

## LIMITES AO PODER CAUTELAR GERAL E À CONCESSÃO DE LIMINARES

GALENO LACERDA

1. Há cerca de vinte anos, quando iniciei a árdua tarefa, que me consumiu mais de um lustro, de comentar os dispositivos do então novo Código de Processo Civil sobre o processo cautelar, a verdade é que era muito escassa a literatura a respeito da matéria, especialmente sobre o chamado "poder cautelar geral".

A Calamandrei pertencia a obra mais importante sobre o assunto – "Introduzione allo Studio sistematico dei Provvedimenti Cautelari" – editada em 1936. Nela, o espaço destinado ao poder cautelar geral é quase nenhum, a tal ponto que o célebre autor confessa, na primeira conclusão do trabalho, a "falta, *in iure condito*, de um poder cautelar geral, que permita ao juiz, em caso de perigo na mora, estabelecer de cada vez, independentemente dos meios especiais cautelares preconstituídos, as medidas assecuratórias que melhor correspondam às exigências do caso concreto" (ob. cit., nº 47, p. 147).

Nesse ambiente rarefeito, nosso Código de 1939 deu um passo adiante, ao estatuir no art. 675 que, "além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: (...) II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes". Entretanto, como a seguir, no art. 676, eram mencionadas as cautelas em espécie, a verdade é que o poder cautelar geral continuou mergulhado na timidez do esquecimento.

O Código vigente, afinal, lhe deu enorme dimensão no 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". Conferiu a lei, assim, um poder discricionário quase ilimitado ao Juiz para

decretar, inclusive, liminares acauteladoras do direito do autor, sempre que presentes, é claro, os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Os comentários a esse artigo do Código consistiram, para mim, em duro desafio, em virtude, principalmente, da ausência de fontes em que me inspirar. Para atingir a meta traçada, lancei-me, então, ao exame de milhares de acórdãos, nacionais e estrangeiros, não para descobrir neles exemplos de aplicação do poder cautelar geral, aliás, inexistentes, em regra, no Brasil, mas para verificar se, nos casos então julgados, caberia, ou não, eventualmente, em tese, a incidência desse poder. Procurei, assim, no comentário ao art. 799, seguinte, desvendar a possibilidade de cautelas inominadas ao longo de todo o direito positivo nacional, tanto privado quanto público, certo de que nosso Código de Processo Civil, ao contrário dos congêneres europeus, serve de veículo, também, à realização do Direito Público, o que dava abrangência muito maior à pesquisa, em confronto com os estudos realizados, na matéria, pelos processualistas estrangeiros.

Iniciei o longo passeio pelo exame de atuação do poder cautelar geral na tutela dos direitos fundamentais do homem; a seguir, tratei do mesmo poder em face do Direito Público e do mandado de segurança, passando pela Previdência Social e pelo Direito Administrativo, onde se sucederam os capítulos relativos aos servidores públicos, direito à certidão, serviços públicos, contratos administrativos, poder de polícia, direito de construir, poluição, ensino, desapropriação e *ius sepulchri*, seguindo-se ação popular, representação do Ministério Público estadual, outras questões de Direito Constitucional e Direito Tributário. Depois, sucederam-se os estudos sobre poder cautelar geral e direitos da personalidade. Na parte relativa ao Direito Civil, seguiu-se o exame da atuação desse poder em matéria de capacidade e estado das pessoas, no direito de família e no direito das coisas, este subdividido em posse e propriedade, direitos de vizinhança, condomínio, construções, serviços, águas, minas, direitos reais de garantia, direito autoral e imissão de posse; no direito das obrigações, coube examinar dito poder nas obrigações de fazer e de não-fazer, no pagamento, nos contratos em geral, na locação predial e do direito agrário, passando-se, então, para o direito das sucessões. A seguir, no Direito Comercial, no capítulo das sociedades, examinou-se a suspensão de deliberação social, de diretor ou administrador, e o uso ilegal de firma; nas cambiais e outros títulos de crédito, a sustação de protesto e de endosso; a seguir, o direito bancário, propriedade industrial, concorrência desleal, falências e concordatas, finalizando com rápido exame da atuação do poder cautelar geral em outros ramos do Direito.

Tamanhos foram os horizontes por mim desvendados à atuação desse poder, que, hoje, passados cerca de vinte anos, sinto-me em parte co-respon-

sável não só pelos acertos, senão que, igualmente, pelos desacertos e abusos cometidos no País, por advogados, juízes e Tribunais nessa matéria, de emprego cada vez mais difundido, através de jurisprudência sempre mais numerosa e imprevisível.

