



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A TUTELA CAUTELAR E O PODER GERAL DE CAUTELA

DANIEL LONGO BRAGA

São Paulo – SP
2015

DANIEL LONGO BRAGA

A TUTELA CAUTELAR E O PODER GERAL DE CAUTELA

Trabalho de Especialização, apresentado ao Curso de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

ORIENTADOR: JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

São Paulo
2015

A TUTELA CAUTELAR E O PODER GERAL DE CAUTELA

Trabalho de Especialização, apresentado ao Curso de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em:_____.

“Se os fracos não tem a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.” Ruy Barbosa

RESUMO

Árdua tarefa tem o legislador ao traçar os ditames da Lei e mais laboriosa tarefa tem ainda o Magistrado ao aplicar tais dispositivos ao caso concreto. É praticamente impossível que sejam positivadas todas as situações e comportamentos cotidianos, sejam eles humanos ou naturais. É preciso que a Lei deixe de lado o positivismo extremo e confie em seus agentes públicos, tal como é o Magistrado, para que este possa se valer de suas ferramentas para sanar os litígios existentes no meio social. Esta ferramenta, por óbvio, é a Lei e ousamos dizer uma das suas maiores evoluções é o Poder Geral de Cautela. Nossa Lei é vasta e rica, nosso Código de Processo Civil traz infindáveis situações, ritos, procedimentos, requisitos e pressupostos, tudo para que se possa conferir a tão almejada segurança jurídica e o direito à ampla defesa e ao contraditório às partes litigantes. Mas a sociedade é dinâmica e a Lei é imutável. Como trazer todas as providências acautelatórias tipicamente expressas em um *Codex* se, o que hoje é a prática, amanhã é o desuso? Sabiamente, nosso Código de Processo Civil, pautado amplamente nos mais exponenciais princípios e garantias Constitucionais traz o chamado Poder Geral de Cautela, uma ferramenta que visa suprir estas naturais lacunas legislativas para que o litigante, o cidadão, a parte, possa ter seu direito assegurado de forma célere e eficaz.

ABSTRACT

Arduous task has the legislator to draw the dictates of the law and more laborious task still has the Magistrate to apply such concepts to the real case. It is virtually impossible to be written all situations and everyday behavior, whether human or natural. It is necessary that the law set aside the extreme positivism and trust in its public officials, as the magistrate so that it can make use of its tools to address the existing disputes in the social environment. This tool, obviously, is the law and we dare say one of its biggest changes is the General Power of Caution. Our law is vast and rich, our Code of Civil Procedure provides endless situations, rituals, procedures, requirements and assumptions, all so you can check out the much desired legal certainty and the right off full legal defense and contradictory to the disputing parties. But society is dynamic and the law is immutable. How to bring all those measures typically expressed in a Codex if what now the practice, tomorrow is the disuse? Wisely, our Civil Procedure Code, based on the most widely exponential principles and Constitutional guarantees brings the called General Power of Caution, a tool to meet these natural loopholes so that the litigant, the citizen, the parties may have their rights guaranteed swiftly and effectively.

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
CAPÍTULO II - O PROCESSO	15
1.1. PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	15
1.2. O PERFIL CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	18
1.3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS	20
1.3.1. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	21
1.3.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	21
1.3.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	23
1.3.4. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.....	24
1.3.5. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE	26
CAPÍTULO III - O PROCESSO E SUA CLASSIFICAÇÃO	29
1.1. PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	30
1.2. PROCESSO DE EXECUÇÃO	31
1.3. PROCESSO CAUTELAR.....	32
1.3.1. DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA.....	34
1.3.2. CARACTERÍSTICAS.....	36
CAPÍTULO IV - DOS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO E SUA VINCULAÇÃO COM O PODER GERAL DE CAUTELA	41
1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	41
1.2. PODER JURISDICIONAL E PODER DISCRICIONÁRIO.....	42
CAPÍTULO IV - PODER GERAL DE CAUTELA	48
1.1. NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO.....	48
1.2. LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA	52
1.3. FORMA E MOMENTO DE EXERCÍCIO	58
1.4. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA	61
1.4.1. DAS MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS E ATÍPICAS	61
1.4.2. CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE	62
1.4.3. PROCEDIMENTO E EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR	64
1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA.....	67
1.6. O PODER GERAL DE CAUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
71	
CONCLUSÃO	75

BIBLIOGRAFIA.....	78
-------------------	----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar o instituto do Poder Geral de Cautela e necessários temas correlatos para sua correta compreensão, haja vista que não restam dúvidas de que o seu entendimento depende da análise de temas básicos, colaterais e ulteriores ao mesmo. A existência do Poder Geral de Cautela se dá em virtude da lacuna existente em nosso sistema legislativo no sentido de proteger, positivamente, todos os direitos, diante da rigidez da Lei e da infinidade de situações existente em nosso cotidiano que dependem de soluções jurídicas diversas, criativas e adequadas.

Como se sabe, o processo é feito de procedimentos, de uma série de atos conjuntos que levam ao convencimento jurisdicional e, com isso, a uma sentença. Inicial, Contestação, audiências, provas, perícias, incidentes, recursos, tudo para que seja debatido da forma mais ampla e constitucionalmente segura possível os direitos em tela visando, por óbvio, dar às partes aquilo que efetivamente lhes pertence. O provimento jurisdicional, portanto, precisa de espaço e de tempo para que complete seu ciclo natural.

Ocorre que não são poucas as situações que o processo e seus procedimentos não são adequados para resguardar a urgência do direito da parte. Não raro, o perecimento de um direito é iminente e não falamos apenas de bens materiais. Até mesmo a vida pode ser objeto de um litígio e, por óbvio, não se pode prestigiar o rito Constitucional à vida. Por essas e outras situações, tanto a Constituição Federal como a Lei Ordinária conferiram tanto ao Magistrado quanto às partes o direito de se exercer ou pleitear o Poder Geral de Cautela, que basicamente se traduz em medidas de segurança aptas a resguardar o bem da vida em litígio, quando este não pode esperar por uma sentença.

Sábias as palavras de Marcus Vinicius de Abre Sampaio¹, ao elucidar que *“dessa necessidade de se preservar a eficácia das manifestações jurisdicionais que tenham como pano de fundo um moroso e ineficaz processo de conhecimento pleno, ou mesmo de um próprio direito subjetivo material cautelar diferenciado, que decorre a importância atual do tema”*

¹ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 1993. p. 16

As palavras do ilustre Doutrinador remontam há mais de 20 anos, mas são de uma atualidade ululante. Nunca nossa sociedade foi tão dinâmica e cada dia que passa nos distanciamos dos ideais do legislador de 1973 e, no mesmo passo, nunca foi tão necessário suprir esse déficit com uma norma tão atemporal como é o Poder Geral de Cautela.

Em poucas palavras, este trabalho buscará demonstrar da forma mais completa e objetiva possível o que seria o Poder Geral de Cautela e toda construção legislativa ao redor do instituto, bem como o momento de aplicação do mesmo, suas peculiaridades, exceções traçando, inclusive, breves considerações de como o instituto terá tratamento no novo Código de Processo Civil.

CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O atual sistema normativo pátrio certamente é fruto de um longo processo evolutivo que, de certa forma, tende a acompanhar a evolução da filosofia, social e até mesmo racional do ser humano. O mesmo ocorre com o Direito Processual Civil, sendo possível estabelecer clara ligação entre os procedimentos atuais, no que tange à Tutela Cautelar, como os atos decisórios praticados pelo Magistrado, sendo seguidos pela cognição sumária e decorrentes medidas coercitivas, com os chamados interditos do Direito Romano.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque², os interditos “*constituíam em ordem emitida pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Essa forma de tutela, emanada do poder de imperium do magistrado, abrangia a grande maioria das relações da vida envolvendo direitos absolutos. Já os direitos obrigacionais, versando indenização, eram amparados pela actio, com juízo privado. (...)*”.

Através do *imperium*, portanto, era tangível o requerimento e eventual obtenção de ordem liminar, inclusive *inaudita altera pars*, justamente por conta das relações sociais e, por conseguinte, os litígios, desde muito logo requererem participação ativa do magistrado no sentido de garantir o bem da vida tutelado e evidentemente ameaçado de perecimento.

Não restam dúvidas, portanto, que a cognição sumária e a antecipação dos efeitos da tutela já eram técnicas praticadas no antigo Direito Romano, sendo posteriormente aplicadas a partir do século XIII em países como Itália, Espanha, França, dentre outros.

As sociedades evoluíram e, com elas, o Direito. Sociedades evoluídas e mais desenvolvidas significam maior direcionamento de recursos financeiros e maior amplitude das tutelas jurídicas para todos os entes pela Lei protegidos. Esta evolução, traz, naturalmente, maiores conflitos sociais e situações cada vez mais atípicas que demandam do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, a prestação da Tutela Jurisdicional não apenas de forma Justa mas, principalmente, efetiva.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 30.

O Código Civil de 1939 dispunha de dispositivos, tal como era o revogado Artigo 675, de meios de tutela tidos pelo Legislador como aptos a prevenir o direito até então ameaçado. Ocorre que grande parte da Doutrina da época não vislumbrava qualquer tipo de Poder Cautelar no referido dispositivo.

Sobre o assunto, assim ensinou Marcus Vinicius de Abreu Sampaio³:

“Tanto assim é, que o art, 675, de onde podemos extrair a previsão normativa – por mínima que seja – acerca do poder geral de cautela, não possibilita aos titulares de direitos ameaçados de lesão, buscar de forma antecipada a tutela cautelar de seus direitos. Isso porque, os três incisos que compõe o *caput* do artigo fazem referência expressa à pendência de outra demanda.”

Não é possível negar, portanto, que o Código de Processo Civil de 1939 trazia efetivamente uma forma rudimentar do Poder Geral de Cautela, mesmo que muito timidamente. Muito diferente da concepção atualmente atribuída a este poder (dever), o então Artigo 675 de certa forma mostrava um contrassenso: Ora, se de um lado se buscou conferir ao Magistrado poderes para conferir ao processo maior celeridade e efetividade, de outro, acabou por modular tanto o *modus operandi* do Juiz estes ficaram completamente adstrito às hipóteses e condições previstas no referido Artigo.

Além da própria limitação do Artigo, não restam dúvidas que a própria cultura jurídica e social ainda não estava amplamente confortável com o tema. Ainda não havia, por exemplo, o reconhecimento que hoje se tem no que tange à autonomia da ação e da tutela cautelar, totalmente diferenciado e dotado de características e procedimento próprio.

Todavia, verdadeira evolução no tema teve suas primeiras sementes germinadas com a chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil. Com a ascensão de Benito Mussolini e a consequente propagação do regime fascista e sua ideologia racial na Itália, somado

³ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 1993. p. 130.

ao próprio contexto da 2ª Guerra Mundial, Liebman viu-se forçado a exilar-se na América do Sul tendo, primeiramente, lecionado na Universidade de Buenos Aires e posteriormente, aos 36 anos, na Universidade de São Paulo. Foi nesta segunda oportunidade em que pôde propagar seus conhecimentos e teorias sobre o Direito Processual Civil, tendo como seu mais famoso aluno Alfredo Buzaid, a quem foi atribuída a missão de elaborar um projeto de alteração para o Código de 1939. Este projeto a se tornar nada mais do que o Código de Processo Civil de 1973, significativo marco para o Direito Nacional.

O Código de Processo Civil de 1973, tipo como o “atual” ordenamento processual, trouxe a verdadeira consagração do Processo Cautelar como procedimento autônomo, tendo evoluído não apenas as concepções inerentes à Tutela de Urgência mas também abarcou precisa prescrição do antes tímido Poder Geral de Cautela. Prescreve, assim, em seu Livro III (Do Processo Cautelar), Título Único (Das Medidas Cautelares), Capítulo I (Das Disposições Gerais) a consagração primária do atual Poder Geral de Cautela ao fixar, em seu Artigo 798, que *“além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”*.

A diferença é gritante. Antes com grande margem para interpretação doutrinária e jurisprudencial, por conta das “condições” elencadas no revogado Artigo 675 e incisos, o atual Código de Processo Civil foi no sentido correto, ao proporcionar ao Juiz o poder (dever) de, a qualquer momento e mediante a iminente necessidade da parte, providenciar medidas acautelatórias e cuja previsão não necessariamente precisam estar taxativamente arroladas no Código.

Além disso, como já mencionado, houve evidente concessão de autonomia à tutela cautelar em relação aos demais procedimentos do Código, como ocorre com o Processo de Conhecimento e o de Execução. Ainda nas palavras de Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, *“em decorrência dessa nova estruturação formulada para as tutelas cautelares e preventivas, ocorreu que também a elas se atribuíra procedimento diverso daqueles previstos para os demais tipos de tutelas jurisdicionais, o que também muito contribuíra para a eficácia das tutelas cautelares. (...) Não se poderia conceber o processo cautelar como forma procedimental idêntica à dos processos de mérito em geral, eis que uma de suas funções é exatamente a de suprir as*

deficiências existentes nos demais procedimentos, os quais se mostram muito extensos e demorados em relação com as necessidades urgentes de proteção aos direitos em conflito”⁴.

A Carta Magna de 1988 veio a consagrar definitivamente este encontro de ideias ao estampar como verdadeiro direito e garantia fundamental a impossibilidade de se afastar ou excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, tal como preconizado em seu Artigo 5º, inciso XXXV⁵.

É certo que, como se verá na sequência, existem limitações e até mesmo eventuais obstáculos ao livre exercício do Poder Geral de Cautela mas resta inegável que, com a evolução do procedimento da Tutela Cautelar e de Urgência e, por derradeiro, com a consagração do Poder Geral de Cautela, foi conferido ao Juiz grande flexibilidade no que tange ao exercício de medidas para assegurar o direito tutelado daqueles que se socorrem do Poder Judiciário.

⁴ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 135.

⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

CAPÍTULO II - O PROCESSO

Antes de adentrarmos ao estudo específico do Poder Geral de Cautela, necessário que se façam elucidações, mesmo que incipientes e introdutórias, sobre a conceituação de processo, seus elementares princípios norteadores e, principalmente, sua classificação, para que com isso a preparação à abordagem central deste trabalho esteja devidamente estruturada, conduzindo-se o raciocínio à conclusão pretendida.

1.1. PROCESSO E PROCEDIMENTO

É sabido que, para o devido exercício da função jurisdicional, o Estado cria diversos órgãos especializados para esta finalidade. Contudo, sabe-se igualmente que estes mesmos órgãos não podem atuar de forma discricionária, haja vista a patente existência de contrassenso entre a atividade de “dizer o direito” com atos livremente deliberados e sem qualquer tipo de ordenamento. Por este motivo, estes órgãos jurisdicionais restam subordinados a determinado *modus operandi*, que vem a ser chamado de *processo*.

Imprescindível, neste primeiro momento, a seguinte ponderação:

“Etimologicamente, processo significa “marcha avante”, “caminhada” (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), apercebeu-se que a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre

eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos”⁶.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “(...) *como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição. Esses múltiplos e sucessivos atos se intervenculam e se mantêm coesos graças à relação jurídica processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional*”⁷.

Vemos portanto claramente que o processo pode ser entendido como o meio pelo qual a jurisdição se opera. Procedimento, por sua vez, são as etapas existentes dentro de um determinado processo (no caso, o processo judicial) determinando os momentos de início e fim o processo. Procedimento, neste sentido, deve ser entendido em um sentido estritamente formal, tido como uma forma coordenada de atos sucessivos. Procedimento é, portanto, “*o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo*”⁸.

