



## A DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS

**Sebastian Watenberg Ruanoba**

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela ABDPC-  
Academia Brasileira de Direito Processual Civil  
Advogado.

### RESUMO

É examinada, neste estudo, a desnecessidade de que o ordenamento jurídico pátrio contemple em seu Código de Processo Civil procedimentos cautelares específicos, os quais não apresentam utilidade do ponto de vista prático ou teórico, mormente quando o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 798, contempla um *poder geral de cautela*, o qual torna inútil qualquer outro regramento que tente especificar e individualizar procedimentos cautelares. O tema é atual e importante, na medida em que o Código de Processo Civil tem passado por constantes alterações; entretanto, parece que o “Processo Cautelar”, que outrora despertou tanto interesse na doutrina e jurisprudência, tem sido deixado de lado por estas, sem qualquer justificativa. É inequívoca a excessiva limitação imposta para a autuação cautelar do magistrado, tanto em relação à proteção do direito da parte quanto ao resguardo da própria efetividade da jurisdição. É imperioso, assim, reconhecer a desnecessidade da previsão taxativa de procedimentos cautelares específicos; ressuma que a proteção ao direito da parte, como corolário da proteção da própria prestação jurisdicional, por meio da tutela cautelar, integra o papel do magistrado no Estado Democrático de Direito, razão pela qual a previsão de procedimentos cautelares específicos ganha ares anacrônicos, que demandam superação pela concessão ao magistrado dos poderes necessários ao exercício de sua função jurisdicional.

### INTRODUÇÃO

É examinada, neste estudo, a desnecessidade de que o ordenamento jurídico pátrio contemple em seu Código de Processo Civil procedimentos cautelares específicos, os quais não apresentam qualquer utilidade do ponto de vista prático ou teórico, mormente quando o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 798, contempla um *poder geral de cautela*, o qual torna inútil qualquer outro regramento que tente especificar e individualizar procedimentos cautelares.

Para alcançar o objetivo, outros temas, de relação com o tema central, e sem o qual não há como se compreender o alcance que pretende este trabalho, também são tratados, tais como as tutelas jurisdicionais e espécies de processo, e a tutela cautelar.



O tema é atual e importante, na medida em que o Código de Processo Civil tem passado por constantes alterações; entretanto, parece que o “Processo Cautelar”, que outrora despertou tanto interesse na doutrina e jurisprudência, tem sido deixado de lado por estas, sem qualquer justificativa para tanto.

Para chegar ao tema central, diversos temas são tratados, tais como as tutelas de urgência, a tutela cautelar e o poder geral de cautela.

Por fim, dá-se ênfase à desnecessidade dos procedimentos cautelares específicos, com foco nas duas questões nucleares do tema, quais sejam, os inúmeros problemas ligados à ações cautelares típicas, e a verdadeira essência da tutela cautelar, verdadeiro instrumento de efetivação da tutela jurisdicional.

O tema que ora é proposto é atual e importante, sendo escassa a doutrina a respeito do assunto. Entretanto, tal circunstância não impedirá que o alcance do presente trabalho seja compreendido.

## 1. AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do momento em que o Estado proibiu a autotutela privada, chamando para si o monopólio da distribuição da Justiça, assumiu o compromisso de tutelar de maneira adequada e efetiva as diversas situações conflitivas que decorrem da vida em sociedade. Dessa forma, deve o processo, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, fazer emergir o mesmo resultado que se verificaria se não houvesse vedação à ação privada, cabendo ao Estado, unicamente, a entrega da prestação jurisdicional a quem tiver razão, interessando-lhe realizar o direito objetivo e, ao mesmo tempo, pacificar.

É importante destacar, entretanto, que “*malgrado se revele um substitutivo das condutas barbáricas de outrora, o acesso à jurisdição deve ser excepcional.*”<sup>1</sup>. Isto porque, numa sociedade harmônica, o ideal é a autocomposição, em virtude do cumprimento espontâneo das normas de direito, circunstância que otimiza a vida em sociedade.

