

FUNÇÃO E PROCESSO CAUTELAR - REVISÃO CRÍTICA

Galeno LACERDA

1. O direito processual existe para servir de instrumento, de meio, à realização do direito material. Porque as partes não quiseram ou não souberam conduzir seu relacionamento segundo os ditames da lei material, dirigem-se ao Poder Judiciário pela via do processo, mediante o qual será concretizado, através da sentença, o direito aplicável ao litígio.

Instrumento não é, assim, nem adjetivo ou qualidade, nem forma da matéria que modela ou define, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade.

Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir seu objetivo há de ser, portanto, a adequação dos atos e funções processuais às peculiaridades da relação material que deles constitui objeto e sobre a qual incidem.

Nesta perspectiva, claro está que a função de conhecimento, porque visa à definição do direito em concreto, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realização coativa do direito declarado, ou para função cautelar, que busca a segurança da aparência dos direitos. Já se vê que a adequação representa o princípio fundamental, unitário e básico do procedimento, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo.

2. O Código de Processo, seja Civil, Penal ou do Trabalho, deve ser, assim, a fonte indicadora dos meios adequados a realização da justiça. É evidente que esses meios ou formas

processuais não podem ser transformados em fins em si mesmos, sob pena de grave desvirtuamento da própria justiça, e, neste sentido, sob o prisma de uma preocupação saneadora permanente, é que se deve reger a interpretação das normas processuais.

Por isso, dissemos, alhures, que "o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizadores das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da justiça".

A esses preceitos, denominei-os de "sobredireito processual", porque se sobrepõem aos demais, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade. Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isso, quando o Código, no art. 244, ordena ao juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistente prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido. Isto é, a cogência da norma inferior cessa.

3. Essas notáveis regras antiformalistas, de autêntico sobredireito processual, situam, sem favor, nosso Código de Processo Civil entre os melhores do mundo. Quem o diz é o Professor MARCEL STORME, relator-geral do tema sobre "O Ativismo do Juiz", no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em agosto de 1991 em Portugal: "C'est d'ailleurs au droit judiciaire brésilien que nous devons la plus belle règle en droit judiciaire, celle qui ordonne le juge à considérer un acte comme valide, dès que cet acte ait atteint son objectif (art. 244 Code

brésilien)". ("É, aliás, ao direito judiciário brasileiro que devemos a mais bela regra de direito judiciário, aquela que ordena ao juiz considerar um ato como válido, desde que tenha atingido seu objetivo (art. 244 do Código brasileiro)". ("Relatórios Gerais", I, p. 405).

Entretanto, se nosso Código merece, com razão, elogios nessa como em outras partes de seus dispositivos, o mesmo não se pode dizer quanto ao método por ele adotado para sistematizar a matéria regulada.

Em regra, os Códigos dos demais países se subdividem em três partes principais: geral, especial e execução. A função cautelar é tratada na parte geral, excetuado o diploma alemão, que a situa como apêndice da execução, fórmula que não merece aplausos.

Nosso Código inovou o sistema tradicional e modelou a programação da matéria pelo desdobramento de um programa de cátedra. Considerando que a doutrina distingue três funções na jurisdição: de conhecimento, de execução e cautelar, incidiu no equívoco de transformá-las nos três primeiros e fundamentais livros da codificação. E, assim, a parte geral foi colocada no processo de conhecimento, quando, na verdade, ela é comum a todas as funções. Atos processuais, jurisdição, competência, partes, pressupostos, prazos, provas, sentença, coisa julgada, recursos - constituem, na verdade, matéria essencial para o exercício das três funções. Enquadrar tudo isso sob o título de processo de conhecimento importou grave distorção lógica e metodológica.

4 - O pior é que o Código atribuiu a cada função o título de "processo", tratado em "livros" separados, como se elas fossem de todo estanques e autônomas, o que, positivamente, não é certo, e atenta contra a adequação do procedimento às peculiaridades da relação ou da situação material.

Na realidade, as funções jurisdicionais se interpenetram, mesmo as duas principais. Com efeito, as funções de conhecimento e de execução se cumprem de duas maneiras: ou sob a forma de sucessão alternada, ou de modo concomitante.

Como sucessão alternada, a situação varia conforme se tratar de procedimento comum e especial, em que o conhecimento precede a execução; ou de execução de título extrajudicial, que começa com atos de execução, seguindo-se, eventualmente, a cognição através dos embargos do devedor. Note-se que as funções se sucedem e alternam sem necessidade de processo novo.