É interessante destacar, de igual sorte, que não se pode ter o processo como uma singularidade. O processo, nesse sentido, pode se materializar das mais diversas formas, se moldando de acordo com os ditames processuais para melhor atender às expectativas do autor e, por conseguinte, à defesa do réu. O que se busca dizer, por óbvio, é que não se pode esperar de um processo de conhecimento as mesmas peculiaridades inerentes a um processo cautelar, diferenciação esta que será justamente feita de acordo com o tipo de *procedimento* que for adotado.

Esta concepção se enquadra justamente na questão da instrumentalidade do processo, não no sentido de minimizar o papel do processo na construção do direito, mas sim de conferir-lhe precisa função, que é justamente a de *meio pelo qual*. Nas palavras de Calmon de Passos “(...) *separar direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato*

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 285.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1. p. 49.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 285.

decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazer um”⁹.

Muito interessante e direcionada ao presente estudo é a análise feita por Cândido Rangel Dinamarco, em consagrada obra doutrinária, transparecendo intrínseca conexão e diálogo entre a conceituação de processo e o exercício do poder geral de cautela:

“No sistema moderno, de propensão publicista, já foi deixada para trás a ideia do processo como contrato, ou como autêntico duelo entre as partes sob as vistas do juiz espectador: avultam os poderes inquisitivos deste na instrução e no próprio impulso do processo em direção ao seu destino (e, disso, é preciso que bem se conscientizem os juízes, para que não fiquem à espera do impulso das partes), dispondo o juiz de crescente liberdade na apreciação da prova e grande poder cautelar geral destinado a garantir os resultados do processo e respeito ao poder jurisdicional em exercício ao longo do procedimento”¹⁰.

Tal disposição se encontra perfeitamente encaixada dentro do presente trabalho, cujo objetivo é explorar especificamente as tutelas de urgência, de forma mais detalhada, o poder geral de cautela. Temos, portanto nítida a ideia que aqui se buscará transparecer, qual seja, a de que o processo e o procedimento não são congruentes no sentido de colocar litigantes frente a frente, incumbindo o Magistrado tão somente de exercer um papel de espectador do litígio para, ao final, dar as devidas láureas a quem de direito. Muito pelo contrário, o processo, devidamente exteriorizado pelo procedimento, é o meio pelo qual se deve efetivar a justiça, mas não de forma tardia e ineficaz, mas sim e se necessário de forma preliminar e com participação ativa do Juiz, como representante do Estado e agindo de acordo com o melhor interesse público que não pode ser outro senão conferir aos particulares medidas efetivas que garantam a tutela de seus direitos.

⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo. São Paulo: RT. 2001. n 102. p. 64.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT. 1986. p. 82.

1.2. O PERFIL CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Reservamos o posterior capítulo para o estudo de alguns princípios norteadores do nosso Código de Processo Civil. Todavia, antes de adentrarmos neste mérito, é importante dizer que grande parte dos princípios norteadores do Rito Processual Civil encontram respaldo na Constituição Federal de 1988. Estes princípios são de extrema importância não apenas para o tema aqui proposto mas para toda a ciência jurídica processual, deixando transparecer a íntima relação existente entre Direito Processual Civil e o texto Constitucional.

Pode-se dizer que a relação existente entre processo e constituição é o denominado modelo constitucional do processo. Em outras palavras, é um método ou modelo de aplicação de determinadas diretrizes constitucionais dentro do processo na qualidade de verdadeiro instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito. Dentro deste chamado modelo constitucional do processo, temos uma subdivisão que é denominada de direito constitucional processual, que nada mais é do que o conjunto de normas de direito processual encontrados na Carta Magna Pátria.

Com isso, tem-se certo que o Direito Processual Civil e a Constituição Federal encontram intrínseca ligação pois o exercício do processo e, portanto, da jurisdição, deixa transparecer a função soberana do Estado, que também encontra respaldo na nossa Constituição. O Processo, portanto, além de deixar transparecer uma série de elementos técnicos, também traz consigo elevada carga ética tendo em vista que os operadores do Direito usam da Constituição Federal para compreender a verdadeira interpretação que se deve dar ao Processo Civil, dentro de determinado contexto social, temporal, político e econômico.

Em complemento, assim coloca Ada Pellegrini Grinover:

“Os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Cappelletti, Denti, Vigoriti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watabane são apenas alguns

nomes que vêm destacando na análise do denominado processo constitucional”¹¹.

Com isso, tem-se certo que o Direito Processual Civil e a Constituição Federal encontram intrínseca ligação pois o exercício do processo e, portanto, da jurisdição, deixa transparecer a função soberana do Estado, que também encontra respaldo na nossa Constituição. O Processo, portanto, além de deixar transparecer uma série de elementos técnicos, também traz consigo elevada carga ética tendo em vista que os operadores do Direito usam da Constituição Federal para compreender a verdadeira interpretação que se deve dar ao Processo Civil, dentro de determinado contexto social, temporal, político e econômico.

Apenas para elucidar alguns dos direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Constituição Federal e que, a partir da sua interpretação, diversos princípios podem ser extraídos, temos a inafastabilidade do controle jurisdicional (Art. 5º, XXXV); Juízo Natural (Art. 5º, XXXVIII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (Art. 5º, XXXIX), devido processo legal (Art 5º, LIV); direito ao contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV), duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII), dentre diversos outros.

A importância da Constituição não deve ser deixada no estudo do presente tema, tanto é que é certo que 1988 foi um ano que mudou toda a processualística brasileira, com a ampliação e melhoramentos de garantias já existentes. Diversos dispositivos não só do Código de Processo Civil mas também do Penal simplesmente não foram recepcionados pela nova Constituição Federal e, portanto, perderam sua vigência e eficácia.

Na sequência, serão estudados apenas alguns dos inúmeros princípios Constitucionais que ditam a necessidade de se entender o processo sob o prisma da Constituição Federal.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 87.

1.3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

Neste momento do trabalho, buscar-se-á explorar brevemente alguns princípios processuais que igualmente servirão de alicerce para a exploração do Poder Geral de Cautela do Juiz, haja vista a impossibilidade do estudo do presente tema sem que se determine qual o fundamento de direito processual para a atuação do Juiz nesse sentido.

Muito didática igualmente é a abordagem terminológica das palavras. Com isso, temos que a palavra *princípio* deriva do latim *principium* que, grosso modo, significa início tendo, portanto, a acepção de começo de todas as coisas. Nas palavras de Luís Díez Picazo¹², ao ser citado por Paulo Bonavides, tem-se como princípio “*onde designa as verdades primeiras*” e, aplicada ao mundo do Direito, “*servindo de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito positivo (...) mediante um processo de generalização e decantação dessas leis*”.

Marcelo Harger traz concepção aos princípios, como “*sendo normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade*”¹³.

Fechando a importância, mesmo que perfunctória, do estudo de pontuais princípios processuais, Mauricio Antônio Ribeiro Lopes defini princípio como sendo: “*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*”¹⁴.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228- 229.

¹³ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

¹⁴ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

Passada esta breve introdução sobre o ponto a ser estudado, passemos a especificar e efetuar o necessário tratamento dos princípios elencados na sequência:

1.3.1. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

As partes que recorrem ao Poder Judiciário esperam que o Juiz atue com isonomia, tratando as partes litigantes de forma igualitária deixando de lado o elemento subjetivo relacionado à própria humanidade do Juiz para que, em seu lugar, seja cedida posição ao Estado como verdadeiro mediador do conflito entre elas travado.

Marcus Vinicius de Abreu Sampaio coloca que *“assim, através deste princípio, garantido pela nossa Carta Constitucional, entende-se absolutamente necessário o posicionamento indiferente e distante por parte do Estado-Juiz, relativamente à questão e às partes que integram o processo. Tal indiferença e distância que devem sustentar a atuação do juiz, a toda evidência, não significa desinteresse pela solução justa do litígio, mas, sim, recepção e resposta desinteressadas e equilibradas À pretensão deduzida em juízo”*¹⁵.

A existência deste norte processual não é exclusividade do Direito Processual Brasileiro, mas, de igual sorte, sendo refletido em diversos ordenamentos ao redor do mundo. Isso por que o exercício da jurisdição de forma imparcial é primordial para que a justiça possa garantir a tutela pretendida, nos exatos moldes, daqueles que se socorrem do Poder Judiciário para tanto. *“Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana, entre eles, o direito ao juiz imparcial”*¹⁶.

1.3.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

¹⁵ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 57.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 22.

Igualmente importante à construção basilar do tema que aqui se busca estudar, o princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, busca garantir às partes condições de igualdade dentro do certame processual. Importante frisar, todavia, que a aplicação do princípio da isonomia não significa tratar com as mesmas medidas ambas as partes, pois elas nitidamente são diferente dentro do seu respectivo papel processual. A aplicação do princípio da isonomia, portanto, visa verificar essa nítida situação de igualdade e conferir poderes ao Magistrado para que possa colocá-las em pé de igualdade dentro do processo.

O princípio da Isonomia vem previsto na Constituição Federal (art. 3º, IV c/c art. 5º), devendo ser moldado para o campo do Direito Processual como o papel de igualdade entre as partes devendo o juiz e o legislador não criarem desigualdades e procurarem eliminar as eventualmente presentes. Tanto é que o Art. 125, inciso I do Código de Processo Civil, traz entre os deveres do juiz a prática e a preservação da igualdade entre as partes.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco:

“A leitura adequada do art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz a prática e preservação da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades. Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo-fraquezas de toda ordem, como a pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala. Exemplo vivo é a promessa constitucional e legal de

assistência jurídica integral aos necessitados (Const., art. 5-, inc. LXXIV, art. 24, inc. XIII).”¹⁷.

Não há como negar, portanto, que o Autor possui uma situação desigual quando comparado ao réu, principalmente se levarmos em conta princípios como o do ônus da prova. Caso o Juiz confira tratamento idêntico a ambas as partes, as desigualdades permanecerão e o princípio da isonomia não terá sido alcançado. Deve-se, portanto, conferir tratamento desigual aos desiguais para que os mesmos possam alcançar o mesmo patamar de igualdade visando, em última instância, o equilíbrio processual.

Importante e pertinente observação faz SAMPAIO ao afastar a ideia de que haveria afronta ao princípio da isonomia pelo simples fato do Juiz adotar medidas discricionárias na tentativa de igualar os desiguais. *“Essa assertiva, que mais adiante será analisada com maior profundidade, servirá como forte argumento a sustentar nossa opção em atribuir plena liberdade ao Juiz, no sentido de conceder as medidas cautelares inominadas, as quais significam a própria expressão de seu poder geral de cautela.”*¹⁸.

1.3.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O referido princípio vem previsto na Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso LV, ao afirmar que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Nas palavras de Fredie Didier Jr, o princípio do contraditório pode ser dividido em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. *“A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio*

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208-209.

¹⁸ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 58.

do contraditório. Trata-se do poder de influência. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”¹⁹.

Podemos dizer que o princípio do contraditório é a verdadeira concretização do princípio da isonomia, pois é ele que garante verdadeira igualdade processual entre as partes, garantindo àquele que se socorre ao Poder Judiciário a oportunidade de ser ouvido e participar ativamente do feito, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e pronunciamento durante todo o curso do processo. Com isso, não restam dúvidas que o princípio do contraditório funda-se basicamente no princípio da ampla defesa, haja vista estarem intimamente ligados, fundamentando-se reciprocamente.

A defesa, de forma genérica, é a forma mais comum de exercício do contraditório. “É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contrapor e até mesmo de contra agir processualmente”²⁰.

1.3.4. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Princípio igualmente essencial ao nosso estudo é o do livre convencimento do Juiz, que se mostra intrinsecamente ligado com o uso do Poder Geral de Cautela. Referido princípio tem como substância a mais pura expressão do poder discricionário dado ao juiz, para que o mesmo possa deste valer-se quando do momento de efetuar sua função jurisdicional.

O Art. 131 do CPC ao afirmar que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” diz claramente que o Juiz é dotado de liberdade na apreciação não só dos fatos, como

¹⁹ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2014. V.1. p. 55.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª V. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 266

também das provas, podendo emitir o juízo de acordo com seu livre convencimento *motivado*.

Percebam a importância do termo “motivado” no parágrafo anterior. Ainda nas palavras de SAMPAIO, *“claro está que somente essa norma, sem que se estabelecesse qualquer parâmetro, poderia gerar a quase certa prática de arbitrariedade por parte do julgador, situação essa totalmente repelida e repudiada pelo nosso direito”*²¹.

A motivação de seus atos é um dos maiores, senão o principal, método de controle da discricionariedade jurisdicional. Os Magistrados tem o dever de fundamentarem suas decisões e seus juízos de valores emitidos não podendo decidir, por exemplo, com base em situação de fato ou de direito não trazida aos litigantes aos autos do processo (princípio da adstrição).

Sérgio Nojiri assim esclarece com propriedade a questão, no que tange ao dever de fundamentação das decisões judiciais:

“O dever de fundamentar as decisões, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação desta decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada”²².

O mesmo autor assim complementa seu raciocínio:

“O juiz ao julgar uma determinada lide, parte de dois pressupostos: a norma jurídica e o fato jurídico. A correlação

²¹ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 62.

²² NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 68

dos dois elementos lhe dá as condições necessárias para chegar a uma decisão judicial. Qualquer que seja o resultado desta atividade jurisdicional, ela não poderá deixar de estar fundamentada, sob pena de se ferir uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito.”

Portanto, de acordo com a mais atual e moderna doutrina, o magistrado possui a capacidade de decidir com seu livre convencimento, caso contrário a fundação do próprio Estado Democrático de Direito estaria corrompida. Por sua vez, o excesso na aplicação deste princípio corrói nossa Democracia de igual ou pior sorte, haja vista que não se pode negar que o Magistrado tenha o dever de fundamentar suas decisões e que tal requisito seja de fundamental importância dentro do ato jurisdicional (passível, inclusive, de ação de natureza anulatória) que passa a ser inerente ao próprio ato decisório. Sua ausência, portanto, tornaria o ato decisório nulo ou, na melhor das hipóteses e de acordo com a doutrina a ser adotada, anulável.

1.3.5. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Finalizando a análise dos princípios que neste trabalho se buscou destacar como fundamentais para a compreensão do Poder Geral de Cautela, nada mais adequado do que se abordar o tão consagrado e atualmente em pauta *princípio da efetividade*, intrinsecamente relacionado com as medidas acautelatórias que podem ser adotadas pelo Magistrado ao longo do processo.

A tão famosa “Reforma do Poder Judiciário”, trazida com a Emenda Constitucional nº. 45/2004 introduziu no Artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, estabelecendo que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

Todavia, deve-se observar que tal disposição já vinha prevista no Artigo 8º. Inciso I, do consagrado Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil já previamente se encontrava na qualidade de signatário, afirmando que *“toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal*

competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”²³.

Efetividade e duração razoável do processo são corolários intrinsecamente ligados e, mesmo em perfunctória análise, trazer a ideia de tempo: Não basta que o acesso à justiça seja amplo. Para que o cidadão verdadeiramente possa se valer da tutela jurisdicional, a mesma deve ser prestada de modo célere e em tempo hábil a garantir a tutela almejada, mesmo que caráter cautelar, sob pena de nos depararmos com a predição tardia e, sem efeito (por isso, efetividade) de um direito.