Não sendo a autocomposição a regra, porém, através da jurisdição o Estado, provocado pelo interessado que exerce a ação, institui um método de composição do litígio com a participação dos verdadeiros destinatários do comando que regulará a situação litigiosa, dispondo sobre os momentos em que cada um poderá fazer valer as suas argumentações, cujo escopo final é alcançar um resultado que se manifestará na *sentença jurisdicional*, que nada mais é do que a visão do Poder Judiciário acerca do conflito material.

Pode-se conceber o sistema processual como instrumento destinado à satisfação de pretensões.<sup>2</sup> Assim, três são os tipos de processo existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio – conhecimento, execução e cautelar –, cada um de acordo com o tipo de pretensão que se pretende satisfazer em juízo.

<sup>1</sup> Luiz Fux. *Tutela de segurança e tutela da evidência*: fundamentos da tutela antecipada. 1996, p. 4-5. (a)

<sup>2</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Considerações sobre a tutela cautelar. *Revista da AJURIS*. jul/1986, p. 159.



A criação de formas diferenciadas de tutela jurisdicional é decorrente da preocupação dos processualistas com a efetividade do sistema processual.<sup>3</sup> Assim, trata-se de adaptar a prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado, coisa que o ordenamento processual pátrio, ao supervalorizar o sistema ordinário como procedimento a ser seguido na busca da realização dos direitos, não conseguiu.

Segundo MARINONI, a tutela jurisdicional diferenciada quer dizer, em certo sentido, “*tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social*”,<sup>4</sup> ou seja, a partir do momento em que determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação de emergência, a única forma de tutela apta a satisfazer tal pretensão é aquela que pode fazê-lo com base em cognição sumária.

Na observação do professor ARMELIN,<sup>5</sup> a tutela jurisdicional diferenciada leva em conta a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários para a sua efetiva satisfação.

As tutelas de urgência são modalidades de tutela jurisdicional que, em razão das especificidades da relação de direito material a que têm correspondência, ou em razão de técnicas legislativas, podem ser caracterizadas em uma categoria única.<sup>6</sup> Destinam-se, primordialmente, a acelerar a eficácia prática da tutela jurisdicional, evitando que o tempo acabe comprometendo a sua efetividade e caracterizam-se, essencialmente, pela urgência e pela sumariedade da cognição exercida pelo juiz.

## 2. TUTELA CAUTELAR

No Direito brasileiro, a tutela cautelar foi a primeira espécie de tutela disponibilizada pelo legislador pátrio de forma genérica e abrangente, tendo recebido tratamento distinto e autônomo no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, razão pela qual dedicou-lhe este o seu Livro III. Aliás, a legislação processual civil brasileira considera o processo cautelar um *tertium genus*, a par do processo de conhecimento e de execução, inexistindo tratamento similar outorgado à tutela cautelar no direito comparado, como observa LACERDA,<sup>7</sup> circunstância que singulariza o nosso Código de Processo Civil em vigor.

Hodiernamente, entretanto, alguns juristas, dentre eles o eminente CARNEIRO, têm entendido que, na atual etapa de modernização do direito processual, voltado mais à eficiência e à instrumentalidade das atividades processuais do que a considerações apenas de caráter doutrinário, qualificar a função cautelar, como se fora um verdadeiro “terceiro gênero”, é uma demasia, uma vez que já não subsistem os motivos, especialmente de ordem doutrinária, que levaram o legislador de 1973 a enquadrar o procedimento das medidas cautelares, entre as quais vieram a ser incluídas muitas cautelares ditas inominadas e de cunho

<sup>3</sup> Donaldo Armelin. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. jan-mar/1992, p. 45.

<sup>4</sup> Luiz Guilherme Marinoni. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. 1994, p. 56. (a)

<sup>5</sup> Donaldo Armelin. Loc. cit. p. 45

<sup>6</sup> José Roberto Bedaque. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, tentativas de sistematização*. 2003, p. 26-27.