Por isso, este trabalho assume quase a feição de um juízo de retratação, de um *mea culpa* pela indesculpável omissão de um estudo mais aprofundado, em meu livro, dos limites à atuação do poder cautelar geral, em especial em matéria de contratos.

2. A verdade é que, em minha defesa, confesso que procurei referir e reproduzir aquilo que de mais importante havia na doutrina a respeito do assunto. Neste sentido, escrevi:

"Discrição não significa arbítrio fora da lei (...) senão que liberdade dentro dos limites por esta traçados.

"Assim, o poder cautelar inominado está sujeito aos mesmos pressupostos e condições gerais do Código sobre o processo cautelar, como legitimação processual e *ad causam* das partes, competência do juiz, aparência do direito, perigo de mora e receio de lesão. (...)

"A discrição, além disso, prende-se, na cautela inominada, à escolha da providência. Não pode o juiz, como já se disse, criar o direito material em abstrato e atribuí-lo à parte, e, nesse ponto, sem dúvida, seu poder revela-se menor do que o do pretor romano e o dos juízes anglo-americanos. O direito material constitui requisito ínsito no *fumus boni iuris*. A providência cautelar, sim, é que representa obra concreta de criação, não prevista pelo legislador, mas compreendida, necessariamente, no próprio dinamismo do direito material em contrato com a realidade. Assim, por exemplo, a sustação do protesto cambial constitui medida não prevista em lei, mas que se inclui, sem dúvida, no âmbito de eventual direito subjetivo material nascido de fato extintivo, como o pagamento, ou impeditivo, como a nulidade do título ou do negócio subjacente, ou da própria inexistência do negócio jurídico. O direito subjetivo material, o juiz não o cria, mas a providência cautelar de tutela, imprevista ou imprevisível em lei, sim. Com esta distinção, que é real e certa, evita-se o risco, apontado com freqüência na doutrina estrangeira, de que a concessão da cautela inominada importe prejulgamento do direito, objeto da ação principal. Claro está que esse prejulgamento não existe, nem poderá existir, mesmo quando a cautela importe antecipação, *meramente provisória*, da prestação jurisdicional de mérito.

"E aqui se indica outro limite à discrição do magistrado. Como acentua Goldschmidt ("Derecho Procesal Civil", p. 765, nº 2), a medida cautelar não pode criar a situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante, como

a entrega da coisa, a extinção da hipoteca, a desocupação do imóvel, salvo quando se tratar da satisfação de necessidades primárias (alimentos, relações de família etc.). Nesta ressalva que, eventualmente, poderá se estender a outras situações de extrema gravidade, (...) ocorre antecipação provisória e satisfativa da prestação jurisdicional, (...), mas a providência não perde o caráter condicional e provisório, e não significa, em absoluto, prejudgamento definitivo.

"A regra, porém, é que os atos satisfativos da natureza dos mencionados por Goldschmidt são vedados ao juiz, a título de providência cautelar inominada. Em lugar da entrega incondicional do bem, por exemplo, que ele ordene o depósito, mesmo que em mãos da parte interessada, mas sob o compromisso e as penas da lei.

"Dini nega, também, a possibilidade de, através da medida cautelar, obterem-se transcrições, inscrições ou modificação nos registros públicos, e os tribunais italianos têm-na igualmente recusado para prorrogar contratos, ou, em geral, para a completa satisfação do interesse material. (*I provvedimenti d'Urgenza*, ps. 266, 793, nº 157, e 846, nº 398)." C"Comts.", VIII-I, 4ª ed., ps. 86 a 89).

E encerramos, no livro, as considerações sobre o tema, manifestando nossa concordância com as restrições apontadas, cabíveis, também, em nosso direito, e chamando atenção para a prudência de que se deve revestir o Magistrado no uso do poder cautelar geral.

3. Vê-se, portanto, que o poder cautelar geral não pode ser ilimitado, que ele possui freios impostos pela própria natureza do direito material. Faltou, porém, em meu livro, a descoberta da causa, do porquê desses limites. Consola-me o fato de que essa omissão, na época, não era só minha. Constava de toda a doutrina. Essa, a verdade.

Por isso, lancei-me, agora, para suprir a lacuna, a uma indagação mais profunda das razões desses limites e das esferas jurídicas de sua atuação.