Assim, nas palavras de Cláudio Cintra Zarif:

“Não basta o acesso à justiça, com os meios e recursos a ela inerentes, se não se puder também garantir que o resultado desses processos irá realmente dar ao titular do direito tudo aquilo que obteria se não tivesse precisado se socorrer do Judiciário”²⁴.

Esta concepção da aplicabilidade deste hoje tido como direito fundamental acabou por se desdobrar na ampliação do conceito do *princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional*. Não é mais suficiente, portando e como já colocado acima, a concepção deste princípio como o simples direito se se bater às portas do Poder Judiciário. Assim, nas palavras de Kazuo Watanabe, “o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção deste ideal na mente e*

²³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf.

²⁴ ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. Artigo publicado no livro *Processo e constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*

no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução”²⁵.

As Tutelas de Urgência, prevista do Código de Processo Civil, portanto, propiciam eficaz arma em prol da celeridade processual, tal como se buscará mostrar no desenrolar deste trabalho, sendo de grande valor para se assegurar a duração razoável do processo e, como visto acima, do próprio princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Ora, se em época pretérita o tempo era questão irrelevante para o processo, é certo que atualmente tal entendimento se encontra defasado, não havendo qualquer dúvida na maior tendência no que tange ao desapago a formalismos exacerbados, em prol da então vigente concepção de segurança jurídica.

Vimos, portanto, a importância da correta aplicação do Poder Geral de Cautela como instrumento a consagrar inúmeros princípios processuais e constitucionais, inclusive os mais atualmente debatidos e norteadores, inclusive, do projeto do Novo Código de Processo Civil.

²⁵ WANATABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer* – arts 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 20.

CAPÍTULO III - O PROCESSO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Iniciaremos essa importante parte do trabalho citando, novamente, SAMPAIO, ao desenhar que a *“classificação clássica do processo é aquela que toma por parâmetro o tipo de atividade exercida pelo Estado, em resposta à pretensão veiculada pela parte interessada À obtenção da prestação jurisdicional. Essa forma de classificação advém de idêntica divisão feita pela doutrina, relativamente a classificação da ação. Isso porque é através da ação que a parte interessada pede o provimento jurisdicional. Como o processo é o veículo através do qual se desenvolve a pretensão e o provimento jurisdicional, nada obsta à classificação idêntica para os institutos da ação e do processo”*²⁶.

Vê-se, portanto, que em nosso sistema processual existe uma vasta gama de diferentes provimentos jurisdicionais, que deverão ser moldados de acordo com a pretensão daquele se busca o Poder Judiciário. Nesse diapasão, existe uma direta relação entre o pedido e o provimento a ser proferido. Tendo em vista que o instrumento através do qual a jurisdição se manifesta é o processo, igualmente este toma nomes ou, como se diz, classificações, distintas, haja vista a diferenciação da natureza dos provimentos jurisdicionais existentes que, de acordo com a clássica tripartição, podem ser: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar²⁷.

Para os fins do estudo que aqui se propõe, entende-se esta tríplice classificação como suficiente haja vista que o objetivo primordial não é se adentrar à análise profunda acerca da Teoria da Ação e das diversas classificações existentes, mas sim tão somente salientar a existência e especificidade de cada tipo de procedimento e posicionar, seja por um critério temporal, seja por um critério técnico processual, a devida acepção das tutelas de urgência e, por derradeiro, o Poder Geral de Cautela. Portanto, apenas para fins elucidativos, valem serem lembradas as palavras de Fredie Didier Jr. sobre o tema:

²⁶ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 68.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 309.

“Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções”²⁸.

Portanto, considerar-se-á os já mencionados processos de conhecimento, execução e cautelar, como se mostrará na sequência.

1.1. PROCESSO DE CONHECIMENTO

O Processo de Conhecimento, também chamado de declaratório em sentido amplo²⁹ certamente é aquele que permite maior grau de cognição, ampliação e debate da lide, com maior dilação probatória e maior oportunidade para as partes efetuarem o diálogo processual e, igualmente, para que o magistrado possa aprofundar sua convicção acerca da futura tutela jurisdicional a ser declarada.

É, nas palavras de Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, a atividade pela qual “se desenvolve toda a atividade jurisdicional, onde os interessados provocam o Poder Judiciário, veiculando pretensão e oposição à pretensão; apresentam provas de suas alegações; e, por fim, o juiz aplicando a norma positiva, decide quem tem o direito, proferindo decisão declaratória, constitutiva ou condenatória”³⁰.

O objetivo desse processo é a obtenção de declaração judicial consubstanciada por uma sentença de mérito. “Essa sentença, coroando o processo de conhecimento,

²⁸ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2014. V.1. p. 241.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 310.

³⁰ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 69.

*formula positiva ou negativamente a pretensão do autor; pela improcedência, quando a rejeitar”*³¹.

1.2. PROCESSO DE EXECUÇÃO

É pelo processo de execução que o nosso sistema processual objetiva meios a garantir a satisfação do direito requerido. Ocorre, assim, a transposição da realidade jurídica apurada no processo de conhecimento ou por intermédio da presunção atribuída aos títulos executivos extrajudiciais, para a realidade factível tornando-se, portanto, tangível.

Para que se possa dar início a um processo, ou uma fase de execução, é necessário a existência, portanto, do não cumprimento de um dever comprovadamente assumido, motivo pelo qual tem-se que a tutela executiva é destinada para a satisfação ou realização daquilo que tem-se certo e definido em um título judicial ou extrajudicial eliminando, portanto, o que Marcelo Abelha³² coloca como *“crise de cooperação ou adimplemento ou descumprimento”*.

Ora, tem-se instaurada essa modalidade de crise processual justamente em razão da falta do cumprimento de uma assumida obrigação pelo credor. Em razão deste inadimplemento, o Estado retira do particular a possibilidade de executar “justiça com as próprias mãos”, assumindo assim a posição de verdadeiro substituto do devedor, visando satisfazer a prestação a que tem direito o credor. A expressão “execução forçada”, adotada pelo atual Código de Processo Civil em seu Artigo 566 tem justamente este significado e se contrapõe à execução voluntária, mesmo que em juízo.

Para a execução de títulos executivos extrajudiciais, ainda se adota o princípio da autonomia processual, onde o processo de execução difere do processo de conhecimento e é dotado de rito e peculiaridades próprias. Contudo, é certo que o atual Código de Processo Civil passou por diversas reformas visando o chamado *sincretismo processual*. A primeira relevante reforma, advinda da Lei nº. 8.952/94

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p. 310.

³² ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008. p. 13.

trouxe a previsão da antecipação da tutela jurisdicional e a consequente execução provisória desta mesma tutela antecipada, sem a necessidade de instauração de um processo de execução autônomo. A segunda reforma sincrética, advinda da Lei nº. 10.444/02, trouxe procedimentos específicos para que, tal como nas obrigações de fazer e não fazer, as obrigações de dar coisa diferente de dinheiro fossem dotadas do mesmo tipo de efetividade. Por fim, a Lei nº. 11.232/05 concebeu o processo como uma unidade e, portanto, sincrético no que tange às atividades cognitivas (processo de conhecimento) e executivas (processo de execução), passando ambas a serem vislumbradas como “fases” do mesmo processo, dispensando, por conseguinte, a necessidade de citação para que fosse necessária a instauração do processo de execução, autonomamente concebido, para que a sentença fosse executada.

1.3. PROCESSO CAUTELAR

O Processo ou a Tutela cautelar se mostram como formas assecuratórias de determinado Direito. Por meio do Processo Cautelar, busca-se de certa forma uma solução mais célere em face na intrínseca morosidade na prestação da tutela jurisdicional pelas vias ordinárias que, não raramente, podem tornar ineficaz e, porque não, inútil, o tão almejado resultado final do processo.

A Doutrina, de forma geral, não destoa do real sentido do processo cautelar, sendo visto como o meio para “*assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional*”.³³ Esta conceituação se mostra extremamente acertada com o já colocado acima, haja vista que sem a existência de uma tutela acautelatória, as prestações jurisdicionais requeridas nos processos de conhecimento e execução poderiam não passar de letra morta, faltando-lhes qualquer tipo de efetividade.

Cassio Scarpinella Bueno traz interessante (e moderno) ponto de vista acerca do Processo Cautelar:

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1976. p. 46.

“Trata-se, na perspectiva tradicional, do processo em que se formula pedido de tutela jurisdicional *provisória* que assume confessado caráter *instrumental*, isto é, voltada a *garantir* (apenas isto) a oportuna fruição de um direito que ainda será reconhecido ou satisfeito por *outra* atuação jurisdicional (outro processo de conhecimento ou de execução). Tais características, quando fundadas na necessidade de uma pronta resposta jurisdicional à luz da noção de *ameaça*, constitucionalmente prevista para a atuação do Estado-juiz – *urgência*, portanto – é que significam o que, em geral, é chamado de “cautelar” e suas variantes tão diversas quanto utilizadas de forma acrítica (processo, ação, medida, sentença) e que (...) serão aqui substituídas por “tutela”. ” ³⁴

Pelas concepções acima tratadas resta clara, desde logo, a característica da instrumentalidade do processo cautelar, tendo em vista que o mesmo seria um “instrumento a outros instrumentos existentes para a realização de um direito”³⁵. Isso significa que a tutela cautelar serve principalmente para *preservar* que outros direitos tenham seus efeitos produzidos, em processos distintos.

Podemos, portanto, ter a tutela cautelar como uma espécie de equipamento de segurança, só que do mais alto valor e utilidade. Imaginemos, como exemplo, construtores civis que realizam suas atividades no alto de grandes prédios em construção. Não restam dúvidas que o empreendimento poderia ser concluído sem a existência de qualquer equipamento de segurança para estes funcionários mas, caso algo de errado aconteça, é imprescindível que os mesmos estejam trajados com todos os equipamentos de segurança adequados. Mesmo raciocínio se aplica ao processo. Não restam dúvidas que o resultado útil e prático poderia ser alcançado sem a existência de uma tutela cautelar, mas, adentrar-se em disputas judiciais sem esta poderosa “ferramenta” poderia colocar em risco a obtenção da tão almejada tutela jurisdicional.

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 176.

³⁵ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 75.

1.3.1. DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA

Tem-se certo que a predominante doutrina nacional coloca como condições da ação cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Conforme explica Luis Rodrigues Wambier ³⁶, a expressão *fumus boni iuris* significa aparência do bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Por sua vez, Miriam Petri Lima Giusti ³⁷ conceitua o mesmo como sendo a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança. Significa a possibilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Por sua vez, Miriam Petri Lima Giusti ³⁸ afirma que o *periculum in mora* se trata de dano potencial, do risco existente do direito pleiteado deixar de ser útil o interesse demonstrado pela parte. Wambier ³⁹ afirmar tratar-se da circunstância de que ou a medida ou é concedida quando se pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará sua concessão, pois o risco da demora é também o risco da ineficácia.

Todavia, mais interessante do que simplesmente conceituar os dois institutos é o debate que existe na doutrina no que tange à classificação processual que se daria aos mesmos. Seria estes uma nova categoria de condição da ação, ou seriam elementos mais voltados ao mérito propriamente dito do que com o juízo de admissibilidade da ação?

Neste trabalho, com toda devida vênia ao entendimento contrário (predominante, inclusive), discorda da doutrina majoritária no sentido de que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* seriam, na estrita concepção do termo, condições da ação cautelar.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, “A “ação” não aceita quaisquer classificações ou distinções. Ela é invariável porque consiste no direito subjetivo público de provocar o Estado-juiz, rompendo sua inércia característica, para que ele presta tutela jurisdicional e também no agir ao longo do processo para aquele mesmo mister. O que poderia ser compreendido como sendo de “conhecimento”, “execução” ou “cautelar” é a tutela jurisdicional, não, entretanto, a ação”. ⁴⁰

³⁶ WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais. 9ª edição. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

³⁷ GIUSTI, Miriam Petri Lima. Direito Processual Civil. São Paulo: Rideel, 2003

³⁸ GIUSTI, Miriam Petri Lima. Op. Cit.

³⁹ WAMBIER. Luiz Rodrigues. Op. Cit.

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 179.

A ação e suas condições possuem conceituação clara, genérica e aplicável a todos os pleitos judiciais, de modo indistinto. O interesse de agir da ação cautelar ainda se resume à demonstração da necessidade se obter a tutela jurisdicional e que a mesma se mostre útil. A legitimidade das partes, de igual sorte, em nada resta alterada na ação cautelar, continuando a ser a hipotética constatação de que autor e réu são efetivamente os integrantes da situação litigiosa. Não diferente, a possibilidade jurídica do pedido permanece sendo a admissibilidade da causa de pedir pelo nosso ordenamento jurídico.

“É importante frisar que as condições da ação, inclusive no contexto aqui discutido, são preenchidas a partir da constatação *in status assertionis* feita pelo autor em sua petição inicial. Qualquer outra perquirição a respeito da efetiva ocorrência da situação de plano material meramente refletida nas condições da ação é questão que extrapola sua função processual. Analisada a partir dessa perspectiva, de aprofundamento da cognição – mesmo que ela não seja exauriente -, a questão não deve mais ser tratada como “condição da ação”, mas como “mérito” ⁴¹

Corretas, neste mesmo sentido, as colocações de Marcelo Lima Guerra ⁴², ao dizer que “... ao menos que se rompa com o sistema vigente e a concepção nele consagrada quanto à ação e às referidas condições da ação, não é possível considerar que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* sejam ‘condições da ação cautelar’, e nem mesmo ‘condições específicas’ dessa classe de ações. Considera-se, portanto, demonstrada a solução adotada para a questão delineada no início do presente trabalho relativa à distinção entre condições da ação e mérito do processo cautelar, no sentido de que nessa espécie de processo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* integram o plano do mérito”.

De qualquer forma, as colocações acima traçadas são trazidas de forma simplesmente elucidativa, visando incentivar a discussão existente sobre o tema. O que se busca destacar, para o objeto do presente trabalho, todavia, é justamente para os elementos

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 180.

⁴² GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 76.

fundamentais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que certamente estarão presentes quando da utilização pelo Magistrado do seu Poder Geral de Cautela. Com base nessas premissas e adotando-se o modelo constitucional do processo civil, não existe a necessidade de maior verticalização da cognição do magistrado, sendo suficiente a denominada “cognição sumária”. A Cautela a ser deferida, portanto, não comporta apreciação exaustiva das alegações traçadas pelo autor em sua exordial, servindo como outra poderosa ferramenta de efetividade e celeridade da prestação da tutela jurisdicional.

1.3.2. CARACTERÍSTICAS

Importante trabalho é a descrição, mesmo que de forma breve, das características inerentes ao processo (ou à tutela) cautelar. A primeira característica é a sua *preventividade*. A preventividade, que se relaciona diretamente com o já mencionado Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, visa evitar que o dano iminente venha a acontecer. Com isso, existe uma verdadeira imunização do direito ameaçado, tal como uma vacina evita o acometimento de doenças.

Por este motivo, tão importante a anterior conceituação do *periculum in mora*, haja vista a intrínseca ligação entre a preventividade e a iminência do dano. Não obstante não ser objeto deste trabalho, mesma característica se atribui à tutela antecipada, pautada no Artigo 273, I, do CPC, tendo em vista que a sua concessão visa a antecipação de um direito que se conseguiria tão somente com a sentença, adiantando o magistrado os seus efeitos (por isso, sua natureza igualmente preventiva).