<sup>7</sup> Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil: lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 796 a 812*. 8 ed., v. 8, t. 1. 2001, p. 1-2.



nitidamente satisfativo, às culminâncias teóricas de um processo autônomo, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.<sup>8</sup>

A tutela cautelar é uma forma de proteção ao provável direito material da parte, sempre que ele se encontrar sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, e sempre e quando tal estado de perigo não possa ser evitado mediante o uso das formas normais de tutela jurisdicional.

Entretanto, não se pode deixar de levar em consideração que, de qualquer sorte, ainda que não seja o escopo principal da tutela cautelar, de maneira reflexa acaba-se protegendo, com a tutela cautelar, a jurisdição (mas não o contrário, como afirmam alguns). Assim, quando dizemos que a tutela cautelar protege, de forma reflexa, a jurisdição, nada mais se está a fazer senão referir que assegura a tutela cautelar, ao proteger o direito material da parte, o desenvolvimento de uma atividade jurisdicional adequada e eficiente para solucionar a lide levada ao Poder Judiciário; em outras palavras, a tutela cautelar assegura, de maneira reflexa, o devido processo legal a que têm direito as partes em litígio.

Da maneira que estão postas no ordenamento jurídico brasileiro, como objeto de ação, as medidas cautelares dependem de processo regularmente instaurado, reclamando sua postulação válida, portanto, a observância dos pressupostos processuais e das condições da ação. Entretanto, apenas isso não basta, indicando a doutrina, a lei e a jurisprudência outros dois pressupostos para a concessão da tutela cautelar, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A fumaça do bom direito que se exige para a concessão de tutela cautelar deve ser apenas verossímil, o que importa dizer que não há necessidade de que se demonstre que o direito existe concretamente, não sendo a função do julgador, ao analisar a concessão ou não de tutela cautelar, a busca do direito concreto.<sup>9</sup> Nas palavras de SILVA, “(...) se o direito apresenta-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a tutela de simples segurança, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa”.<sup>10</sup>

Por outro lado, significa o *periculum in mora* o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer circunstâncias que causem à mesma danos graves e de difícil reparação, danos estes que devem ser prováveis, e não possíveis.<sup>11</sup> Aqui, a ocorrência de risco de dano iminente ao direito que se busca proteger somente poderá ser invocado “(...) se pudermos demonstrar a necessidade de uma resposta jurisdicional urgente que a ordinariedade, por definição, não seria capaz de oferecer”.<sup>12</sup>

### 3. PODER GERAL DE CAUTELA

<sup>8</sup> Athos Gusmão Carneiro. *Esboço de anteprojeto de lei sobre medidas de urgência, antecipatórias e cautelares*. 2003, p. 2-3.

<sup>9</sup> Victor A. A. Bomfim Marins *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 1996, p. 110.

<sup>10</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 1973, p. 75-76. (a)

<sup>11</sup> Márcio Louzada Carpena. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a lei nº. 10.444, de 7 de maio de 2002*. 2003, p. 143.

<sup>12</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Loc. Cit.* p. 76. (a)



O Livro III do Código de Processo Civil, além de disciplinar diversos procedimentos cautelares especiais (alguns dos quais, inclusive, sem qualquer natureza cautelar), agasalhou dispositivos que consagraram o que se convencionou chamar de “poder geral de cautela”.

Fala-se aqui dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, cuja razão de existir, evidentemente, reside no fato de que as medidas consideradas como cautelares *típicas* ou *nominadas* não se mostram capazes de contemplar as infinitas hipóteses de possível utilização da tutela cautelar, tendo em vista a complexidade, cada vez maior, das relações sociais.<sup>13</sup>

Segundo as lições de LACERDA, a doutrina costuma qualificar o poder geral de cautela como *inominado* ou *atípico*, “*exatamente porque se situa fora e além das cautelas específicas previstas pelo legislador*”.<sup>14</sup>

Conforme o magistério de PONTES DE MIRANDA,<sup>15</sup> tais *medidas de segurança* são calcadas no monopólio do Estado de declarar, constituir, condenar, mandar e executar. O poder de tomar as medidas necessárias para assegurar a proteção do direito da parte coaduna-se com a garantia do resultado prático do processo, impedindo o esvaziamento do conteúdo finalístico da prestação jurisdicional.

