventário e partilha ou de regulamentação do problema da guarda dos filhos.

Na ação condenatória, igualmente. A ela pode se seguir a execução da sentença, e se alguma providência cautelar se impuser, deve ser em vista dessa execução e não da condenação finda.

No caso de execução, só se considera findo o processo com a satisfação do credor, com sua renúncia, ou quando o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida (art. 794), exigindo-se sentença que o declare (art. 795). Mas é possível, na execução por quantia certa, que a venda dos bens em hasta pública só dê para satisfação parcial do credor. Isso ocorrendo, se existem outros bens penhoráveis, prossegue-se na execução, sendo inviável falar-se em execução finda, pelo que a admissibilidade de cautelar é irrecusável. Inexistindo, contudo, outros bens conhecidos para efeito de constrição, o processo fica suspenso (art. 791). Falar-se na hipótese em extinção é impossível. Não se cuida de extinção sem satisfação do credor, porque ele já foi em parte pago de seu crédito. Nem de extinção com satisfação do credor, porque essa não ocorreu plenamente. Assim, ao que me parece, cumpre ao juiz determinar a suspensão do feito, reconhecendo a satisfação parcial do credor, permanecendo suspenso o processo até que bens apareçam para ser penhorados ou se extinga o processo por força de prescrição, decadência ou acordo das partes.

Correto o que vimos de afirmar, admissível será o pedido de medida cautelar que vise assegurar a execução no tocante à parcela do crédito ainda insatisfeita. Enquanto no processo de conhecimento a satisfação apenas parcial do autor implica em rejeição de tudo mais quanto ele pediu, na execução o mesmo só ocorre se reduzido o crédito em virtude da sentença proferida na ação de conhecimento dos embargos do devedor. Se redução não houve por força de sentença nos embargos, a satisfação apenas parcial do credor nem extingue o processo, nem retira a legitimidade e o interesse do credor no tocante à parcela não satisfeita, permanecendo, por consequente, sua pretensão à tutela cautelar.

40. O ato da parte, já o vimos, deve ter sido praticado antes de encerrado o processo com julgamento de mérito ou sem ele. A lei, contudo, silencia quanto ao termo inicial a considerar

para que o ato da parte seja atendível como justificador da cautelar. Parece-me que é de exigir-se já se tenha configurado a lide. Dizemos lide, não processo. Porque se pode pretender cautelar sem que nenhum processo exista já ajuizado. Creio, entretanto, ser impossível a cautelar sem que haja lide, e nenhum ato pode ser invocável para fundamentar cautelar se não for ato praticado pendente a lide, vale dizer, já configurada ela e ainda não decidida, em caráter firme, pelo Poder Judiciário.

Quando se pode ter uma lide como configurada? Creio que no momento em que a pretensão de alguém a determinado bem da vida encontra resistência por parte daquele que se tem como devedor desse bem pretendido. Se há pretensão resistida ou interesse insatisfeito, há lide. Consequentemente, a partir daí, todo ato de qualquer dos interessados, com repercussão no resultado útil do processo futuro, necessário para atribuição daquele bem, é ato invocável para fins de medida cautelar.

Assim, por exemplo, o uso abusivo de um bem móvel comprado a prestações não fundamenta qualquer medida cautelar, se não houver mora do comprador, nem se tenha configurado hipótese de rescisão do contrato. Mas esse mesmo uso abusivo posterior à mora ou à configuração da causa da rescisão será fato invocável para fins de cautelar.

41. Por último, e ainda no âmbito da exegese desse art. 798, deve-se atentar para o fato de que a medida decretável pelo juiz não pode se revestir:

- a) — nem do caráter de antecipação da tutela, se a lei deixa de prever expressamente a possibilidade de liminar;
- b) — nem do caráter de cominação, com vistas a compelir a parte contrária a prestar aquilo a que o autor da cautelar se julga com direito (no processo principal).

A cautelar nem antecipa a tutela, diretamente, nem pode, indiretamente, chegar a esse resultado. A antecipação de tutela só é deferível por lei e nos casos estritos que prescreve. E isso se teria obtido ao arrepio da lei tanto na hipótese do juiz acautelar antecipado, sem que disso cuide a lei, como coagir a parte a antecipar a prestação, mediante o desvirtuamento da medida cautelar, revestindo-a do caráter de cominação.

42. Falamos em lide, mas recordamos o que já foi afirmado: a tutela cautelar não é restrita ao processo contencioso, nem exclui os processos de tutela integrativa, inclusive os de jurisdição voluntária. Por isso mesmo nossa preferência é pela expressão situação-obstáculo. Ela é que, uma vez instaurada (tutela integrativa ou reparatória) ou uma vez prenunciada (tutela preventiva)

autoriza a cautelar, se configurada a situação de perigo à futura tutela possível ou provável. Tudo quanto dissemos a respeito da lide vale para as situações-obstáculo de caráter não litigioso, isto é, sem condições de configurar uma lide.

43. Concluindo, afirmamos que as denominadas cautelares inominadas e o proclamado poder geral de cautela a que se associam, nada mais são que a pretensão à cautela exercitada pela parte, mediante o procedimento ordinário cautelar, porque presentes os fundamentos da pretensão cautelar e porque não previsto em lei, na espécie, nenhum procedimento especial. A cautela inominada não é mais do que uma cautelar com procedimento ordinário.

44. Muito ainda se pode dizer e polemizar em torno do tema. Como dito inicialmente, as circunstâncias desta conferência impunham limitações. Pareceu-me que devia privilegiar os aspectos que abordei. Deles retiro os princípios básicos que me têm orientado na exegese de quanto se contém no Livro III do Código de Processo Civil, para entendê-lo e aplicá-lo de modo coerente, sem os riscos da solução casuística e anárquica.

NOTAS

- (1) – Por todos, porque aquele que com maior largueza e profundidade cuidou do assunto, OVIDIO BATISTA DA SILVA, “A ação cautelar inominada no direito brasileiro”, pgs. 65 e segs.
- (2) – Estudos de direito processual, n. 1 – Introdução ao estudo do processo cautelar, pgs. 117 e segs.
- (3) – Comentário no CPC, vol. VIII, tomo 1, pgs. 135 e segs.
- (4) – GALENO DE LACERDA, ob. cit., pgs. 116 e segs.