Importante característica é, de igual sorte, a sua provisoriedade. Em suma, tem-se que a tutela cautelar é provisória pois a proteção obtida, a este título, extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se buscou proteger, aplicando-se, portanto, as claras redações dos Artigos 807, *caput*, e 808, inciso III.

Marcelo Lima Guerra⁴³ faz pertinente observação sobre o tema:

“... a provisoriedade da tutela cautelar se manifesta na peculiaridade desta forma de tutela, de estar fundada, em razão

⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. Op. Cit. p. 22.

da sua função específica (acessoriedade), a cessar os seus efeitos tão logo o resultado útil do processo, a garantia do qual a tutela foi prestada, seja produzido”.

Vejamos, contudo, que não se deve entender como a provisoriedade sendo estritamente ligada aos *processos* de conhecimento ou de execução, mas sim na tutela do próprio direito material almejado. *“A tutela cautelar, destarte, deve ser compreendida não em função do processo principal, em si mesmo considerado, mas, diferentemente, tendo presente a satisfação do direito a ser nele obtida”* ⁴⁴.

Seguindo o estudo deste ponto, temos já abordada cognição sumária do processo cautelar. Por este ponto se entende como a característica inerente ao procedimento de evitar a cognição exauriente, pautando-se na cognição rasa, superficial, sumária, para que a cautela preventiva seja protegida. Vejamos, contudo, como bem pontua Cassio Scarpinella Bueno, que “.. a cognição sumária, embora característica do processo cautelar (...) não é exclusiva dele. Em variadas situações, o sistema processual civil pode, principalmente quando preocupado em realizar o seu “modelo constitucional”, autorizar (...) que o magistrado decida e satisfaça direitos em diferentes níveis de profundidade e de extensão da cognição jurisdicional...”⁴⁵

“A sumariedade marca o processo cautelar devido ao rito estabelecido para seu desenvolvimento, que por disposição legal é bastante restrito e simplificado Caracteriza, também, o processo cautelar devida à própria atividade cognitiva que nele se desenvolve, onde o juiz conhece do pedido e sobre ele decide de forma bastante sumária, sem o esgotamento dos diversos meios colocados pelo sistema jurídico para o desenvolver da atividade jurisdicional”⁴⁶

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 184.

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 186.

⁴⁶ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 76.

A cognição sumária, obviamente que em conjunto com os outros elementos, é peça chave não só do Processo Cautelar mas, principalmente do ponto focal que aqui se busca estudar, qual seja, o Poder Geral de Cautela. Não restam dúvidas que o Poder Geral acautelatório do Magistrado, para situações de emergência e que demonstrem a plausibilidade do Direito invocado, somente poderia ser viabilizado com a expressa previsão de medidas protetivas e preparativas para serem aplicados, justamente, de forma sumária.

A instrumentalidade também é outra característica marcante do Processo Cautelar. Sua essência desde logo já pode ser percebida pela leitura dos Artigos 801, inciso III ao destacar a existência de uma inicial para o procedimento cautelar preparatório bem como a necessidade de que seja apontada a “lide e seu fundamento”; tal como no Artigo 806 ao ditar a necessidade de se ingressar com um procedimento principal ao processo cautelar, no prazo máximo de 30 dias contados do cumprimento da medida cautelar, artigos todos estes do Código de Processo Civil. A breve leitura destes artigos, portanto, traz a ideia de suporte, de meio, de instrumento, de ferramenta do processo cautelar.

Calamandrei, citado por Cassio Scarpinella Bueno, afirma que a instrumentalidade é tida como *"a nota verdadeiramente típica dos provimentos cautelares (...) os quais não são fins em si mesmos, mas claramente preordenados à produção de provimentos ulteriores definitivos dos quais os cautelares asseguram preventivamente a fruição prática. Os provimentos cautelares nascem, por assim dizer, ao serviço de um provimento definitivo, com o intuito de preparar o terreno e os meios mais adequados para o seu sucesso"*⁴⁷.

Podemos afirmar, portanto, que a tutela cautelar é o “instrumento do instrumento”, ou seja, ela não possui fundamento em si mesmo, sendo portanto uma tutela *mediata*, servindo para garantir a eficácia de outros direitos (como, por exemplo, aqueles objeto de processos de conhecimento e processos de execução).

Visando tão somente o enriquecimento do presente trabalho, importante destacar que parte da doutrina faz objeção à chamada “instrumentalidade ao quadrado” de

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. 2ªed. Campinas: Bookseller. 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira in BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 186.

Calamandrei. Segundo este doutrinador, o processo cautelar teria a finalidade não de proteger imediatamente o direito material, mas sim do próprio processo. A crítica reside justamente neste ponto pois não seria finalidade do processo cautelar a tutela de outro processo mas sim de um outro direito material. Certamente o ponto é de interessante debate mas foge ao escopo do presente trabalho, motivo pelo qual fica aqui destacado o impasse doutrinário sobre o tema.⁴⁸

A revogabilidade, também podendo ser chamada de modificabilidade (a depender da situação processual e material no caso concreto) é outra característica vital, até mesmo para a correta adequação Constitucional, da tutela cautelar. Excelente exemplo para esta demonstrar essa característica é quando da concessão da tutela antecipada. Vislumbrando o magistrado uma situação de verossimilhança e de perigo iminente, possui ele o poder-dever de, com fulcro no Art. 273 do CPC, antecipar total ou parcialmente o provimento jurisdicional pretendido, inclusive antes do ingresso do réu na lide. Com o desenrolar do processo, com o comparecimento das partes ao feito e com a ampliação da cognição sobre o mesmo, não restam dúvidas que o cenário poderá mudar e, com isso, a situação da tutela antecipada outrora concedida. Isso significa que a tutela antecipada (que possui natureza cautelar) poderá ser tanto revogada quanto modificada como, por exemplo, tendo seu escopo diminuído ou aumentado, a depender do caso concreto.

Portanto, por conta da sumariedade do processo e da superficial cognição, amplamente justificável que a tutela cautelar, seja ela qual for, poderá ser a qualquer tempo adaptada para melhor proteger o direito tutelado, mesmo que isso importe, como dito, em sua revogação ou adaptação.

Encerrando o estudo das características do Processo Cautelar, temos a fungibilidade. Classicamente colocado pela doutrina, a fungibilidade ou, em análise mais profunda e não aplicável tão somente ao processo cautelar, “fungibilidade das formas” se traduz basicamente na possibilidade do magistrado substituir de ofício ou mediante requerimento das partes a medida cautelar deferida desde que devidamente garantido o juízo. A fungibilidade deixa transparecer importante elemento do estudo do presente trabalho: Ela propicia a atuação de ofício pelo magistrado, flexibilizando assim o princípio da adstrição que, de forma sumária, é a estrita vinculação da requisição das partes à futura providência jurisdicional a ser tutelada como, por exemplo, conceitua o

⁴⁸ Exemplificando, pode-se citar Marcus Vinicius de Abreu Sampaio e Cassio Scarpinella Bueno como críticos à classificação clássica.

Art. 460 do Código de Processo Civil, ao tratar mais especificamente da sentença, ao dizer que *“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”*.

Os elementos aqui debatidos e, perfunctoriamente analisados, serão de grande valia para a futura compreensão do objeto do presente trabalho.

CAPÍTULO IV - DOS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO E SUA VINCULAÇÃO COM O PODER GERAL DE CAUTELA

1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Não restam dúvidas da importância do juiz para a correta condução do processo. Tal como tem sua respectiva importância o advogado, o juiz atua como representante do Estado no feito, sendo o ente incumbido com poderes destinados a prestarem a tutela jurisdicional requerida pelas partes.

Dentre as inúmeras formas de condução do feito, possui o juiz o Poder Geral de Cautela para justamente poder exercer da forma mais plena, célere, justa e efetiva a importante função estatal e social que ocupa. O estudo das funções do juiz no processo e seus respectivos poderes e limites são importante premissa para a construção do raciocínio acerca do ponto central do presente trabalho.

Inicialmente, vale destacar que a doutrina clássica divide os poderes do juiz em duas principais vertentes: O Poder Jurisdicional e o Poder de Polícia. Assim, *“entre os primeiros poderes – jurisdicionais – poderíamos enquadrar todos aqueles atos praticados pelo juiz, desde o início do processo, até a sentença final, aí compreendidos os atos destinados à instrução probatória; os destinados à conservação da marcha e desenvolvimento processual e, por último, aqueles que se destinam às decisões propriamente ditas”*⁴⁹.

Como exemplos do Poder de Polícia, nada mais claro do que os Artigos 445 e 446 do Código de Processo Civil, ao iniciar sobre as tratativas das audiências cíveis, conferindo ao Magistrado poderes como requisição de força policial, ordenar a saída de pessoas da sala de audiência, com o intuito de se manter a ordem, bem como poderes de polícia com uma conotação mais positiva, como é o caso do inciso III do mencionado Art. 446, ao mencionar pode o magistrado *“exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.”*

Não restam dúvidas, todavia, da necessidade de se considerar uma espécie de novo poder, qual seja, o Poder Discricionário. Esta classificação, apesar de possuir inúmeros adeptos, também possui grande rejeição na doutrina, sob o principal

⁴⁹ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 91.

fundamento de que o Art. XXXV da Constituição Federal confere ao Magistrado os mecanismos necessários para exercer o poder geral de cautela, não havendo que se falar em discricionariedade.

Destacada a controvérsia, interessante nos atentarmos novamente às palavras de Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, ao explicar que *“ao afirmarmos que além dos poderes de polícia e jurisdicional atribuídos ao juiz, tem ele também poder discricionário, não estamos tentando criar uma terceira espécie de poder ao juiz. Apenas estamos tentando demonstrar que no âmbito do poder jurisdicional e de suas subespécies, existe uma outra subespécie, que se agrega às demais, a qual vem representada pelo poder discricionário”*⁵⁰.

De toda sorte, não é equivocado partirmos da premissa de que, pelo menos superficialmente, os Poderes Jurisdicional e os Poderes de Polícia são o ponto de partida deste capítulo. Em linhas pequenas, podemos colocar o Poder Jurisdicional como sendo todos os atos processuais do magistrado, desde a formação do processo até a apreciação do mérito, por meio de sentença. São atos inerentes à atividade jurisdicional, qual seja, de *dizer o direito* e, para que possa dizer o direito, o Magistrado pratica inúmeros atos ao longo do feito para que, com isso, sua cognição possa estar plenamente formada. Os Poderes de Polícia fogem da atividade jurisdicional pois, nessa situação, o juiz age na condição de autoridade pública incumbida Constitucionalmente de poderes ordenatórios, tal como nos mencionados Artigos 445 e 446 do Código de Processo Civil.

Interessante ao presente estudo é maior dilação sobre o aludido Poder Jurisdicional, como se verificará na sequência.

1.2. PODER JURISDICIONAL E PODER DISCRICIONÁRIO

Não restam dúvidas que o Poder Jurisdicional decorre, logicamente, da jurisdição do Estado. Por jurisdição, *“podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. (...) o Estado desempenha esta função sempre mediante o processo, seja expressando*

⁵⁰ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 92.

imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”⁵¹.

Ada Pellegrini Grinover continua, ao solidificar o entendimento no sentido de que “... a *jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete*”⁵².

Atos necessários para a solução de conflitos, efetivando a jurisdição. Essa é uma curta mas precisa conceituação do Poder Jurisdicional do juiz. Tal como a maioria dos poderes, devemos tê-lo como verdadeiro *dever*.

Passadas estas premissas, podemos também situar os Poderes Jurisdicionais de acordo com o momento em que são praticados no bojo do processo. Apenas a título exemplificativo, temos os poderes ordinatórios, que tendem a manter a boa marcha processual e os poderes decisórios, justamente tendo como primordial função dirimir controvérsias.

O Poder Jurisdicional pode ter suas premissas positivadas extraídas dos artigos 126 a 131 do CPC⁵³. Com a devida ressalva ao artigo 131, temos que o juiz deve seguir estritamente suas disposições, traçados rigidamente para lapidar o *modus operandi* do Magistrado. Como destacado anteriormente, a exceção se resguarda no Artigo 131 do CPC pois ela nitidamente traz uma certa liberdade de atuação ao Magistrado dispositivo este que deixa transparecer o próprio princípio outrora estudado do Livre Convencimento.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 142;

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 142.

⁵³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

“No caso do Art. 131, entretanto, o juiz também está diante de uma situação concreta, porém sua liberdade na apreciação desse mesmo caso concreto não encontra limites específicos impostos pela norma escrita. Esses limites, nunca é demais repetir, não são específicos, mas apenas genéricos. E mais, tais limites se colocam à frente do juiz, tão somente após já ter ele exercitado seu livre poder de escolha e definição da situação concreta existente no processo”⁵⁴.

Não restam dúvidas, portanto, que o art. 131 do CPC transborda o Poder Jurisdicional, trazendo consigo o que parte da doutrina rejeita, qual seja, o Poder Discricionário. Essa discricionariedade se faz mais presentes nas medidas cautelares e talvez atinja seu ápice no exercício do Poder Geral de Cautela, motivo pelo qual importante a sua introdução neste momento.

Sabe-se que o Poder Discricionário tem origem na atividade da Administração Pública, sendo o poder de não praticar todos os atos que não encontrem vedação ou proibição expressa em Lei. O Poder Discricionário, no seio da Administração Pública, é o Poder que o Direito próprio concede à Administração, seja modo explícito seja de modo implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência e oportunidade. Tal como o Poder Geral de Cautela, como se verá posteriormente, é importante lembrar que discricionariedade é completamente diferente de arbítrio, que seria ilegítimo e inválido. Ato discricionário está dentro dos limites da lei, conferindo liberdade de ação à Administração Pública e, *mutatis mutandis*, ao Magistrado.

Não restam dúvidas que o Magistrado, ao exercer o Poder Geral de Cautela, o exerce como forma de Poder Jurisdicional, na medida em que ocorre a aplicação de uma norma abstrata ao caso concreto visando, em última instância, a solução do conflito. Todavia, veremos que a norma que confere ao juiz o Poder Geral de Cautela é norma em branco, sem fixação de limites ou parâmetros, salvo algumas hipóteses, onde se permite que o magistrado proceda não apenas com a interpretação da norma, mas que também faça a melhor adaptação, de acordo com sua conveniência e oportunidade, ao caso concreto.

⁵⁴ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 97.

Melhor que o mencionado Artigo 131, é a redação do Artigo 798, a ser em momento futuro novamente abordado, ao transparecer que o juiz determinará *“as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”*.

Com o devido respeito à Doutrina adversa, não restam dúvidas que a discricionariedade encontra respaldo no mencionado Artigo. Assim afirma Galeno Lacerda:

“No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar “as medidas provisórias que julgar adequadas” para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do imperium, decretava os interdicta”⁵⁵.

Ovídio Baptista da Silva também coaduna com esta opinião, sugerindo, com elevado acerto, uma dose de cautela ao se trabalhar com a discricionariedade jurisdicional:

“Deve, contudo, o ato discricionário manter-se fiel à finalidade prevista em lei. Se o agente, sob pretexto de valer-se de seu poder discricionário, pratica algum ato aberrante dos propósitos visados pelo legislador, de tal modo que os próprios fins pretendidos pelo preceito legal se frustrem, então o ato será ilegítimo e portador de abuso de poder”⁵⁶.

⁵⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980. p. 135.

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985. p. 117

Temos, portanto, que pode é perfeitamente plausível a existência do Poder Jurisdicional atrelado ao Poder Discricionário, visando justamente fornecer ao Magistrado novos meios de manter o equilíbrio social e jurídico da sociedade, servindo igualmente à preservação da eficácia dos próprios processos jurisdicionais como um todo não deixando, por obvio, de tutelar direitos subjetivos ameaçados.