De acordo com LACERDA,<sup>16</sup> na tentativa de evitar o dano à parte, assume a discricção do juiz proporções quase absolutas. Contudo, como adverte BEDAQUE,<sup>17</sup> não significa que o juiz seja dotado de um poder discricionário absoluto, na medida em que não há discricionariedade. Para CARPENA,<sup>18</sup> ainda, é possível falar em uma discricionariedade limitada pelo sistema legal imposto pelo ordenamento, a qual encontra limite na conjugação legal de todo o sistema.

A maior parte da doutrina identifica uma natureza subsidiária ínsita ao poder geral de cautela, que legitimaria a sua aplicação apenas quando inexistente outra modalidade de tutela específica com a aptidão necessária a conferir plena satisfação do direito.<sup>19</sup>

Considerando que a medida cautelar, por definição, conecta-se à idéia de segurança do direito material da parte, parece razoável supor que a concessão de qualquer tipo de medida cautelar – e não só a cautelar *inominada* – esteja relacionada com a impossibilidade da rápida obtenção do direito pleiteado por via própria e célere.

CARPENA<sup>20</sup> ressalva a limitação imposta à medida cautelar *inominada*, quando substitutiva de outro tipo de medida, ou seja, quando a medida

<sup>13</sup> Márcio Louzada Carpena. Op. Cit. p. 161.

<sup>14</sup> Galeno Lacerda. Op. Cit. p. 135.

<sup>15</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo XII – Arts. 776 a 889. 1976, p.41.

<sup>16</sup> Galeno Lacerda. loc. cit. p. 135.

<sup>17</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. Op. Cit. p. 225.

<sup>18</sup> Márcio Louzada Carpena. loc. cit. p. 161.

<sup>19</sup> José Roberto dos Santos Bedaque. Op. Cit. p. 222.

<sup>20</sup> Márcio Louzada Carpena. Op. Cit. p. 172.



cautelar pleiteada poderia ser requerida de outra forma que encontra vedação legal. Assim, as *restrições* ao poder geral de cautela são, em verdade, a compreensão da limitação natural que a concepção que as engendrou também desenhou para o seu alcance.

#### 4. DA DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS

##### 4.1 Os Problemas Ligados às Medidas Cautelares Típicas

O Livro III do Código de Processo Civil de 1973 preceitua, além das disposições relativas aos procedimentos cautelares em geral, uma enumeração de medidas específicas, que, a par de seguirem o rito comum do processo cautelar, no que cabível cada qual possui peculiaridades procedimentais próprias, adequadas às suas respectivas finalidades específicas. Tais medidas, designadas como nominadas ou típicas, correspondem às opções do legislador em relação àquelas situações da vida que, por sua importância, foram eleitas para figurar no rol das medidas cautelares explicitamente previstas no Código, cujos requisitos também foram especificados no diploma legal.

A especificação das ações cautelares típicas teria duas funções: a primeira, a de *predeterminação do conteúdo da medida*, concebendo cada um dos procedimentos cautelares com função própria (o arresto é diferente do seqüestro, que é diferente da busca e apreensão, e assim sucessivamente); a segunda, a de predeterminar o interesse tutelado pela respectiva medida. Dessa forma, a intenção da lei seria a de estabelecer, em concreto, as hipóteses de seu cabimento, ou, dito de outra forma, “(...) *explicitar e especificar o que ela [lei] considera periculum in mora e fumus boni iuris em relação a cada uma das ações nominadas*”.<sup>21</sup>