Ocorre, porém, que, tendo em vista as necessidades materiais do litígio, a comunicação entre as duas funções se pode tornar ainda mais íntima, como sucede na execução provisória, em que, nos autos principais, continua a atuar a função de conhecimento através dos recursos sem efeito suspensivo, enquanto, simultaneamente, em primeiro grau ou em instância única, se promovem atos de execução provisória, apenas com autuação à parte.

5. Se conhecimento e execução se mesclam, assim, no sentido de afinar, de adaptar a dinâmica do processo às peculiaridades do caso concreto, com muito mais razão o mesmo deverá acontecer com a função cautelar, a qual, por sua própria natureza de tutela, de segurança, com vistas a garantir o resultado útil das demais funções, deve, necessariamente, se traduzir em vigilância permanente do juiz ao longo de todos os processos e, por isso, não calha de modo nenhum, ofende sua natureza, espartilhar e sufocar as cautelas sob o formalismo de um processo separado e autônomo.

Trata-se, na verdade, de uma função permanente, concomitante às demais e que nelas se interpenetra, como resulta de uma análise global de nosso sistema.

Com efeito, encontramos a todo momento, no sistema legal, a existência e a possibilidade de atos cautelares incidentes, sem ação nem procedimento próprios, mas enxertados em processos de outra natureza.

No Código de Processo Civil, há vários. Em primeiro lugar, a cautela de ofício, autorizada pelo art. 797, que faculta ao juiz, em casos excepcionais, determinar medidas cautelares sem audiência das partes. Já CALAMANDREI advertia para a semelhança

entre a função cautelar e a função de polícia do juiz, dentro do processo, para assegurar o resultado útil da jurisdição. Exemplos desse tipo de atuação temos não só no referido art. 797, como nos arts. 266 e 793, que autorizam o juiz, na suspensão tanto da ação quanto da execução, a decretar, de ofício, providências cautelares urgentes, para evitar dano irreparável.

Outras medidas cautelares referidas pelo Código, como simples atos do procedimento: arresto anterior à penhora (arts. 653 e 654); seguro obrigatório para operação de navio ou aeronave penhorados (art. 679); depósito de imóvel de incapaz que não alcançar em praça 80% do valor da avaliação (art. 701); várias providências cautelares previstas no procedimento do inventário (arts. 1000, parágrafo único; 1001, 1018 e 1039).

Acima de todas, porém, em importância, se destaca a medida da hipoteca judiciária, do art. 466, de natureza nitidamente cautelar: "A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos". E o parágrafo único prescreve que "a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária (...) III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença".

Em outras palavras, embora não tenha transitado em julgado a sentença, ainda assim poderá efetivar-se a hipoteca judiciária. Trata-se, sem dúvida, de medida cautelar de garantia, de enorme importância, de efeitos muito superiores aos do arresto ou do seqüestro, infelizmente, porém, ignorada pela quase totalidade dos profissionais do direito, porque não destacada pela doutrina, jazendo em inconcebível desuso. Claro está que, se o conjunto de bens livres do devedor superar o valor do débito, deverá a hipoteca judiciária ser precedida do procedimento voluntário de especialização, previsto nos arts. 1205 e seguintes do Código, obedecido o que, a respeito, dispõe a Lei dos Registros Públicos. Neste sentido, fomos relator de interessante caso, cujo acórdão foi publicado na RJTJRS, 124/160.

6. Ainda, no Código, encontramos inúmeras medidas cautelares previstas nos procedimentos de jurisdição voluntária, como depósitos, arrecadações de bens e outras.

Em segundo grau, as medidas cautelares também dispensam procedimento próprio. Podem ser requeridas ao relator (art. 800, parágrafo único), ou decretadas de ofício. Em caso de disputa acirrada de bens de espólio, inclusive móveis, entre a companheira e uma herdeira do extinto, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/confirmou decisão minha, como relator, no sentido de decretar de ofício o seqüestro de ditos bens, para evitar-lhes o desaparecimento. Tudo se fez nos próprios autos do recurso.

No Código Civil, no capítulo sobre os efeitos da posse, encontramos também importante seqüestro de ofício, no parágrafo único do art. 507: "Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque". Em minha longínqua experiência profissional como advogado, atuei em inúmeras ações possessórias sobre pinheiros em Santa Catarina, nas quais os Juízes de primeiro grau, acertadamente, haviam decretado o seqüestro de ofício das árvores, mediante simples despacho nos autos, como ato normal do procedimento possessório.

Enfim, as liminares constituem o exemplo mais frisante de cautelas diretas. 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 de Consumidor, na importantíssima ação declaratória de inconstitucionalidade em tese, em todas elas, a liminar tem como pressuposto os requisitos da cautela - o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora". Em outras palavras, cumpre nítida função cautelar, e é dada por simples despacho.