Destaca-se, entretanto, que sua essência é eminentemente de natureza pública, pois, muito mais do que servir aos interesses em conflito das partes, o poder geral de cautela serve ao próprio Estado, eis que é através desse mecanismo, dentre outros, tais quais o mandado de segurança, a ação civil pública, que este consegue evitar que situações irremediáveis ocorram no âmbito dos direitos substanciais das partes.

Temos, assim, que existência do Poder Geral de Cautela se explica em grande parte na própria necessidade que tem o Estado-juiz de desenvolver meios para preservar a eficácia de sua própria atividade jurisdicional. Caso não houvesse a previsão tanto do Poder Discricionário tanto como do Poder Geral de Cautela, não restam dúvidas que várias situações jurídicas seriam intangíveis e ineficazes para as partes, fato este que afetaria diretamente a ordem jurídica e social como um todo.

Importante nos atentarmos de que a atividade discricionária do Juiz não pode ser tida como regra, mas sim como exceção apta a preencher lacunas normativas, como é o caso do Poder Geral de Cautela, instituto “em branco”, visando conferir ao magistrado certa liberdade para, que de forma motivada e no melhor interessa das partes e da sociedade, possa conferir uma tutela justa e eficaz. Ademais e como já afirmado, discricionariedade não é e jamais pode ser sinônimo de arbitrariedade. Seu objetivo é para o bem e para preservar direitos e garantias muitas vezes constitucionais:

“Os limites legais, vale lembrar, devem ser respeitados, mas não se pode retirar do juiz a capacidade e poder de exercer um juízo valorativo, de oportunidade e de conveniência – obviamente sem atingir as raias do arbítrio – portanto poder discricionário, quando este estiver diante de uma norma que não lhe fixa expressamente seus limites. Entender de forma diversa, a nosso ver, significaria negar natureza de toda essa estrutura que envolve o poder jurisdicional – direito de ação,

processo e função do organismo judiciário – com o que não podemos concordar”⁵⁷.

Importante nos atentarmos de que a atividade discricionária do Juiz não pode ser tida como regra, mas sim como exceção apta a preencher lacunas normativas, como é o caso do Poder Geral de Cautela, instituto “em branco”, visando conferir ao magistrado certa liberdade para, que de forma motivada e no melhor interessa das partes e da sociedade, possa conferir uma tutela justa e eficaz. Ademais e como já afirmado, discricionariedade não é e jamais pode ser sinônimo de arbitrariedade. Seu objetivo é para o bem e para preservar direitos e garantias muitas vezes constitucionais:

“Assim, em conclusão, entendemos que ao juiz é dado, sim, o poder discricionário, toda vez que estiver ele diante de uma norma abstrata e genérica que não lhe fixe parâmetros objetivos a seguir. E essa assertiva não se choca e nem tampouco se confunde com o dizer que ao juiz é dado o poder-dever de interpretar a norma, toda vez que for aplica-la num caso concreto. Em outras palavras, o juiz sempre interpreta a norma positiva, para aplica-la ao caso concreto, porém, em determinadas situações, age ele com poder discricionário, a fim de, exercendo juízo de valor, conveniência e oportunidade, delimitar seus parâmetros naquele caso específico que lhe é apresentado”⁵⁸.

As premissas até agora tecidas no presente trabalho são fundamentais para a correta compreensão do Poder Geral de Cautela, como se verificará no próximo capítulo.

⁵⁷ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 114.

⁵⁸ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 114.

CAPÍTULO IV - PODER GERAL DE CAUTELA

1.1. NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

O Código de Processo Civil de 1973 foi um verdadeiro marco na consagração do Poder Geral de Cautela no Direito Brasileiro. Inicialmente, há de se destacar que a Constituição Federal de 1988 confere amplo amparo ao Poder Geral de Cautela, especificamente no seu Art. 5º, inciso XXXV, ao insculpir a idéia da proteção jurisdicional contra ameaça a direitos, de forma bastante genérica. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, *“ao regular o poder geral de cautela, a lei, segundo a experiência de vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-se e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas atribui-se a denominação de medidas cautelares “típicas” ou “nominadas” (...). Mas a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de qualquer uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave ou difícil reparação”*⁵⁹

O atual Código de Processo Civil traz assim, em seus artigos 798 e 799 as premissas basilares do tema aqui sob estudo:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1. p. 555.

“Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”

Vejamos, portanto, que a Lei confere não só à parte, mas também ao Juiz, condições e poderes para a aplicação não apenas das chamadas “medidas cautelares típicas”, que são aquela taxativamente e expressamente previstas em nosso Código de Processo Civil, mas também outros meios para que a situação de perigo seja afastada ou prevenida, mesmo que não expressamente previstas em nossa Lei.

Essas situações excepcionais recebem o nome de Poder Geral de Cautela, sendo, por assim dizer, uma medida cautelar atípica.

Conforme colocado acima, tem-se certo que o Poder Geral de Cautela pode ser visto sob basicamente dois diferentes pontos de vista: O primeiro parte da ótica daquele que exerce este Poder e o segundo daquele que se beneficia deste.

Sob o ponto de vista de quem postula este poder em juízo tem-se que este é um direito subjetivo, abstrato, suplementar, autônomo, público, constitucionalmente fundamentado (especialmente quando trata da possibilidade de defesa a ameaças a direitos).⁶⁰

Especial destaque merece a sua função *suplementar*, em decorrência da função que esse direito ocupa no âmbito da sistematização elaborada no Código de Processo Civil. Assim, temos que a criação legislativa desse poder se deu em razão de uma parametrização do nosso atual sistema processual, justamente diante da impossibilidade de se conseguir inserir todas as situações concretas passíveis da proteção cautelar postulada através do exercício de ação.

Portanto, diante da impossibilidade de fechar as hipóteses legais aptas a serem protegidas pela tutela cautelar, haja vista que tal tentativa acabaria por deixar incontáveis situações de fato e de direito sem a possibilidade de serem acauteladas, o legislador conferiu aos interessados a possibilidade de serem acauteladas por

⁶⁰ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 139.

intermédio de uma verdadeira *norma em branco* mas com finalidade fundamental em nosso sistema legislativo: Suplementar as deficiências das previsões cautelares nominadas, englobando não só as situações concretas nominadas e previstas, mas também todas aquelas outras não especificadas pela autoridade legislativa

Humberto Theodoro Júnior, sobre o tema, destaca que “... *do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apoia-se em “poderes indeterminados”, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, pressupostos e limites, tudo está adredemente previsto e regulamentado pela lei*”⁶¹.

No que tange ao Poder Geral de Cautela sob o prisma daquele que efetivamente o exerce (basicamente, o Juiz de Direito) temos que este se revela como verdadeiro poder-dever incumbido ao Magistrado para que o mesmo possa tutelar as partes que se socorrem do Poder Judiciário da forma mas eficaz e célere possível. Dessa forma, quando o juiz atua com base no poder geral de cautela, não exerce um poder meramente jurisdicional, agindo igualmente com atuação discricionária⁶².

Temos, com isso, ratificação daquilo quanto já defendido no presente trabalho, qual seja, o Poder Geral de Cautela (medidas cautelares atípicas) são exercidos não apenas com natureza jurisdicional, mas também discricionária. Isso se dá pois o Poder Geral de Cautela é uma verdadeira norma em branco com vagas hipóteses de limitação e cabimento, sendo certo que o fato de se aplicar a norma ao caso concreto compreende muito mais do que um processo interpretativo mas, principalmente, de livre convencimento, discernimento e interpretação. A própria redação do Art. 798 do Código de Processo Civil deixa esse entendimento bem claro, ao afirmar que “*poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*”.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1. p. 555.

⁶² Nesse sentido, E. D. Moniz de Aragão, ao afirmar que: “Sob a denominação medidas cautelares “inominadas” (ou “atípicas”) costuma-se referir a atuação discricionária do juiz no desempenho do chamado “poder geral de cautela”, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção de determinados atos, não previstos em lei ou nesta indicados apenas exemplificativamente”, in “Medidas Cautelares Inominadas”, *RBDP* 57/33 .

Reiteramos, novamente, que neste trabalho se abomina a ideia de que discricionariedade significa arbitrariedade. A discricionariedade aqui descrita deve ser entendida apenas sobre a possibilidade do magistrado de escolha, dentro dos limites traçados pela Lei. Esta outorga de poderes decorre de um ato de confiança que tem o Estado para com o Magistrado, e não em uma outorga de poderes ilimitados, fato este que não coadunaria, nem mesmo em remota hipótese, com o vigente Estado Democrático de Direito sob o qual estamos fundados.

“Assim, o Código, em seu art. 798, ao instituir o poder geral de cautela, já o destinou apenas aos casos em que alguma medida provisória for necessária para coibir risco de lesão grave e de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes, antes do julgamento de mérito ou solução do processo principal. Vê-se, pois, que ao mesmo tempo em que o poder discricionário foi criado, recebeu também destinação e condicionamentos que o limitam estritamente dentro da função cautelar e de seus pressupostos tradicionais.”⁶³

Novamente, nos valem das palavras de SAMPAIO:

“Em conclusão, pois, entendemos que o poder geral de cautela visto sob o ângulo de quem o exerce – o juiz – constitui uma forma de poder jurisdicional, com imensa dose de discricionariedade e serviente à manutenção do equilíbrio social e jurídico de toda uma coletividade, o que se dá através do processo; serviente, também, à preservação da eficácia pragmática dos próprios processos jurisdicionais como um todo e, por último, destinado a tutelar direitos subjetivos ameaçados de lesão, com sustentação na existência de um direito substancial de cautela”⁶⁴.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1. p. 556.

⁶⁴ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 143.

Importante destacar, de igual sorte, outra importante natureza advinda deste instituto, qual seja, a sua natureza pública. Nessa esteira de raciocínio, tempos que o Poder Geral de Cautela não se destina apenas a servir às partes que podem aproveitar das tutelas dele advindas, servindo de igual sorte ao próprio Estado eis que, por esta via, encontra meios para evitar a ocorrência de situações irremediáveis, tornando assim completamente ineficaz a própria natureza jurídica da tutela jurisdicional como um todo. O mesmo ocorre em outros remédios tais como o Mandado de Segurança, da Ação Civil Pública, das Ações de Tutela Coletiva, dentre outras. Portanto, não restam dúvidas que sem esse Poder Geral de Cautela, certamente várias situações jurídicas levadas à tutela do Estado não teriam qualquer utilidade e eficácia para com as partes, motivo pelo qual destaca-se, novamente, a enorme importância do estudo do Poder Geral de Cautela, haja vista que sua existência destina-se, em última instância, à preservação de toda ordem jurídica e social sob a qual estamos fundados.

1.2. LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA

Ideia já transparecida anteriormente é a evidente limitação ao exercício do Poder Geral de Cautela. Com clareza solar, restou claro que o Poder Geral de Cautela é muito amplo e não restrito a casos predeterminados, mas nem por isso devemos tê-lo como ilimitado ou, eventualmente, como forma de se expressar um ânimo arbitrário do Magistrado. Todavia, a leitura dos citados Artigos 798 e 799 não trazem e não fazem remissão a qualquer tipo de restrição no exercício deste poder-dever nitidamente dotado de alta carga de interesse público (sendo, portanto, de ordem pública), motivo pelo qual é de fundamental importância o estudo das limitações implícitas e explícitas existentes a tal poder-dever.

Para fins meramente didáticos, iniciando citando mas, com a devida vênia, não concordando com o pensamento de Cassio Scarpinella Bueno ⁶⁵ ao destacar que o poder geral de cautela não pode ser restringido por qualquer lei ou ato infraconstitucional pois, segundo seu raciocínio, tal modelo de tutela encontra-se integralmente pautado por premissas Constitucionais e somente estas poderiam, de igual sorte, limitar se exercício. Por fim, para o elucidado autor, haveria limitação tão somente em casos excepcionalíssimos, como aqueles envolvendo “direito processual público”.

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 220.

A respeitosa discordância se demonstrará com as elucidações a serem tecidas na sequência.

Inicialmente, podemos dizer que existem limitações de ordem subjetiva e também objetivas para o exercício do poder geral de cautela. Do ponto de vista subjetivo, obviamente devemos avaliar os efeitos desta tutela sobre aquele que poderá ser favorecido com a mesma e, eventualmente, seu efeito sobre terceiros.

O Artigo 801 do Código de Processo Civil, por um breve momento, parece sanar a questão para delimitar quais seriam os limites subjetivos desta tutela, parametrizando desde logo o pleito ao quanto solicitado em petição inicial cautelar. Todavia, perfunctória análise já demonstra que esta aparente limitação não é suficiente. Imaginemos, portanto, que a providência cautelar inominada se mostre necessária em um processo de conhecimento, onde os requisitos da petição inicial necessariamente são divergentes do elucidado Art. 801. Não restam dúvidas que, mesmo nessa hipótese, a providência cautelar seria cabível, não estando adstrita, por óbvio, a necessariamente um processo cautelar. Certamente pode servir como parâmetro, mas não como regra analógica de aplicação direta e reta.

A questão ainda permanece, todavia, para terceiros estranhos ao processo. Acreditamos, todavia, que o Art. 472 traz interessante solução para esta problemática, ao ditar que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”*. Esta limitação e adstrição se revelam no fato de que todos os atos jurisdicionais praticados e resolvidos em determinado processo somente pode atingir os elementos subjetivos (titulares da relação jurídica de direito material) que fazem parte daquele processo. É claro que, eventualmente, a concessão desta tutela cautelar poderá ter ingerência sobre terceiros mas não sobre uma situação de direito, mas sim sobre uma situação de fato.

Exemplo muito interessante e elucidativo citado por Marcus Vinicius de Abreu Sampaio seria na hipótese de uma ação de busca e apreensão de menores que, por uma situação meramente de fato e não de direito, se encontra em poder de terceiros, de forma irregular. É certo, portanto, que estes terceiros não tem a posse do menor (o que seria uma situação de direito) mas tão somente a precária detenção, permanecendo a posse efetivamente aos parentes litigantes.

“A possibilidade de ocorrência dessa hipótese ou de outras similares, entretanto, em nada altera o que acima dissemos a respeito da limitação ou alcance subjetivo do exercício do poder geral de cautela, eis que, nesse caso, não há qualquer efeito jurídico incidindo na esfera de direitos pertencentes a terceiros não partícipes da relação processual, em que a providência cautelar fora emitida” ⁶⁶.

No que tange aos requisitos objetivos, de fato é muito difícil a sua verificação e a doutrina diverge amplamente sobre o tema, justamente por conta de que, como já citado, os Artigos 798 e 799 serem verdadeiras normas em branco, ficando à cargo da Doutrina e da Jurisprudência melhor interpretação sobre o tema.

Como alguns exemplos de eventuais limites objetivos ao poder geral de cautela, temos obviamente a admissibilidade da ação; pressupostos processuais, inexistência de decadência ou prescrição, eventual incompetência do juízo e, porque não, a própria necessidade de que se demonstre, claramente e como já estudado, a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elementos estes que, sem sua existência, não justificariam, sobre uma ótica teleológica, a concessão da tutela cautelar.