Neste ponto, a investigação histórica oferece-nos notável esclarecimento. De longa data, tem-nos preocupado a verificação de que, não só nos sistemas modernos, senão que nos antigos também, sempre houve a coexistência de dois modos de realização da justiça: um, caracterizado pelo contraditório, em situação de igualdade entre as partes até sentença final; outro, assinalado por decreto judicial liminar, a benefício, em regra, do autor.

A pesquisa histórica revelou fatos surpreendentes. Esse dualismo provém, na verdade, da época mais recuada do direito romano, do período do processo interdital, desde os albores de Roma, no século VIII antes de Cristo, até o século II da nossa era, período anterior, mesmo, ao das ações da lei, *legis*

*actiones*, nas quais já existia igualdade no contraditório inicial. A propósito, tive oportunidade de escrever longo estudo, intitulado "Mandados e Sentenças Liminares", publicado em várias Revistas, entre elas a Forense, vol. 236, ps. 12 e ss. Dele extraio alguns tópicos importantes à fundamentação deste trabalho:

"Quando se fala em interditos processuais acode logo a idéia dos remédios possessórios, donde a tendência dos menos avisados a pensar que os interditos do direito romano reduziam-se apenas à tutela da posse. Nada mais falso.

"No direito clássico, destinavam-se eles a todo tipo de proteção material. Existiam em grande número. Lenel e Riccobono anotam 47 (Riccobono, *Interdicta, in Novissimo Digesto Italiano*, VIII/794). Outros falam em cerca de 60, referindo-se apenas às espécies típicas, número que poderia aumentar de maneira indeterminada, porque era livre a criação de interditos úteis ou *ad hoc* pelo pretor (Gandolfi, *Contributo allo Studio del Processo Interditale Romano*, 1955, p. 2; Biscardi, *La Protezione Interditale nel Processo Romano*, 1938, ps. 34 e 131).

"Natural que para matéria tão vária inúmeras sejam as classificações propostas. Referirei aqui as mais importantes.

"Segundo a finalidade do mandado emitido pelo pretor, os interditos poderiam ser proibitórios, exhibitórios ou restituitórios. Os primeiros, denominados negativos, impunham um veto, isto é, um *não-fazer* a determinada conduta. Os outros, positivos, e por isso chamados mais propriamente *decretos*, consistiam numa ordem comissiva, num comando para exhibir ou restituir algo: *exhibeas, restituas*.

"Quanto ao objeto, Gandolfi os dispõe em três grandes categorias (ob. cit., ps. 139 e ss.). Na primeira, arrolam-se aqueles que regulam relações de direito sucessório. (...) A seguir, classificam-se os que visam tutelar relações de senhorio e gozo de coisas públicas e privadas, ou relações de garantia. (...) Finalmente, num terceiro grupo, situam-se os que visam a tutela da liberdade pessoal, especialmente no que diz respeito às relações de família.

"Consistiam os interditos numa ordem emanada diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra, na qual se impõe, a esta, um certo comportamento.

"Apesar de o litígio surgir entre particulares, através dele tutelava-se também o interesse público, na medida em que seu objeto consistia no uso de bens públicos, ou em situações protegidas pela ordem social. (...)

"Parece evidente, pois, que nessa época mais recuada, surgido o litígio, procurasse o interessado a autoridade pública do pretor para reclamar contra a conduta do adversário. Eis aí o interdito, a desencadear a intervenção do

magistrado, mediante procedimento baseado no *imperium*, fonte do edito pretoriano. Os estudos mais recentes convêm em que essa forma simples e direta de tutela jurídica foi contemporânea senão que anterior ao período das *legis actiones*, cujo formalismo complexo e sofisticado denunciaria estágio posterior de evolução social. (...)

"A permanência e ampliação dos interditos durante o período clássico do procedimento formulário revela, pois, que Roma conheceu, na verdade, dois grandes sistemas processuais paralelos de tutela jurídica, distintos na forma e diversos nos meios, e, em certo sentido, no próprio objetivo, embora tendentes, ambos, à solução definitiva da lide. (...) As relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram amparadas pelos interditos, emanados diretamente do poder de *imperium* do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas à *actio*, com juízo privado, de conteúdo indenizatório.

"Ou, segundo Gandolfi, enquanto a *actio* consistia no direito ao *judicium*, com condenação pecuniária, o *interdictum* era o direito ao decreto, com execução específica a determinado comportamento jurídico (ob. cit., p. 148). (...)