Contudo, as medidas cautelares típicas, da maneira como foram concebidas, não são mais capazes de atender às necessidades do processo judicial, por não se mostrarem suficientes para contemplar as infinitas hipóteses de possível utilização da tutela cautelar, pela complexidade cada vez maior das relações sociais.<sup>22</sup>

Além disso, alguns dos procedimentos previstos no Livro III não são *cautelares*, no sentido próprio do termo. A título exemplificativo, veja-se os alimentos provisionais, que são um mero *adiantamento dos alimentos definitivos*. A notificação, a seu turno, tampouco cumpre função cautelar, encerrando comunicação por meio do juízo. Como bem assevera FUX, “ (...) *nem tudo que é preventivo é cautelar, como se conclui a partir dos exemplos do mandado de segurança preventivo, do interdito proibitório e da tutela inibitória*”.<sup>23</sup>

Não bastassem, as condições exigidas pela lei para a concessão dos procedimentos cautelares típicos esbarra nas limitações inerentes à prova daqueles requisitos, muitas vezes incompatíveis com a celeridade demandada da prestação jurisdicional e o caráter cautelar do procedimento pretendido.

<sup>21</sup> Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil Interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 1997, p. 913.

<sup>22</sup> Márcio Louzada Carpena. Op. Cit. p. 161.

<sup>23</sup> Luiz Fux. *Curso de Direito Processual Civil*. 2005, p. 1608. (b)



O exemplo do arresto é paradigmático, servindo com bastante propriedade a este propósito. Na dicção do artigo 813 do Código de Processo Civil, “O arresto tem lugar”, (I) “quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;”, ou (II) “quando o devedor, que tem domicílio”, “ausenta-se ou tenta ausentar-se furtivamente”, ou “caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete qualquer outro artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores”.

Com efeito, nota-se a dificuldade para conciliar, de um lado, a proteção do direito do credor de receber o seu crédito com a prova das condições previstas pela lei. A letra da lei é pródiga em conceitos indeterminados: considerando que o artigo 814, no seu inciso II, exige “prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente”, o requerente da medida encontraria sério obstáculo em provar, por exemplo, que o devedor tem intenção de ausentar-se furtivamente, ou que está na iminência de contrair dívidas extraordinárias.

É verdade que a lei concebe previsão genérica contra “qualquer outro artifício fraudulento” que pudesse ser empregado pelo devedor em detrimento do adimplemento do crédito. Entretanto, tal hipótese é restrita ao devedor “caindo em insolvência”, que não contempla a maior parte das hipóteses em que a tutela cautelar pudesse ser pleiteada.

Por isso, a jurisprudência já abrandara a aplicação da letra fria da lei, estendendo a possibilidade de concessão da medida cautelar de arresto para outros casos, ainda que os requisitos da lei não tivessem criteriosamente caracterizados.<sup>24</sup>

Fica patente, pois, que há algo verdadeiramente incongruente no Código de Processo Civil, e a pergunta que se faz é: a quem beneficiam as cautelares específicas? Certamente, não é á queles que têm uma pretensão justa, e necessitam do Poder Judiciário para evitar que o decurso do tempo cause uma lesão ao seu direito material.

Ainda que se possa militar pela *absolvição* daqueles que, em 1973, deram origem a um Código abstruso, o que fazer com relação aos *reformadores* da obra que, preocupados com reformas que, no mais das vezes, pouco (ou nada) melhoram a rotina de quem recorre ao Poder Judiciário, ainda mantêm aquele verdadeiro estorvo que são as cautelares específicas. Não devem ser poucos os magistrados que, por sabedoria e conveniência, lacraram o seu Código de Processo Civil entre os artigos 813 e 889, de forma a facilitar o seu manuseio...