Como destacado anteriormente, é notório que as possíveis limitações objetivas acima traçadas nada mais são do que algumas tentativas de se justificar, consoante dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais, e existência de elementos aptos a justificarem uma eventual limitação objetiva ao Poder Geral de Cautela. Todavia, como se pode perceber e, apesar dos exemplos acima fazerem total sentido jurídico, não encontram absoluta consonância com a própria descrição do instituto. Temos, assim que, apesar de conseguirmos extrair alguns elementos limitativos objetivos, é certo que nenhum deles, nem mesmo em conjunto, garantem a certeza da limitação do Poder Geral de Cautela. É uma tentativa, portanto, de se retirar ou até mesmo mitigar eventuais arbitrariedades e aplicações conflituosas decorrentes da colisão entre princípios constitucionais que a interpretação não limitativa do instituto poderia trazer.

⁶⁶ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 149.

Outro interessante ponto de análise é que tanto a jurisprudência quanto a doutrina, em uma pormenorizada análise do sistema normativo vigente, coadunam no sentido de que as medidas atípicas, a exemplo do que se passa com as medidas típicas em geral, se sujeita a dois limites fundamentais, quais sejam, o da *necessidade* e o da *provisoriedade*.

Nesse sentido, devemos entender por necessária a providência para que se exerça o poder-dever de evitar ou afastar o perigo de dano a que se acha exposto o titular do direito atacado do julgamento da causa de mérito. Pelos ensinamentos de Calvosa a “*necessidade*” apta a justificar a medida atípica está estritamente vinculada à existência de uma situação que necessariamente possa sofrer modificações ao longo do feito e que tais modificações possam acarretar prejuízo grave. Fora daí, a medida preventiva fica sem habitat adequado de existência. A decisão de mérito, por si só, será capaz de compor a lide, sem necessidade de proteção ou auxílio da tutela cautelar nesse sentido ⁶⁷.

Já no que tange à natureza “provisória”, temos que essa característica é antagônica à natureza “satisfativa” que, por definição, que é própria do processo principal e não do processo cautelar. Lopes da Costa destaca, seguindo esta mesma esteira de raciocínio, que a medida cautelar “*não deve transpor os limites que definem sua natureza provisória*”. ⁶⁸

As determinações judiciais que se proferem no exercício do poder geral de cautela, têm como finalidade apenas e tão somente a conservação do estado de fato e de direito a que se vinculam os interesses que em discussão no processo principal. Entretanto, conforme já explicado, estas medidas não possuem natureza satisfativa mas sim provisória, pois não visa garantir a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional de mérito.

Curioso ponto é colocado por Humberto Theodoro Júnior, ao mencionar que “*as medidas típicas de caráter satisfativo, que tem o exemplo solitário da pensão alimentícia provisória, representam excepcionalidade tão grande que jamais poderiam diminuir a regra geral do caráter não-satisfativo da tutela cautelar. Somente a lei pode*

⁶⁷ CALVOSA, Carlo. *Il Processo Cautelar*. Torino UTET, 1970, p. 768.

⁶⁸ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas*, 2.ed.. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961. p. 21.

*criar medida dessa natureza e nada há que, no processo cautelar, abra semelhante poder ao juiz, na lacuna da lei”.*⁶⁹

Fora esse e outros casos excepcionais que foram expressamente parametrizados pela lei, a existência de uma autorização para que o juiz antecipe a tutela de forma satisfativa, dentro apenas do poder geral de cautela, certamente geraria o risco constante de arbitrariedade em um terreno muito fértil para tal tipo de conduta.

Temos, portanto, uma forma de limitação clara ao poder geral de cautela, qual seja, a da sua limitação à concessão de medidas não plenamente satisfativas. Isso se dá pois ao atribuir caráter satisfativo a medidas provisórias, sem oportunidade de amplo contraditório, comprometeria o devido processo legal e, conseqüentemente, ofenderia à garantia de isonomia que deve presidir a tutela jurisdicional definitiva ou satisfativa. Essa interpretação com base nos princípios e regras gerais do direito conferem, portanto, parâmetros para a limitação do Poder Geral de Cautela.

A jurisprudência segue o mesmo rumo da doutrina neste sentido:

“O juiz só pode determinar medidas provisórias, com base no artigo 798 do CPC, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, mas terão que ser medidas cautelares e não de caráter satisfativo”.⁷⁰

“A pretensão de forçar a Municipalidade a cumprir o contrato celebrado refoge ao âmbito da medida cautelar, cuja finalidade é apenas evitar dano irreparável escorado em fumaça do bom direito, até que por via própria seja decidida a pendência existente de fato ou já em juízo”.⁷¹

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1. p. 551 e 552.

⁷⁰ TJCS, AI nº 1.067, *in RT*, 542/230; TJRS, MS 595198490, Rel. Des. Araken de Assis, ac. De 15.02.96, *in RJTJRS* 175/320.

⁷¹ TJSP, Ap. 49.687-1, *RT*, 691/85.

Apenas deixando mais rica a discussão, podemos tomar com base expressa dispositivo da Constituição Federal que em seu artigo 5º inciso II, dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Assim, quando uma decisão cautelar determinar parâmetros fora dos limites da lei, temos expressa violação ao supracitado inciso, haja vista ser esta uma das garantias fundamentais garantidas ao cidadão no Estado de Direito. Portanto, o poder cautelar deve coadunas com as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. A tutela cautelar não é solução para garantir a todo custo a eficácia do processo principal, deixando de lado liberdades e direitos fundamentais talvez até mesmo mais protegidos pela Constituição Federal. Destaca-se, entretanto, que tais limitações só se justificam para afastar um perigo que represente a ameaça de inutilização do processo principal, visando, portanto, o afastamento do perigo que se realiza em sede de jurisdição preventiva.

Aqui se discorda de uma eventual restrição ao poder geral de cautela estampado no artigo 2º do Código de processo Civil, ao estabelecer que não possa o juiz conceder medidas cautelares sem que haja prévio e expresse requerimento da parte, em atendimento princípio dispositivo.

Não há qualquer sentido em se limitar a atuação do magistrado aos limites objetivos da lide. Não há como os litigantes preverem, de forma antecipada, quais seriam as eventuais providências que o magistrado poderia adotar em caso de ameaça ou perigo de dano irreparável, que necessite de uma imediata intervenção jurisdicional para que seu resultado útil e prático possa ser garantido. Este entendimento vem acompanhado por boa parte da doutrina, ao ser destacado que o princípio dispositivo deve sim sofrer atenuação, a fim de proteger interesses maiores, inclusive de ordem pública.

Nesse sentido, Donaldo Armelin escreve que: “*O juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia do instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada pela falta desse equilíbrio*”⁷².

⁷² ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar* In revista da Procuradoria Geraldo Estado de São Paulo (23), 111-137, junho/ 1985, São Paulo, 1985. pp. 123 e 124.

Por fim, temos que o poder geral de cautela se submete a limitações quanto ao seu exercício, mas tais limitações não representam um contrassenso em seus próprios termos, uma vez que se referem à forma e não à sua substância do ato praticado. Existe ainda como limitação a este poder o impedimento do seu exercício em substituição à tutela cautelar nominada sendo assim, na existência de previsão normativa para determinado tipo de tutela cautelar (nominada ou típica), não poderá o juiz utilizar-se do poder geral de cautela, haja vista a expressa previsão de uma tutela cautelar para tanto. Estas tutelas nominadas, sim, possuem suas limitações e ditames, de acordo com a sua especificidade.

Portanto, a última forma exemplificativa que aqui listamos como limitação ao poder geral de cautela são a existência das próprias tutelas cautelares nominadas, dispostas nos artigos 813 a 899 do Código de Processo Civil.

1.3. FORMA E MOMENTO DE EXERCÍCIO

Quando tratamos da forma e o momento do exercício do Poder Geral de Cautela deixamos transparecer “como” e “quando” esta tutela cautelar inominada pode tomar lugar no processo. Indagações frequentes são, por exemplo, se poderia o magistrado utilizar-se de qualquer forma, com ou sem processo para excluir este pleito e se existe especificamente uma limitação temporal ou procedimental para tanto.

No que tange ao *momento* adequado para a concessão da tutela cautelar, tem-se que esta poderá ser deferida sempre no curso de um processo *já instaurado*, podendo o juiz, durante seu curso, promover as medidas cautelares que entender necessárias obviamente almejando a obtenção do objetivo do instituto, qual seja, evitar o dano ao direito da parte tutelada.

Cassio Scarpinella Bueno⁷³ deixa transparecer que “o dever-poder geral de cautela é exercitável dentro de qualquer processo. Não há necessidade, mesmo para quem, forte na opção feita pelo Código de Processo Civil de 1973, distingue com nitidez o processo de conhecimento do processo de execução do processo cautelar, que aquele dever-poder reclame invariavelmente a existência de um processo cautelar e, conseqüentemente, de uma ação cautelar. (...)Basta, para que ele seja devidamente

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 217.

exercitado, que haja processo (pouco importando a classificação que ele, como tal, mereça) e que, sob pena de contrariedade ao modelo constitucional, trate-se de um processo devido, em que ambas as partes (e eventuais terceiros intervenientes) tenham condições de ampla participação”.

Esta colocação nos traz a um elemento um tanto quanto óbvio mas, mesmo assim, que encontra algum debate na doutrina: Não poderá o juiz atuar de ofício *para provocar a jurisdição*, ou seja, não poderá por sua livre iniciativa iniciar um processo, seja ele cautelar, seja ele principal, visando assim a concessão de uma medida cautelar sem o requerimento da parte. Destaque-se aqui que, como se verificará na sequência, não é a requisição da parte que realmente importa, mas sim a real impossibilidade do juiz efetivamente ingressar ou iniciar um feito procedimental especificamente para que a tutela seja concedida.

Portanto, *“o juiz não poderá provocar a jurisdição, com a concessão de medida cautelar, pelo simples motivo de que um dos princípios básicos que norteiam a jurisdição o impede de fazê-lo. Ou seja, já que a inércia da jurisdição constitui princípio consagrado, (...), concluímos daí, sem sombra de dúvidas, que o poder geral de cautela não pode ser exercido sem a pré-existência de uma relação processual instaurada ou em via de ser instaurada.”*⁷⁴.

Outra limitação quanto à limitação temporal (momento) verifica-se na existência ou não da existência de sentença proferida em processo de cunho satisfativo, o que significa dizer que não poderá o magistrado conceder medidas cautelares valendo-se do Poder Geral de Cautela caso o processo principal já tenha sido consagrado com sentença. Essa justificativa se explica pois, com a sentença, o juiz encerra sua atividade jurisdicional, sendo função do tribunal *ad quem* analisar o recurso do processo, se for o caso.

Todavia, interessante exceção existe a esta regra, por uma questão de organização e fluxo de processos entre os tribunais. Assim, caso proferida a sentença no processo de primeira instância e, durante o trânsito dos autos para a segunda instância, a parte necessitar de uma tutela de urgência, deverá o juízo *a quo* manifestar-se nesse sentido. Percebe-se, portanto, que não é impossível imaginar hipótese onde a parte busque tutela cautelar e os autos se encontrarem no “limbo” de trânsito entre tribunais, oportunidade esta em que deverá o juiz de primeira instância avaliar tal pedido.

⁷⁴ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 156.

Quando falamos que o juiz encerra sua atividade jurisdicional com a sentença de primeiro grau, fazemos referência à possibilidade de eventuais alterações a serem feitas no feito já encerrado, com sentença proferida. Por se tratar de uma tutela de urgência, não poderá o juiz inovar ou modificar a sua sentença podendo, entretanto, praticar atos necessários para preservar o direito da parte suplicante e, porque não afirmar, da eficácia e utilidade da sentença por aquele mesmo juízo proferida.

Portanto, salvo estas exceções de cunho organizacional, temos que *todo momento é momento para o exercício do poder geral de cautela*.

Quanto à *forma* do exercício do poder geral de cautela, tem-se certo que a mesma poderá ser exercida não apenas mediante requerimento da parte mas, também, *ex officio* pelo magistrado. Não obstante ter-se certo que a tutela sem expressa requisição da parte ser verdadeira exceção à regra, não podemos deixar de admiti-la sob pena de, mais uma vez, tornarmos o instituto verdadeira letra morta.

Cassio Scarpinella Bueno⁷⁵ assegura que “*mais do que a desnecessidade de um processo cautelar para o exercício do poder-dever geral de cautela, o art. 979 autoriza o entendimento de que as medidas cautelares podem (e, quando presentes seus respectivos pressupostos, devem) ser concedidas de ofício pelo magistrado independentemente de qualquer pedido para esta finalidade*”. Complementando seu raciocínio, afirma que “*cabe ao magistrado, mesmo que não haja pedido para tanto, exercer o dever-poder geral de cautela, adotando medidas que, a seu ver, coíbam suficiente e adequadamente situações de ameaça, realizando o comendo do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal*”.

Visando igualmente justificar a exceção, Marcus Vinicius Sampaio afirma que “*há hipóteses em que a providência cautelar serve a assegurar não só um direito individual, mas principalmente interesses públicos, tal como ocorre em geral nas demandas cuja matéria de fundo digam respeito às relações de família*”⁷⁶.

Neste ponto, gostaríamos de ir um pouco além. É claro que a hipótese acima descrita justifica a atuação *ex officio* do magistrado no sentido de conferir a tutela de urgência, mas isso não é só. A possibilidade da concessão da tutela de urgência, no curso do

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 215 e 216.

⁷⁶ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 158.

processo principal ou cautelar mas sem a requisição da parte é inerente à função publicística do processo e, ademais, à sua própria função de garantidor da paz social e da ordem social, econômica e democrática. Possibilitar que o magistrado tutele o interesse da parte cujo perigo de dano ameaça seu direito é exercer, através do juiz, mais nobre função estatal no sentido de salvaguardar os direitos tutelados e garantidos pelo Estado.

“O exercício do poder geral de cautela ex officio encontra amparo e sustentação legal na função pública que domina o processo, como forma não só de realização de direitos individuais, mas principalmente como forma de preservação do equilíbrio e ordem jurídica, social, econômica e política, função esta que entendemos estar acima daquela representada pela satisfação de direitos individuais em conflito”⁷⁷

1.4. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

Visando uma melhor compreensão e abordagem do tema, verificaremos neste item alguns pontos inerentes à ação cautelar inominada, fato este de vital importância para a correta compreensão do Poder Geral de Cautela e qual sua inserção dentro do trâmite processual.

1.4.1. DAS MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS E ATÍPICAS

Quanto abordamos o tema Poder Geral de Cautela, devemos destacar que a Lei traz várias hipóteses de medidas preventivas, de acordo com cada situação, a ser aplicada no caso concreto. Estas cautelares pré-definidas recebem o nome de medidas cautelares “típicas” (ou nominadas). Todavia, conforme já destacado, diante da infinidade de situações existentes, não poderia nem o legislador, nem o juiz, ficarem adstritos a situações fixa e imutavelmente definidas em Lei. Por esta mesma razão, tal

⁷⁷ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 158.

como prevê o já mencionado Art. 798 do CPC, poderá o juiz determinar outras medidas acautelatórias provisórias, sempre que entender necessário, visando resguardar o direito das partes antes mesmo do término da lide.

Esta hipótese de criar providências assecuratórias fora dos casos típicos previstos em Lei recebe o nome de Poder Geral de Cautela”.

Como igualmente já estudado, o Poder Geral de Cautela conta com certa dose de discricionariedade justamente por não encontrar limites objetivos em Lei, sendo assim um verdadeiro poder indeterminado, além do fato de que suas hipóteses de aplicação são, como o próprio nome diz, atípicas, ou seja, não possuem rol próprio cuja sua previsão possa ser extraída, diferentemente dos procedimentos específicos (típicos), cujo objetivo, pressupostos e limites já estão previstos em Lei.