"De tudo quanto se expôs, ressalta à evidência a magnífica lição do direito romano. Legou-nos, na verdade, a sabedoria de suas instituições dois sistemas autônomos de processo civil, um, voltado à obtenção de mandado inquisitório, por vezes liminar, concedido mesmo sem a presença da parte contrária, mediante cognição sumária das afirmações do autor, aceitas como verazes, ante a revelia do demandando e se conformes com o edito; outro, destinado à solução de um contraditório desde o início, com a presença obrigatória das partes, desprovido, portanto, de mandado concreto e relegada a causa à cognição privada". ("*Mandados e Sentenças Liminares*", R.F., 236/12 e ss.).

4. Essa lição se projetou, ao longo da história, no processo moderno, mediante a criação de procedimentos dotados de liminar, a qual nada mais é do que um ato que torna manifesta a função cautelar do magistrado, quando presentes o risco de lesão e a verossimilhança do direito ameaçado. Neste sentido, todas as liminares possuem, sem dúvida, natureza cautelar.

Entre nós, por exemplo, a legislação difundiu o uso de liminares em inúmeros processos: nas ações possessórias, na nunciação de obra nova, nos embargos de terceiro, na alienação fiduciária, no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública, nas ações do Código de Defesa do Consumidor, na importantíssima ação declaratória de inconstitucionalidade em tese. Note-se que, em todas elas, ou estão presentes direitos absolutos (posse, p.ex.), ou direitos públicos relevantes, como ocorria nos interditos romanos.

O mesmo se diga, em regra, do poder cautelar geral. A propósito, se tem difundido a falsa idéia de que as cautelas não podem ser satisfativas. O erro provém da indevida generalização de um atributo próprio de determinadas cautelas, mas ausente em outras. Aliás, como esta matéria é altamente heterogênea, o sofisma habitual é o da generalização, consistente em atribuir a todas as cautelas aquilo que é exclusivo apenas de algumas. Assim, por exemplo, como o arresto e o seqüestro não são satisfativos, daí concluem, afoitamente, que nenhuma cautela pode ser satisfativa.

Nada mais falso. Tudo depende, exatamente, da *natureza do direito acautelado*.

5. A esta altura, convém lembrar a classificação dos direitos subjetivos, na lição do clássico Cunha Gonçalves:

"Com base na divisão clássica do direito objetivo, dividem-se os direitos subjetivos em *públicos e privados*. Os direitos subjetivos privados distinguem-se em *patrimoniais e não-patrimoniais*. Os *patrimoniais* separam-se em *direitos reais*, tendo por objeto as cousas, e *direitos de obrigação*, cujo objeto é qualquer prestação de coisa ou fato. Os *não-patrimoniais* subdividem-se em *direitos de personalidade, direitos de família e direitos corporativos*. Há também *direitos mistos*: o das *sucessões*.

"Sob o ponto de vista das relações com as outras pessoas, os direitos subjetivos são *absolutos* ou *relativos*. São absolutos os que podem ser opostos a toda e qualquer pessoa, cuja obrigação é *negativa* ou *de abstenção*, pois consiste em *não lesar, não perturbar o exercício* deles; tal é o direito de propriedade e as suas frações, designadas por *direitos reais*. São relativos aqueles que se referem a determinada obrigação de que é devedor determinada pessoa" ("Princípios de Direito Civil", I, Parte Geral, p. 63, nº 27).

Essas distinções fundamentais servir-nos-ão de bússola para definir os limites do poder cautelar geral e indicar os direitos sobre os quais caiba seu exercício e, bem assim, a natureza satisfativa, ou não, desse exercício.

Assim, salta aos olhos, de imediato, que os direitos absolutos, exatamente porque exigem o respeito de todos, comportam, se verossímeis, tutela liminar cautelar, provisoriamente satisfativa, a ser confirmada na ação principal. Por exemplo, nos direitos reais de vizinhança, as cautelas podem ser imediatas e satisfativas, no sentido de coibir, de pronto, o abuso, a poluição, o barulho, o perigo. O mesmo, no que concerne à necessidade de instituir, desde logo, cautelarmente, servidões de passagem, de luz, de água, de energia elétrica, mediante liminares também satisfativas e imediatas.