#### **4.2 O Poder Geral de Cautela como Instrumento de Efetivação da Tutela Jurisdiciona**

Como visto anteriormente, a doutrina concebe a atuação do juiz, por meio do poder geral de cautela, para proteger a lesão a direito da parte. Reconhece,

<sup>24</sup> STJ-RT 760/209.



ainda, a fungibilidade das medidas cautelares, conferindo ao juiz o poder de deferir a medida cautelar que julgar mais adequada em relação ao risco apresentado e ao direito da parte cuja proteção é reclamada. Também, incentiva o poder do juiz para proteger a atividade jurisdicional por meio da concessão de medidas cautelares de ofício.

Por outro lado, conforme a abordagem precedente deste tópico, a doutrina processual pátria também já identificara, desde muito, as insuperáveis limitações provocadas pelo excesso de restrições à atuação do juiz no exercício do poder geral de cautela, para a concessão das medidas cautelares inominadas, bem como os sérios problemas derivados dos exorbitantes requisitos das medidas cautelares típicas, além da inadequação do caráter *cautelar* conferido a várias das medidas especificadas no diploma processual.

Nesse sentido, SILVA, afirma que o juiz, nos limites que lhe são traçados pelos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, move-se com a maior liberdade de movimentos possível, só condicionado pelos pressupostos inerentes à tutela cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.<sup>25</sup>

Se tal é a orientação acertada, pois, a conclusão lógica que se admite é a absoluta desnecessidade da previsão legal de procedimentos cautelares específicos, deixando-se ao arbítrio do magistrado a concessão da tutela cautelar mais adequada ao direito cuja proteção é pretendida pela medida reclamada.

A doutrina já admitira essa concepção da desnecessidade dessa enumeração de procedimentos e requisitos da tutela cautelar, ainda que não a tivesse manifestado precisamente nestes termos. A crítica doutrinária é unívoca em apontar os problemas derivados da excessiva intromissão do legislador em relação aos procedimentos cautelares. Assim, mesmo a parcela da doutrina que concebe restrições ao exercício do poder geral de cautela, pelo juiz, acaba rendendo-se à visão que enxerga no julgador o poder para a atuação para a proteção do direito da parte e da própria jurisdição.

De tudo, tem-se que é inequívoca a orientação da doutrina quanto à excessiva limitação imposta para a atuação cautelar do magistrado, tanto em relação à proteção do direito da parte, em face dos excessivos requisitos para a concessão das medidas nominadas, e a limitação da liberdade do magistrado em relação às cautelares inominadas, quanto ao resguardo da própria efetividade da jurisdição, em razão das restrições impostas à atividade jurisdicional *ex officio*. Não é por outra razão que a doutrina também defende que a imposição de medidas cautelares *ex officio* pelo magistrado não deve ficar restrita à casuística enumerada pela lei, como destacam CARPENA e LACERDA.<sup>26-27</sup>

Caberia o exame da concepção proposta pela perspectiva inversa, a partir dos problemas derivados da concessão de poderes excessivos ao juiz, consubstanciados na ampla liberdade para o exercício da atividade cautelar no

<sup>25</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Comentários ao Código de Processo Civil; arts. 796 a 889; do processo cautelar*. 1985, p. 240. (b)

<sup>26</sup> Márcio Louzada Carpena. *Op. Cit.* p. 181.

<sup>27</sup> Galeno Lacerda. *Op. Cit.* p. 115.



processo. No entanto, situação muito mais perigosa do que aquela eventualmente derivada da liberdade concedido ao magistrado para o exercício do seu poder é a outra em que o juiz fica preso às amarras do legalismo procedimental, tolhido do exercício das funções e prerrogativas que, por princípio, detém *status* superior.

Em outras palavras, parece muito mais gravoso que, diante do temor do legislador, o excesso de cautela possa subtrair do juiz o exercício do papel que lhe incumbe na ordem constitucional.