Nesse passeio panorâmico pelo universo da função cautelar, cumpre referir duas construções jurisprudenciais recentes, a primeira, do Tribunal Superior de Justiça, ao conceder efeito

suspensivo cautelar ao recurso especial, se presentes aqueles requisitos, e a segunda, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sediado em Porto Alegre, ao considerar de natureza cautelar o mandado de segurança usado, com tanta freqüência, para outorga de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, inovação esta devida ao juiz e professor TEORI ZAVASKI. Os argumentos por ele empregados me convenceram do acerto da construção, motivo por que reconsidero as objeções lançadas em meus "Comentários" a essa prática consuetudinária.

Aliás, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça confere ao relator a atribuição, até de ofício, de "submeter à Corte Especial, à Seção ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa" (art. 34, V), providência reiterada no art. 288, S 2º, no capítulo destinado às "medidas cautelares", segundo o qual "o relator poderá deferir liminarmente a medida 'ad referendum' do órgão julgador competente".

7. A análise que acaba de ser feita demonstra como a função cautelar não pode figurar em livro à parte, sob forma de ação e procedimento próprios, quando, na verdade, ela pode efetivar-se mediante simples ato judicial direto, mesmo de ofício, em todo e qualquer procedimento, seja de cognição, de execução, especial ou voluntário, regulado pelo Código ou por lei extravagante.

A matéria exige, portanto, profunda revisão. Não negamos a utilidade de se prever procedimento próprio para medidas cautelares, mas apenas para as antecedentes ao processo principal e para as que exigirem rito especial.

Aliás, as antecedentes jurisdicionais, em regra, se esgotam na liminar. Proposta a ação principal, a instrução se torna única e cumulativa, e os autos da cautela são apensos aos principais, neles só restando a liminar, se concedida. Em alguns Estados, contudo, se mantém o absurdo e oneroso hábito de levar-se o processo cautelar até o fim, de modo paralelo à ação principal, com grave prejuízo para a economia processual das partes e do

próprio juiz, o qual, avassalado por pilhas de feitos e pautas sem fim, ainda se dá ao luxo de realizar duas instruções e lavrar duas sentenças para a mesma lide; sim, porque a cautela expressa, apenas, uma necessidade de segurança emergente do conflito fundamental.

8. O que se verifica, em suma, é que os dispositivos do Código sobre a função cautelar não condizem com a realidade, e urge modificá-los.

A verdade é que, quando o Código foi elaborado há mais de vinte anos, pouco se sabia sobre a função cautelar. Tudo era novidade, já que o Código de 39 pouca coisa dissera a respeito e na jurisprudência os julgados eram raros, especialmente quanto ao importantíssimo poder cautelar geral.

Nestas condições, é natural padeça o Código em vigor de graves equívocos neste assunto. Por isso mesmo, não pode ser interpretado de modo formal e literal, sob pena de erros grosseiros, como resulta de certa jurisprudência afoita, editada no incício da vigência do diploma.

O erro lógico mais freqüente consiste na generalização dos dispositivos, sem atentar-se para o caráter altamente heterogêneo das medidas cautelares, que podem ser jurisdicionais ou voluntárias, antecedentes ou incidentes ao processo principal, concernir à segurança da prova ou dos bens, ou consistir em antecipação provisória da prestação jurisdicional, cada uma dessas espécies a apresentar peculiaridades, que repelem normas genéricas e globais.

Dá o equívoco, por exemplo, em matéria de competência, de interpretar-se de modo geral o art. 800, de modo a vincular-se ao juiz da causa medidas voluntárias antecedentes, como a vistoria "ad perpetuam"; ou da interpretação literal do art. 804, no sentido de cogitar-se de liminar nas cautelas voluntárias, quando, na verdade, só as jurisdicionais podem comportá-la; da extensão absurda da preclusão dos arts. 806 e 808 a todas as cautelas, inclusive em matéria de família, de direitos absolutos e personalíssimos, quando, na realidade, ela só cabe nas providências

de natureza patrimonial; da extensão indevida da contracautela do art. 805 a todos os processos cautelares, quando, na verdade, ela cabe apenas nas cautelas fungíveis, e não nas relativas, por exemplo, ao direito de família ou aos personalíssimos.