Assim, encerramos o presente item com a lição de Moniz Aragão: *“Sob a denominação medidas cautelares inominadas (ou atípicas) costuma-se referir a atuação discricionária do juiz de desempenho do chamado poder cautelar geral, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção de determinados atos não previstos em lei ou nesta indicados apenas exemplificativamente.”*⁷⁸

1.4.2. CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

Como toda e qualquer ação, a ação cautelar inominada se submete às mesmas condições de admissibilidade de todas as outras, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade. Ocorre que, especificamente, para as ações cautelares, outros requisitos se fazem necessários, quais sejam, os já brevemente abordados *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O presente trabalho já abarcou a conceituação sobre estes dois requisitos, mas aqui cabe um questionamento: Seriam realmente estes institutos requisitos das cautelares inominadas?

⁷⁸ Medidas Cautelares Inominadas, in Ver. Brás. Dir. Proc., 57/33

Não restam dúvidas sobre a relevância destes institutos, pois é por eles que será possível a existência ou não de mérito nas demandas cautelares. Temos uma composição quase unânime da doutrina no sentido de que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* efetivamente entrariam no âmbito das condições da ação cautelar. Seriam assim, condições específicas de admissibilidade das ações cautelares. Em caso de ausência destes requisitos, não poderá o juiz conceder a cautela pleiteada, extinguindo assim o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267 inciso VI, do Código de Processo Civil.

Parte da doutrina, contudo, diverge deste posicionamento. Assim pode-se extrair da seguinte doutrina:

“Em primeiro lugar, pensamos que o processo cautelar não serve somente a assegurar a eficácia de um processo futuro – como já o dissera o mestre Chiovenda – mas serve também a resguardar um direito intimamente relacionado com o direito subjetivo material, qual seja, o direito substancial de cautela.”⁷⁹

Especificamente, sobre o *fumus boni iuris*, assim coloca:

“Nessa medida, admitindo a existência de um direito substancial de cautela que se diferencia do direito material que venha a ser acertado em via principal, ententemos que o *fumus boni iuris* não se caracteriza por ser uma condição de admissibilidade da ação cautelar, mas sim seu próprio mérito. Em outras palavras, a fumaça do bom direito, em nosso entender, representa a própria essência daquilo que se pede em via cautelar. A pretensão à segurança é o objeto do juízo de verossimilhança que é feito pelo juiz, através de cognição sumária, no sentido de estabelecer se naquela hipótese concreta deverá ser concedida a tutela acautelatória”⁸⁰

⁷⁹ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 163.

⁸⁰ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 163.

Seguindo o mesmo raciocínio, o mesmo se aplica ao *periculum in mora*, que “quando a parte solicita uma tutela cautelar é porque pressupõe esteja sofrendo ameaça a seu direito. E essa ameaça, a nosso ver, corresponde à substância do conflito de interesses que habilitaria a parte a solicitar a providência acautelatória. Assim, *periculum in mora* estaria a representar o interesse de agir – como uma das condições genéricas de procedibilidade da ação – na exata medida em que este último representa na ação a existência de um direito ou interesse insatisfeito pela parte adversa, o que vale dizer o conflito de interesses pré-processual necessário ao válido e regular exercício do direito de ação.”⁸¹

Neste trabalho acreditamos na corrente defendida por SAMPAIO. Não se pode ter como condição da ação um elemento que foge completamente aos requisitos já definidos para a procedibilidade do direito de ação no Código Civil. Também não é de se admitir a possibilidade de que tais elementos sejam tidos como “condições especiais da ação”, haja vista que as mesmas estão ligadas ao mérito da demanda, tanto é que a cautelar nominada pode ser deferida, como ação, mas ser indeferida em seu mérito e não em suas condições, haja vista que para se verificar a fumaça do bom direito ou ainda o perigo da demora o juiz, necessariamente, deverá apreciar o mérito da causa.

1.4.3. PROCEDIMENTO E EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR

Inicialmente, há de se destacar que o procedimento aqui previsto e explicado é para o exercício do direito de ação cautelar, exercido através do direito de ação. Contrariamente, caso o pedido cautelar se der no bojo de um processo já instaurado, tal requisição será nada mais do que um mero pedido e, por óbvio, sem conteúdo, forma ou requisitos de ação, sendo que a prestação jurisdicional será a concessão ou não da medida. Nestes casos, não haverá uma sentença cautelar, mas sim um provimento cautelar, isolado e durante o feito. Este cenário, como já visto (a exemplo do próprio poder geral de cautela) é perfeitamente possível e não está vinculado à necessidade de uma ação cautelar específica para tanto.

Contudo, visando enriquecer e fornecer um melhor panorama acerca da amplitude do tema aqui estudado, tracemos algumas breves considerações sobre o procedimento

⁸¹ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. . 164.

de uma ação cautelar inominada, também chamada de atípica, justamente por não possuir previsão legal *numerus clausus*.

O procedimento das ações cautelares inominadas segue o disposto nos artigos 800 a 806 do Código de Processo Civil. Temos, inicialmente, que a pretensão cautelar deve sempre ser requerida ao juiz competente para julgar a causa principal, tal como transcreve o mencionado Art. 800. Caso a competência já esteja fixada em virtude do ajuizamento da ação principal, o pedido cautelar já estará fixado por prevenção.

Tal como em todo tipo de ação, o que se busca com a cautelar seja delineada em sede de petição inicial, trazendo os requisitos constantes do Art. 801 do CPC, sendo eles, *“a autoridade judiciária a que for dirigida; o nome, o estado civil, a profissão, e a residência do requerente e do requerido; a exposição sumaria do direito ameaçado e o receio de lesão; as provas que serão produzidas”*.

A observância dos requisitos do Artigo 282 do CPC, também são aplicáveis, por lacuna ou até mesmo por analogia, devendo serem abarcados a citação da outra parte, qualificação das partes, narrativa lógica entre fatos, fundamentos e pedidos e, inclusive, valor da causa. A inobservância de tais requisitos gera o mesmo vício previsto pelo artigo 284, parágrafo único, com o que deverá ser indeferida caso não haja a emenda da medida pelo requerente. Vale lembrar que a jurisprudência caminha no sentido de flexibilizar tais requisitos do 282, a depender da situação e do caso concreto, haja vista o nítido caráter de urgência e periculação do bem da vida a qual tutela a ação cautelar. Assim, extinguir ou suspender o feito por conta da falta de recolhimento das custas processuais ou de oficial de justiça, em um primeiro momento, se mostrar incompatíveis com a natureza do procedimento e certamente obstará a finalidade do instituto, que é proteger o bem da vida.

Recebendo a inicial, pode ou não o juiz deferir a tutela liminar existente, inclusive podendo ser concedida sem oitiva da parte contrária. Eventualmente, poderá designar audiência de justificação prévia para melhor compreender os fatos que compõe a lide ou dispensá-la, caso o juízo de verossimilhança esteja bem formado, consoante se depreende do Artigo 804 do Código de Processo Civil.

Havendo deferimento da liminar sem oitiva da parte contrária, é comum o juiz determinar a prestação de caução, modalidade de garantia processual, visando com

isso evitar eventual dano à parte contrária de corrente da não improvável reversão da cautelar deferida *ab initio litis*.

Uma vez contestado o feito, poderá o juiz designar ainda audiência de instrução e julgamento, nos termos do Art. 802 do CPC, lembrando que a revelia é instituto aplicável às cautelares inominadas. Estas premissas são as bases das cautelares inominadas e também servem de subsídio para as cautelares nominadas sendo que, nestas últimas, deverão as partes observar os requisitos específicos impostos pelo legislador como condições de sua admissibilidade, a depender da cautelar que for escolhida.

No que tange à sua eficácia, os artigos 807 e 808 do CPC ditam que as medidas cautelares preservam sua eficácia até o julgamento do processo principal. Regra diferente se aplica para as cautelares de natureza preparatórias, perdendo sua eficácia caso a parte não maneje a ação principal no prazo de 30 dias a contar da efetivação da medida cautelar. Da mesma forma, perde a eficácia a medida que não for executada em 30 a contar da sua concessão.

Existem situações, contudo, que a eficácia da medida cautelar não pode estar condicionada ao término do processo principal, sob pena de submeter a parte a dano que ainda poderá persistir. Assim afirma Ovídio Baptista⁸²:

“A medida cautelar deve perdurar enquanto não desaparecer o estado perigoso que a determinou. Se ela eventualmente há de ser revogada por ocasião da sentença final, isso se deve a circunstância de ter, em tal hipótese, ocorrido o afastamento do estado de periclitção do interesse protegido pela cautelar, com a própria sentença final do processo satisfativo. Mas isto nem sempre ocorre e o exemplo mais ilustrativo é o arresto que absolutamente não perde a eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, se a penhora subsequente, a ser feita sobre os bens arrestados, ainda não é possível”.

⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.XI, Porto Alegre, Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985. p. 223.

Temos, com isso, o mesmo sentido de opinião ao se afirmar que *“o prazo de eficácia das medidas cautelares não pode ser aplicado em todas as hipóteses previstas pelo legislador e, nem tampouco, pode ser considerado simplesmente em face da superveniência pura e simples de uma decisão proferida em processo satisfativo. A regra é essa – e tem ela razão de ser – porém não se deve desconsiderar as situações que constituem exceções, a exemplo daquelas em que apesar de proferida decisão definitiva em processo de conhecimento, persiste ainda o risco de dano ao direito da parte”*⁸³.

1.5. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA

Apesar de constitucionalmente amparado e amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, tanto é que terá sua aplicação ampliada consoante se perceberá no tópico específico destinado à análise do tema em pauta no Novo Código de Processo Civil, é certo que o exercício do Poder Geral de Cautela pode vir a causar prejuízos às partes, haja vista que é intrínseco à sua natureza uma alta carga discricionária, podendo eventualmente vir a ser praticada contra os princípios parametrizadores do instituto. Assim, para que seja melhor analisada a responsabilidade civil oriunda dos prejuízos ocasionados pelo exercício do Poder Geral de Cautela, é preciso olhar o tema sobre duas óticas diferentes, quais sejam: A da sua decretação, *ex officio*, pelo Magistrado e da sua concessão decorrente do requerimento direto da parte.

O artigo 811 traz as hipóteses que poderiam gerar responsabilidade civil à parte que expressamente requer a concessão em detrimento daquela que sofre seus efeitos:

“Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

⁸³ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 174.

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.”

Vejamos que o referido artigo traz como referência não apenas do Artigo 16 do Código de Processo Civil (inserido no Capítulo II – Dos Direitos e Deveres das Partes em sua Seção II – Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual) mas, igualmente, o Artigo 17 do CPC, que elenca as possibilidades onde será tida a parte como litigante de má fé.

A responsabilidade civil prevista nos Artigos 16 e 16 são de natureza subjetiva e decorrem da prática de ato ilícito ou rejeitado pela lei processual. Ocorre que este conjunto de normas não é suficiente e deve ser analisado em conjunto com o referido artigo 811.

Vale destacar, inicialmente, que a responsabilidade civil dos artigos 16 e 17 do CPC são de natureza subjetiva, ou seja, dependem de apuração que coadune com a prática e conduta da parte no processo. Por sua vez, a responsabilidade prevista no Art. 811 do CPC é objetiva, não dependendo da comprovação de culpa, seja ela em qualquer modalidade, bastando tão somente a ocorrência do fato para que o nexo causal e o dano sejam presumivelmente ocorridos.

As regras previstas nos Artigos 16 e 17 não poderiam ser excluídas do âmbito dos processos cautelares, dada sua natureza genérica e de princípios processuais, pois se aplicam a todos os processos de forma indistinta. Isso significa dizer que não precisava o legislador, no referido Art. 811, dizer expressamente que igualmente se aplicam ao processo cautelar as regras dispostas no Art. 16 e seguintes, pois a má fé processual, como já explicado, é aplicável a todo e qualquer tipo de processo. Ademais, parece bem claro que o mesmo artigo 811 afirma que as condutas ali previstas seriam de natureza cumulativa, o que significa dizer que, mesmo que configurada alguma hipótese dos Artigos 16 e 17, ainda seria aplicável o Art. 811 do CPC.

Assim, quando tratamos da responsabilidade subjetiva insculpida nos Artigos 16 e 17, a culpa deverá ser comprovada, devendo a parte que requereu a medida cautelar responder por perdas e danos que, frisem-se, devem ser comprovadamente demonstrados no feito, ou seja, deve restar comprovada a má fé. O próprio Art. 17 do CPC traz balizas e premissas para que esta má fé seja melhor comprovada. Figurada uma ou mais hipóteses do Art. 17, haverá a cobrança da indenização oriunda dos danos processuais nos próprios autos, sendo tal condenação fixada em sede de sentença.

Por seu turno a responsabilidade objetiva estampada no artigo 811 do CPC independe da sua comprovação, da má fé. Basta que tenha simplesmente ocorrido um dos seus incisos para que a parte deva responder pelos prejuízos causados. Portanto, o requerente da medida sempre será responsável pelos danos causados à parte adversa na hipótese de execução da medida cautelar concedida, não tendo qualquer influência para tanto a existência de culpa ou não, por uma aplicação direta da teoria do risco, desdobramento lógico da responsabilidade objetiva.

Outra situação, conforme já esboçado, é a concessão das medidas cautelares decorrentes do poder geral de cautela diretamente pelo magistrado, sem requisição da parte, ou seja, de forma *ex officio*.

A fundamentação do Poder Geral de Cautela, conforme já estudado, deriva dos Artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil e não poderá o magistrado sofrer qualquer prejuízo em virtude do exercício que a ele é conferido tanto pela constituição quanto pela Lei Ordinária.

Nas palavras de Marcus Vinicius de Abreu Sampaio⁸⁴ isso se dá pois “o magistrado tem que ter uma autonomia e liberdade de atuação, sem restrições da ordem da possível responsabilidade civil decorrente de seus atos, a fim de cumprir com êxito e da melhor forma a sua função jurisdicional. Se entender ele necessária a concessão da medida, sem que haja requerimento da parte, deverá ele fazê-lo, sem receios de que poderá ser apenado pela execução de seu ato.

Admitir o contrário seria por fim ao instituto, sendo verdadeira letra morta em nosso ordenamento jurídico, pois certamente seriam poucos os juízes que comprometeriam

⁸⁴ SAMPAIO. Marcus Vinicius de Abreu. Op. Cit. p. 174.

sua personalidade, em detrimento da sua função jurisdicional e de representação estatal, para assegurar o direito de um terceiro.

Isso nos parece bem lógico e acertado. No dizer popular, não se pode dar com uma mão, para tirar com a outra. Não se busca, aqui, colocar o magistrado em posição mais elevada que os demais cidadãos, ou ainda de dizer que seus atos podem ser inconsequentes e destemidos. Muito pelo contrário. O magistrado, representante do Estado e, do povo, que o é, jamais poderia retirar de si o manto do Estado para assumir a identidade composta em sua identificação pessoal, sob pena de se praticar atos meramente comerciais, de barganha, de risco ou de receio, atos estes inerentes à atividade privada e do livre comércio, não devendo tal lógica ser aplicada, nem mesmo em rêmora hipótese, àqueles que se trajam da isonomia e da justiça para aplicar a Lei de forma indistinta e justa, na medida de seus livres convencimentos.