Na preciosa lição de MARINONI,

*“(...) alguém poderia argumentar que não é conveniente dar ao juiz um poder tão amplo. Entretanto, se o juiz da Itália, da França, da Alemanha, da Inglaterra e de outros países – onde os jurisdicionados, em tese, podem suportar com mais facilidade o tempo de demora da Justiça – podem conceder tutelas sumárias que causem prejuízos irreversíveis ao réu, por que o juiz brasileiro estaria impedido de assim proceder? Na verdade, aqueles que temem o juiz brasileiro com o poder necessário para bem cumprir a sua função partem de uma premissa – não revelada – não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura. Está por detrás do raciocínio que pretende ver o juiz amarrado a idéia de que a Magistratura brasileira não é suficientemente preparada para ter poder. Tal maneira de pensar não só é arbitrária – até porque os juízes têm se mostrado muito mais preparados do que aqueles que editam as lei – como também, primária. Ora, se o juiz brasileiro, apenas em virtude da diferença entre a situação social do Brasil e a dos países europeus, não pode ter poder para aplicar um remédio essencial para a boa prestação da justiça, o médico brasileiro (apenas para tomar um exemplo) deveria estar impedido de utilizar instrumentos - que podem trazer riscos aos pacientes quando mal-administrados e que, por isso, também supõe profissionais bem preparados – necessários para a manutenção da vida de milhões de brasileiros! (...) Ninguém está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação da tutela jurisdicional adequada é inerente á função de juiz. O que acontece, na realidade, é que alguns querem um juiz que não é ‘juiz’, mas sim um simples burocrata”.*<sup>28</sup>

Na avaliação daquele ilustre doutrinador,

“Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social, ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O novo juiz, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade social perante a sociedade porque, a partir de agora, tem mais poder (...). [Os] cursos preparatórios para o ingresso na Magistratura (...) devem ser capazes de dotar os magistrados de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre o significado político da

<sup>28</sup> Luiz Guilherme Marinoni. A Antecipação de Tutela. 2002, p. 233-235. (b)



Magistratura e sobre a necessidade de uma postura crítica diante de uma sociedade que a cada dia se torna mais complexa e rica em diversidades”.<sup>29</sup>

De tudo, imperioso reconhecer a desnecessidade da previsão taxativa de procedimentos cautelares específicos; ressuma que a proteção ao direito da parte, como corolário da proteção da própria prestação jurisdicional, por meio da tutela cautelar, integra o papel do magistrado no Estado Democrático de Direito.

Diante deste quadro, a previsão de procedimentos cautelares específicos ganha ares anacrônicos, que demandam superação pela concessão ao magistrado dos poderes necessários ao exercício de sua função jurisdicional.

## **CONCLUSÃO**

O Livro III do Código de Processo Civil de 1973 preceitua, além das disposições relativas aos procedimentos cautelares em geral, uma enumeração de medidas específicas, que, a par de seguirem o rito comum do processo cautelar, no que cabível cada qual possui peculiaridades procedimentais próprias, adequadas as suas respectivas finalidades específicas.

Tais medidas, designadas como nominadas ou típicas, correspondem às opções do legislador em relação àquelas situações da vida que, por sua importância, foram eleitas para figurar no rol das medidas cautelares explicitamente previstas no Código, cujos requisitos também foram especificados no diploma legal.

A especificação das ações cautelares típicas tem duas funções: a de “predeterminação do conteúdo da medida”, concebendo cada um dos procedimentos cautelares com função própria, e a de predeterminar o interesse tutelado pela respectiva medida. Dessa forma, a intenção da lei seria a de estabelecer, em concreto, as hipóteses de seu cabimento.

Contudo, as medidas cautelares típicas, da maneira como foram concebidas, não são mais capazes de atender as necessidades do processo judicial, por não se mostrarem suficientes para contemplar as infinitas hipóteses de possível utilização da tutela cautelar, pela complexidade cada vez maior das relações sociais.

Além disso, alguns dos procedimentos previstos no Livro III não são “cautelares”, no sentido próprio do termo.