O direito da família, da mesma forma, exige, em regra, tutela cautelar

satisfativa: alimentos, guarda de filhos, regulamentação de visitas, por exemplo, reclamam pronto atendimento. O mesmo se diga dos direitos da personalidade: o nome, o decoro, o bom conceito, a imagem, a privacidade exigem igual resguardo, através de medidas evidentemente satisfativas.

6. Os direitos relativos, porém, "aqueles que se referem a determinada obrigação de que é devedor determinada pessoa", não comportam cautela satisfativa, salvo disposição legal. Nessa área, em que preponderam o poder da vontade e o ato jurídico perfeito, a função cautelar se limita, no máximo, a suspensões de eficácia do ato, jamais podendo desconstituí-lo ou modificá-lo, coisa reservada, exclusivamente, à sentença de mérito na ação principal.

Em princípio, portanto, não é admissível possa o juiz, no exercício do poder cautelar, imiscuir-se na intimidade de contratos para substituir-se à vontade de uma das partes, com o objetivo de cancelar-lhe a eficácia e impor-lhe, coativamente, algo por ele não desejado.

Vê-se, assim, que a sábia intuição romana de condicionar os decretos liminares à natureza dos respectivos direitos materiais se reveste de inteira procedência: as liminares satisfativas só cabem, em regra, nos direitos absolutos, nos direitos públicos, nos relativos à família ou à personalidade. Nos direitos relativos, ao contrário, como nos obrigacionais não é possível impor cautela satisfativa. No máximo, poderá ser ela suspensiva do ato, ou ter por objeto alguma prestação de garantia, como o arresto, o seqüestro, a caução.

Essas distinções servirão, na prática, de roteiro seguro para discernir a situar os limites concretos do poder geral de cautela.

7. Claro está que a lei pode criar exceção às conclusões acima lançadas, tendo em vista interesses sociais ou políticos relevantes. Essas exceções, porém, haverão de ser *expressas*, e só poderão vigorar se não ofenderem o princípio constitucional que ordena respeitar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna). Haverá nítida ofensa se a lei ou a decisão judicial importarem revogação total ou parcial de negócios jurídicos, sem vícios, livremente pactuados.

Em nosso direito positivo, podemos considerar a existência de duas exceções recentes à tese acima sustentada, da impossibilidade de cautelares satisfativas no direito das obrigações.

A primeira se manifesta no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), que permite ao juiz conceder tutela liminar, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. Não cabe essa antecipação coacta nas obrigações de dar, nem ofende o dispositivo o princípio do ato jurídico perfeito, antes o prestigia, pois cuida de tornar efetivo um negócio livremente pactuado.

A segunda exceção aparece no art. 68, II, e § 2º da Lei 8.245, de 18.10.91, que dispôs sobre locação de imóveis urbanos, ao permitir ao juiz, na ação revisional, a fixação cautelar de aluguel provisório, reajustável no curso da demanda. Claro está que a ação revisional deve obedecer ao disposto no art. 19 da Lei, isto é, somente será proposta a cada prazo de três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado. Fora daí não cabe, evidentemente, fixação cautelar dos locativos.

Mas, se a revisão se efetuar de acordo com a Lei, não haverá, também aqui, ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito, pois claro está que o legislador pode impor determinado prazo de vigência a um contrato ou a qualquer de suas cláusulas, sem incidir naquela eiva.

8. Em resumo e em conclusão de tudo quanto foi dito, torna-se evidente que o poder cautelar geral possui limites, em primeiro lugar, na Constituição e nas leis; em segundo, na natureza dos direitos acautelados. Esse poder poderá ser provisoriamente satisfativo, sujeito à confirmação pela sentença na ação principal, se tiver por objeto a tutela de direitos absolutos, de direitos de família e da personalidade.

Nos direitos relativos, como os obrigacionais, não caberá satisfação liminar, salvo quando autorizada em lei. As cautelas, aqui, limitar-se-ão, em regra, a decisões suspensivas ou de garantia. Em especial, não é admissível modificação ou revogação unilateral e liminar de ato jurídico perfeito.

Essas distinções encontram paralelo nas lições da história, na experiência multissecular do processo romano, onde já se intuía que a tutela liminar dos interditos estava condicionada à natureza dos direitos tutelados. Não se efetuava sem fronteiras, sem limites.

Essa lição, viva e perene, ainda vale para os dias de hoje, a evidenciar a identidade dos valores humanos ao longo da história e a permanência dos ideais de justiça na consciência dos homens.