Todavia, aqui se faz uma ressalva: Deve o juiz, por óbvio, agir sim com discricionariedade mas pautado em todas as limitações anteriormente descritas. Nos parece possível, mas não fácil, que eventualmente seja demonstrada e comprovada a teratologia praticada por um magistrado no momento da concessão da tutela decorrente do poder geral de cautela. Vejam que, o que se busca dizer aqui é que não existe qualquer tipo de responsabilidade no exercício *regular* da magistratura, o que não significa dizer que o magistrado poderá utilizar-se do poder geral de cautela, para, por exemplo, prejudicar ou causar dano diretamente a uma parte. Neste caso, estaríamos fora do instituto do poder geral de cautela, para adentrarmos em aspectos institucionais e penais, a depender da conduta do magistrado.

Quando dizemos, pois, que discricionariedade não significa arbitrariedade, isso é exatamente o que queremos transparecer neste tópico. O ato comprovadamente arbitrário é contra o Estado Democrático de Direito e contra as mais basilares instituições que norteiam nossa sociedade em todos os aspectos, motivo pelo qual quando se veda a arbitrariedade, se veda a concessão de uma medida cautelar pautada no poder geral de cautela, igualmente, de forma arbitrária, e nos parece bem tranquilo que este tipo de conduta, caso amplamente comprovada, geraria sim uma responsabilidade ao magistrado.

Sobre a mesma esteira de raciocínio, coloca Cassio Scarpinella Bueno:

“É típica situação em que deve ter ampla incidência o princípio agasalhado no §6º do art. 37 da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do Estado. É o Estado, com efeito, *objetivamente* responsável pelos danos que seus agentes, inclusive os magistrados, causarem na consecução de suas finalidades. Trata-se de situação (...) identificada como “erro judiciário” de que trata o inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal”⁸⁵.

1.6. O PODER GERAL DE CAUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Finalizando o presente trabalho, necessário que se façam ponderações, mesmo que breves, sobre qual será a sistemática da tutela cautelar e, por derradeiro, do Poder Geral de Cautela no Novo Código de Processo Civil que, quando da redação do presente trabalho, já havia obtido sua devida aprovação através do processo legislativo constitucionalmente previsto no Senado Nacional, tendo seguido finalmente para a sanção Presidencial.

Um dos objetos de maiores críticas ao nosso atual CPC é a sua falta de celeridade e apego demasiado às formas, em nítido desprestígio e descompasso da necessidade de prestação eficaz e adequada da tutela jurisdicional. Hoje temos verdadeiramente que não é o Direito Material que serve ao Processo, mas sim o Processo que serve ao Direito Material. Manobras Processuais se sobrepõe aos direitos das partes, havendo uma verdadeira inversão de valores, não sendo mais o processo o “*meio pelo qual*” mas sim o “*meio para o qual*”.

Nesse sentido, o Novo CPC vem com o nítido objetido de conferir maior efetividade à garantia constitucional da duração razoável do processo, estritamente relacionado à celeridade processual, tal como se pode extrair do Art. 5º, LXXVIII da Carga Magna de 88. Este ideal vem, inclusive, destacado na sua exposição de motivos, alertando que a *simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa*. Uma das diversas

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 221.

formas que o Legislador encontrou de viabilizar tal almejada celeridade foi justamente na remodelação do processo cautelar, cuja nova denominação adotada pelo CPC é *tutela de urgência e de evidência* que estão previstas nos arts. 277 a 296 do Título IX, Capítulo I do Novo CPC. No Capítulo I o legislador dedicou a Seção I às cautelares preparatórias e a Seção II às cautelares incidentais, dando especial destaque para que, ambas, são *inominadas*.

Ponto importante à concretização do estudo aqui proposto é a consagração do sincretismo processual. Anteriormente somente esboçado quando da unificação do processo de conhecimento com o processo de execução, transformando-os em fases de um único processo, o novo CPC ampliou este conceito ao passo que não há mais a necessidade de processos específicos como o de conhecimento, de execução, cautelar ou de procedimentos especiais. Com isso, a petição inicial reunirá todas estas espécies de pedidos, inclusive o pedido de tutela de urgência do bem objeto do mesmo litígio. Com a implantação do referido sincretismo processual, tudo indica que haverá uma mais rápida solução dos litígios, principalmente se considerarmos a redação do novo art. 43 ao estipular “*a reunião das ações propostas em separado se fará no juízo prevento onde serão decididas simultaneamente*”.

A substituição do processo cautelar pelas denominadas tutelas de urgência e da evidência tem justamente este escopo, qual seja, de prezar pela celeridade e economia processual. Essa nova formatação das tutelas de urgência coaduna com a sistemática adotada atualmente, como se pode perceber pela nova redação do Art. 277 “*a tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa*”.

Fato que realmente importa, especificamente, para o Poder Geral de Cautela é que, com a nova sistemática estarão extintas todas as medidas cautelares nominadas, passando, portanto, a serem todas *inominadas*, independentemente de serem tutelas de urgência cautelares ou tutelas cautelares satisfativas. A única exigência que permanecerá, portanto, é a comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida que o juiz entender mais adequada de acordo com o sua discricionariedade.

Também não existem mais quaisquer dúvidas sobre a possibilidade da concessão da tutela de urgência de ofício, consoante a redação que se extrai no novo Art. 284:

“Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.”

Esta construção coaduna com o que foi afirmado até aqui. Tal como assevera Alvim (2010) que extrai-se da estrutura do projeto o objetivo de que na medida do possível o juiz deixe de considerar o processo como um fim em si mesmo, deslocando o foco de sua atenção para o direito material. Assim, torna-se possível evitar uma “processualidade excessiva”, que não guarda qualquer relação com o objetivo precípua da solução do conflito pelo direito material.⁸⁶

A nova sistemática vem recebendo duras críticas por parte da doutrina, dentre eles, Machado (2010), segundo o qual dentre as piores propostas do Projeto ora analisado, figuram a eliminação dos procedimentos cautelares específicos - ante a insegurança jurídica que a imprevisibilidade dos procedimentos poderia causar – e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz ⁸⁷.

De fato, não podemos afirmar ao certo qual será a real aplicação prática desta nova sistemática. Não restam dúvidas que houve a ampliação do poder geral de cautela e, com isso, a concessão de maiores poderes ao Magistrado. Todavia, acredito que a simples eliminação das cautelares nominadas e a prelavência das cautelares tidas como inominadas são argumento insuficiente para demonstrar qualquer violação ao contraditório e à segurança jurídica.

Isso se dá pois a mesma sistemática que se aplica hoje para o Poder Geral de Cautela, no sentido de limitar e estabelecer ditames norteadores, serão exatamente os mesmos que serão aplicados no novo Código. Elementos subjetivos, objetivos, princípios gerais, interesse público, razoabilidade, não arbitrariedade, todos serão aplicados da exata mesma forma.

Obviamente, não devemos pesar nem pelo bem nem pelo mal. É certo que não se sabe qual será o comportamento do instituto quando da sua aplicação em um novo

⁸⁶ ALVIM, Escritório Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com>>. Acesso em: 26 out. 2011.

contexto legislativo e social mas, pelo que tudo indica e pelas premissas que, na sua grande maioria, foram mantidas, a nova sistemática viabilizará um melhor e mais célere acesso à justiça, além de garantir maior efetividade às tutelas pleiteadas jurisdicionalmente.

Todo sistema legislativo necessita de certa dose de discricionariedade, principalmente se essa concessão de poder se destinar para proteger direitos, sejam eles individuais, públicos, difusos ou coletivos. O magistrado, mais do que a representação do Estado em seu Poder Judiciário, é um cidadão que jamais poderá e nem deverá agir sem certa dose de discricionariedade. Não se pode dar as costas a ofensa de direitos basilares, à perda de garantias constitucionais, ao perecimento de princípios socialmente insculpidos.

O Poder Geral de Cautela, portanto, pode ser revelado como o toque humanístico do Estado, evitando que as partes um dia recorram a uma máquina quântica para que seus direitos sejam mensurados e decididos com base em critérios unicamente objetivos. Imaginar que o magistrado é ou passaria a ser arbitrário por conta da ampliação do poder geral de cautela significa dizer que todas as nossas instituições, princípios e valores éticos, sociais, jurídicos e morais não teriam qualquer valor. Seria ignorar a razoabilidade, a decência, a função e ônus público deste importante agente social que é o Juiz de Direito. Os melhores avanços acontecem onde foram implantadas as melhores apostas. Nossa aposta, portanto, é pelo completo acerto do novo ordenamento processual civil que está prestes a vigor, e que seu sucesso seja refletido na melhoria de toda sociedade, em todos seus aspectos, que tanto buscam atualmente socorro e, muitas vezes não encontram na forma como deveriam, em nosso Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber ao longo do presente trabalho, não obstante o tema focal do mesmo ser a Tutela Cautelar e o Poder Geral de Cautela, necessário se faz uma abordagem de diversos outros institutos para que uma correta e mais ampla compreensão do tema fosse feita, dado assim ao leitor não apenas um conhecimento pontual e sim mais amplo, dinâmico e aprofundado sobre todas as nuances que compõe o instituto.

Começamos o trabalho com uma interessante e panorâmica introdução sobre o Poder Geral de Cautela, deixando claro desde logo que a sua existência, como verdadeira norma em branco, se dá por conta das lacunas existentes em nosso sistema legislativo, ordenamento este que por tentar positivas de forma demasiada todos os procedimentos e nuances processuais acaba, por exclusão, de dar o devido respaldo a inúmeras situações não previstas em Lei, recorrentes em nossos Tribunais, mas que necessitam de uma tutela não só urgente como, principalmente, eficaz.

Feita esta breve mas necessária introdução, fez-se necessário conceituar o tema em um parâmetro histórico, justamente para que o leitor do presente trabalho pudesse entender o processo legislativo que acabou por originar o Poder Geral de Cautela. Vimos que o Direito Romano foi antecessor do instituto, viabilizando uma espécie de ordem limiar através do *imperium*, com ativa participação do magistrado no sentido de garantir o bem da vida tutelado e ameaçado de perecimento. Já em tempos atuais, dissemos que o Código de Processo Civil de 1939 trazia dispositivo com objetivo similar mas certamente era insuficiente quando comparado com o atual Poder Geral de Cautela traduzido no Código de Processo Civil de 1973, amplamente recepcionado pela ulterior Constituição Federal de 1988.

Na sequência, necessárias introduções mais pontuais sobre o que seria o nosso processo e o procedimento a ele inerente, dando especial ênfase ao nítido perfil Constitucional que traz o nosso Código de Processo Civil, haja vista que os princípios a ele aplicáveis nada mais são do que interpretações diretamente obtidas da nossa Constituição Federal. O tema sobre o Poder Geral de Cautela ganha ainda maior realce quando adentrarmos às nuances desta Constituição e dela extraímos princípios jurídicos processuais não só vitais para a compreensão e validação do Poder Geral de Cautela, mas como de todo sistema jurídico, como é o caso do princípio da

imparcialidade do juiz, do princípio da isonomia dos atos processuais, do princípio do contraditório, princípio do livre convencimento do juiz e, por fim mas não menos importante, o princípio da efetividade.

Posteriormente, o Processo e sua classificação tomaram vez em nosso trabalho, tema este de imprescindível estudo, haja vista a vasta gama de provimentos jurisdicionais existentes em nosso ordenamento jurídico e as peculiaridades de cada um deles, que diretamente influenciarão a forma como o Poder Geral de Cautela é executado. Com isso, trouxemos breves considerações sobre o Processo de Conhecimento, Processo de Execução e, por fim, do Processo Cautelar, traçando básicos elementos que compõem sua estrutura e que são, por óbvio, igualmente presentes no Poder Geral de Cautela, tal como é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, além claro de algumas características inerentes ao procedimento, tais como a preventividade, a provisoriedade, a cognição sumária do processo cautelar, a instrumentalidade, a revogabilidade e, por fim, sua fungibilidade.

O estudo avança agora para linhas mais maduras, já adentrando nos poderes do juiz no processo e, quando possível, desde logo se fazendo correlações e analogias ao próprio Poder Geral de Cautela. Neste tópico, o que se faz importante novamente mencionar e destacar é a conceituação que se faz entre Poder Jurisdicional e Poder Discricionário, neste trabalho entendidos como faces da mesma moeda, não obstante tal posicionamento encontrar grande resistência por parte. Aqui, novamente se defende que o exercício do Poder Geral de Cautela é sim sinônimo e função inerente ao Poder Jurisdicional, mas não há como não dizer que nele se percebe grande peculiaridade, justamente pelo fato de que, ao aplicar o Poder Geral de Cautela, o magistrado está pautado tão somente pelo seu livre convencimento e pelo seu dever-poder de melhor tutelar o direito das partes. A este elevado grau de autonomia, sem barreiras lógicas e objetivas, não podemos entender outra coisa como não sendo uma certa dose de discricionariedade.

Por fim e, obviamente, não menos importante, finalmente tratamos do Poder Geral de Cautela. Noções introdutórias são tecidas, fazendo uma conceituação do instituto e pautando sua aplicabilidade não só com base nos Artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil mas, principalmente, com base na Constituição Federal, como é o caso do seu Art. 5º., inciso XXXV, dentre outros. Vimos que este Poder Geral de Cautela é verdadeira norma em branco, não dotada de limites objetivos, o que eventualmente poderia abrir margem para interpretações negativas, no sentido de que se estaria

conferindo ao magistrado exacerbado poder. Esta situação, como explicado, não ocorre. Existem várias construções doutrinárias, jurisdicionais e até mesmo de princípios constitucionais que balizam a atuação do magistrado, sendo certo que este *modus operandi* não se aplica tão somente ao Poder Geral de Cautela, mas como a toda atividade judicante. Vimos também a forma e o momento do exercício do Poder Geral de Cautela.

Foram abarcados também temas inerentes não apenas intrinsecamente ligados ao Poder Geral de Cautela, mas como as cautelares como um todo, como é o caso das características da ação cautelar inominada, que muito se assemelha ao Poder Geral de Cautela, a diferenciação entre medidas típicas e atípicas, suas condições de admissibilidade e as discussões inerentes a este ponto, seu procedimento, no caso das ações cautelares, e da eficácia da medida cautelar conferida no bojo destes processos.

Por fim, traçamos breves considerações sobre a responsabilidade civil decorrente do exercício do Poder Geral de Cautela, seja ele quando requerido pela parte, sua forma mais comum, seja ele deferido *ex officio*, sua forma mais rara e atípica mas plenamente aceitável em virtude da natureza protetiva e de direito público do instituto traçando, por derradeiro, breves lampejos sobre o que podemos esperar do novo Código de Processo Civil quando se trata do Poder Geral de Cautela e podemos perceber que grandes mudanças ocorrerão, como a extinção das cautelares nominadas, a prevalência das cautelares inominadas e, por derradeiro, das providências decorrentes do regular exercício do Poder Geral de Cautela.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008.

ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar* In revista da Procuradoria Geraldo Estado de São Paulo (23), 111-137, junho/ 1985, São Paulo, 1985. pp. 123 e 124

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º V. São Paulo: Saraiva. 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. 2ªed. Campinas: Bookseller. 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira in BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 186.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT. 1986

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros. 2007

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas*, 2.ed.. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. 2001. n 102.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Mellendo y Marino Ayerra Redin, Bogotá, 1969-1977.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 1993

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense. 2005. V.1

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1976.

WANATABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer – arts 273 e 461 do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 1996.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais*. 9ª edição. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. Artigo publicado no livro *Processo e constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*.