Não bastasse, as condições exigidas pela lei para a concessão dos procedimentos cautelares típicos esbarra nas limitações inerentes à prova daqueles requisitos, muitas vezes incompatíveis com a celeridade demandada da prestação jurisdicional e o caráter cautelar do procedimento pretendido.

E, se assim o é, a conclusão lógica que se admite é a absoluta desnecessidade da previsão legal de procedimentos cautelares específicos,

---

<sup>29</sup> Luiz Guilherme Marinoni. Op. cit. p. 235. (b).



deixando-se ao arbítrio do magistrado a concessão da tutela cautelar mais adequada ao direito cuja proteção é pretendida pela medida reclamada.

A doutrina já admitira essa concepção da desnecessidade dessa enumeração de procedimentos e requisitos da tutela cautelar, ainda que não a tivesse manifestado precisamente nestes termos. A crítica doutrinária é unívoca em apontar os problemas derivados da excessiva intromissão do legislador em relação aos procedimentos cautelares.

Mesmo a parcela da doutrina que concebe restrições ao exercício do poder geral de cautela, pelo juiz, acaba rendendo-se à visão que enxerga no julgador o poder para a atuação para a proteção do direito da parte e da própria jurisdição.

É inequívoca a orientação da doutrina quanto à excessiva limitação imposta para a atuação cautelar do magistrado, tanto em relação à proteção do direito da parte (em face dos excessivos requisitos para a concessão das medidas nominadas, e a limitação da liberdade do magistrado em relação às cautelares inominadas) quanto ao resguardo da própria efetividade da jurisdição (em razão das restrições impostas à atividade jurisdicional *ex officio*).

Não é por outra razão que a doutrina também defende que a imposição de medidas cautelares *ex officio* pelo magistrado não deve ficar restrita à casuística enumerada pela lei.

Caberia o exame da concepção proposta pela perspectiva inversa, a partir dos problemas derivados da concessão de poderes excessivos ao juiz, consubstanciados na ampla liberdade para o exercício da atividade cautelar no processo.

No entanto, situação muito mais perigosa do que aquela eventualmente derivada da liberdade concedido ao magistrado para o exercício do seu poder é a outra em que o juiz fica preso às amarras do legalismo procedimental, tolhido do exercício das funções e prerrogativas que, por princípio, detém *status* superior.

Em outras palavras, parece muito mais gravoso que, diante do temor do legislador, o excesso de cautela possa subtrair do juiz o exercício do papel que lhe incumbe na ordem constitucional.

De tudo, imperioso reconhecer a desnecessidade da previsão taxativa de procedimentos cautelares específicos; ressuma que a proteção ao direito da parte, como corolário da proteção da própria prestação jurisdicional, por meio da tutela cautelar, integra o papel do magistrado no Estado Democrático de Direito.

Diante deste quadro, a previsão de procedimentos cautelares específicos ganha ares anacrônicos, que demandam superação pela concessão ao magistrado dos poderes necessários ao exercício de sua função jurisdicional.

## **BIBLIOGRAFIA**



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno: de acordo com a lei nº. 10.444, de 7 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (b)

\_\_\_\_\_. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. (a)

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 796 a 812*. 8 ed., v. 8, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. São Paulo: Malheiros, 2002. (b)

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994. (a)

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba: Juruá, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo XII – Arts. 776 a 889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, Ovídio Baptista. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973. (a)

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796 a 889; do processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. (b)

## **FONTES**

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. ano 17, n. 65, p. 45-55. São Paulo: Editora, jan-mar/1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Esboço de anteprojeto de lei sobre medidas de urgência, antecipatórias e cautelares. *Texto elaborado para debate durante as V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em Foz do Iguaçu, entre os dias 5 e 7 de agosto de 2003, à tarde, em reunião exclusiva para os membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Considerações sobre a tutela cautelar. *Revista da AJURIS*. ano 13, n. 37, p. 159-165. Porto Alegre: Editora, jul/1986.