Em suma, durante séculos as medidas cautelares foram consideradas, apenas, na perspectiva do arresto e do seqüestro. Daí o sofisma resultante da indevida generalização das peculiaridades dessas providências a todo o universo dos direitos, públicos e privados, pessoais e reais, absolutos e relativos, em acintoso atentado ao princípio fundamental da adequação, instrumentalidade do processo, no sentido de sua adaptação à natureza vária das relações de direito material, a que deve necessariamente servir.

Por isso, a interpretação e aplicação/formal, literal e cega de um Código imperfeito a esse universo complexo há de gerar, fatalmente, distorções e atentados à própria realidade e à natureza dos direitos materiais controvertidos.

A verdade é que o método equivocado de elaboração do Código, ou seja, a confusão de funções jurisdicionais com "livros" de codificação prejudicou, de modo grave, especialmente, a função cautelar. Ficou-se com a errônea impressão de que toda ela deveria estar condensada no "livro" próprio, quando a realidade era inteiramente outra, pois dita função, permanente e viva, manifesta-se muito mais através de atos diretos nos processos principais, do que no procedimento próprio para ela previsto pelo Código.

Em outras palavras, não havia necessidade de livro próprio, a exemplo do que ocorre com os Códigos estrangeiros. Tão artificial foi sua adoção pelo nosso diploma, que, na verdade, faltou matéria para encher um livro inteiro. Por isso, para as cautelas em espécie, foram copiados simplesmente os dispositivos correspondentes do velho Código de Processo Civil de São Paulo, os quais, a seu turno, reproduziam os preceitos do vetusto Regulamento 737, de 1850. Daí, por exemplo, o intolerável anacronismo das disposições relativas ao arresto, de todo inaplicáveis ao direito moderno e incompatíveis com o poder cautelar geral consagrado pelo próprio Código.

Nada disso seria necessário. Bastaria referir, como um capítulo, da parte geral, a função cautelar, outorgando-se ao juiz poder cautelar geral e mencionando-se, eventualmente, algumas cautelas especiais.

O procedimento poderia ser o sumário, ressalvadas as providências diretas nos demais tipos de procedimento. Aliás, cumpre acentuar que, nos arts. 888 e 889, o Código adotou o rito sumário para várias ações, inclusive no direito de família, dotando-o de liminar (art. 889, parágrafo único).

A colocação dessas ações, quase todas principais, no livro sobre o processo cautelar, gerou o difundido equívoco de que seriam elas também cautelares. Assim, muito se falou e se tem falado em ação cautelar e ação principal de guarda ou de busca de filhos, ou de regulamentação do direito de visita, quando na verdade, o que existe, no Código, são apenas ações principais, pelo rito sumário, dotado de liminar, como foi demonstrado por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, nos "Comentários" aos referidos dispositivos (ed. Forense, VIII-II/379).

9. Em nossos "Comentários", defendemos a possibilidade, mesmo na vigência do atual Código, de uma interpretação construtiva e sistemática, no sentido de admitir-se a cumulação de ação principal e cautelar, ou de obter-se, desde logo, em petição inicial de ação principal, se presentes os pressupostos da cautela, liminar assecuratória do resultado útil da demanda.

São tantas as possibilidades legais de liminar em ações de toda ordem, sem que seu decreto gere tumulto processual, que não vemos nenhum obstáculo em sua generalização às demais demandas, obedecidos os referidos requisitos, tanto mais quanto, na prática, como vimos, as cautelas antecedentes jurisdicionais se esgotam na obtenção da liminar. Porque o farisaísmo de um processo inútil e dispendioso, apenso aos autos da ação principal, quando a mesma liminar poderia ser, desde logo obtida, se solicitada com a inicial da referida ação?

Não esqueçamos, enfim, que a necessidade da cautela brota do mesmo litígio. Se o Código, no art. 292, admite a

cumulação de ações, mesmo quando não haja conexão entre os pedidos, com muito mais razão será de aceitá-la quando o vínculo for de mera continência, como ocorre entre a ação cautelar e a principal, ainda mais considerando-se que a função cautelar, muitas vezes, senão em regra, se cumpre e realiza mediante simples despacho, simples decisão, no seio de qualquer procedimento de outra natureza, como a análise acima o comprovou.

Como quer que seja, impõe-se a revisão da matéria em nosso Código e do sistema que o inspirou. Enquanto isso não ocorrer, o que se verifica, é que a jurisprudência, fonte viva do direito, vem repelindo os artificialismos formais do Código, rejeitados, assim, pela própria dinâmica dos pleitos e pela inteligente compreensão de advogados, juízes e Tribunais, de tal sorte que o processo espelhe e traduza fielmente aquilo para o qual ele existe, ou seja, a complexidade e riqueza da vida humana, em seu relacionamento jurídico.