

PODER GERAL DE CAUTELA*

Francisco Cláudio de Almeida Santos

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor da UnB

1. Introdução:

As transformações sociais deste final de século, mais do que a "revolução industrial" há cem anos atrás, vêm causando perturbações profundas no Direito, seja no campo da valoração jurídica do próprio ser humano, das coisas, dos fatos e das relações, seja na área da compendiação das normas escritas, bem assim no funcionamento dos chamados Poderes do Estado, especialmente do Poder Judiciário, e na distribuição da justiça, cuja equanimidade, rapidez e eficácia são reclamadas.

De fato, as aglomerações urbanas fizeram com que muitos direitos individuais comuns fossem considerados coletivamente, sob pena de serem frustrados direitos fundamentais da pessoa, a maioria das vezes impotente para afastar a ameaça a estes e para obter a necessária reparação quando lesionados. O campônio, apesar de seu isolamento dos centros sociais mais populosos, passou a ser visto como merecedor de proteção especial, haja vista sensível vocação, quando não global, pelo menos, da sociedade do terceiro mundo, para a exploração do trabalho humano.

A violência, por outro lado, vinda do Estado, dos mais poderosos político e economicamente, dos infortunados, a destes, por certo decorrente da ausência de instrução, da falta de saúde, da carência de trabalho, da fome e do desespero, enfim do ambiente hostil em que vivem, num círculo vicioso a inchar como um tumor maligno, a violência, repito, provinda de qualquer setor ou grupo da sociedade, se não reprimida ou contida a tempo, pode causar ferimentos irreparáveis.

(*) Palestra proferida na Faculdade de Direito de Dourados (MS), em 05.05.90.

Mesmo a tecnologia, conquista de nossos dias, acaso mal empregada, pode acarretar danos impossíveis de serem ressarcidos concretamente.

No início deste ano de 1.990, lia-se na imprensa francesa que a década de 60 foi a da economia, o decênio de 70 foi o da administração, o de 80 o da informática, já o futuro decênio de 90 será o do direito, exatamente, para restabelecer o indispensável equilíbrio social afetado pelo desenvolvimento daquelas ciências e técnicas. Almejo que a previsão se concretize.

Diante desse quadro é fácil perceber a necessidade e a importância de o Estado, nas funções de juiz, de compositor de lides, de apaziguador dos conflitos sociais, não apenas no sentido de apreciador e julgador de pretensões de direito material, instrumentadas através do processo, atuar voltado para proporcionar segurança, garantia àquelas, dentro do próprio direito formal, a fim de não anular-se a tutela jurídica.

Em boa hora, o Código de Processo Civil de 11 de janeiro de 1973 (Lei nº 5.869), atento à moderna classificação das ações, de inspiração italiana, a dividi-las em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, fez corresponder a cada uma delas as modalidades de processo previstas nos livros I, II e III do Código, a disciplinar o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar.

Enquanto o primeiro tipo de processo, em lineamentos gerais, qualifica-se pela expectativa da parte a uma sentença declaratória, condenatória ou constitutiva, relativa a sua pretensão, o segundo caracteriza-se pela realização de um direito já demonstrado, e o último é identificado como meio impeditivo de ações ou omissões que venham a frustrar o direito, enquanto apreciado, ou sua concretização.

A cautela, pois, é uma das manifestações da função jurisdicional.

2. Origens:

Ainda que somente agora sistematizada a tutela cautelar, há quem situe suas origens no velho direito romano, conforme de-

monstra o Des. Júlio Carlos de Miranda Bezerra em artigo de doutrina sobre o tema⁽¹⁾.

Igualmente, salienta o douto Min. Sydney Sanches⁽²⁾, que Paulo, no Digesto (16.3.6.), definia o seqüestro, uma de nossas atuais medidas cautelares nominadas, como o depósito, em mão de terceiro, de uma coisa sobre a qual havia disputa, para ser entregue ao vencedor. De notar, ainda, a existência da ação "de liberis exhibendis", do aresto da "missio in possessionem" e mesmo do procedimento interdital romano.

No velho direito português, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas também continham disposições sobre a tutela cautelar, aplicadas no período colonial e imperial, no Brasil.

Entre nós, por igual, o conhecido Regulamento 737, de 1850, cuidou de medidas cautelares no título destinado aos processos preparatórios, preventivos e incidentes, no que foi seguido por alguns códigos estaduais.

O Código unitário de 1.939 disciplinava a cautela no livro V, destinado aos processos preparatórios, porém sem pô-la ao nível dos processos de conhecimento e de execução.

Já o estatuto processual civil em vigor dedicou ao processo cautelar todo o livro III, como antes consignado, com um Título único, "Das medidas cautelares", dividido em dois capítulos, I, "Das disposições gerais", e II, "Dos procedimentos cautelares específicos", sendo estas, com procedimento típico, assim nominadas: aresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, arrolamento de bens, justificação, protesto, notificação e interpelação, homologação de penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos. Ainda neste capítulo, a derradeira seção é dedicada a outras medidas provisionais: obra de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida, entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; posse provisória dos filhos, nos casos de desquite ou anulação de casamento; afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; depósito de menores ou incapazes castigados imodera-

(1) BEZERRA, Júlio Carlos de Miranda, "Considerações sobre o Poder Cautelar Geral do Juiz", in Rev. do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 14, nº 1, janeiro-dezembro de 1.985, p. 331).

(2) SANCHES, Sydney, "Poder Cautelar Geral do Juiz (no processo civil brasileiro)", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.978, p. 41.

damente por seus pais, tutores ou curadores ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; guarda e educação dos filhos; interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

3. Características do Processo Cautelar:

São características do processo cautelar, segundo a doutrina:

1ª - a acessoriedade;

2ª - a finalidade;

3ª - a provisoriedade;

4ª - a instrumentalidade hipotética.

É pacífico que o processo cautelar não justifica a sua existência, por si mesmo, embora seja reconhecidamente autônomo por seu objeto. Daí seu caráter acessório ou dependente, como afirma o Código (art. 796). Com efeito, de acordo com lição bastante conhecida de Carnelutti, enquanto o processo principal serve à tutela do direito, o processo cautelar se destina à tutela do processo.

A finalidade do processo cautelar é nitidamente preventiva, seja ela antecedente ou incidente, porque pretende evitar a ocorrência de danos, seja sobre coisas, pessoas ou fatos ou situações que interessam ao processo (provas).

Toda medida cautelar é matizada pela provisoriedade, leciona Humberto Theodoro Junior, no sentido de que a situação preservada não é definitiva, pois se destina a durar até o provimento prolatado no processo dito principal⁽³⁾.

A instrumentalidade hipotética é característica do processo cautelar porque o acautelamento pode ter por objeto direito que não vem a ser postulado em virtude da não propositura da ação principal, face algum motivo, ou direito que não vem a ser reconhecido pela sentença no processo principal⁽⁴⁾.

4. Condições de Admissibilidade da Ação Cautelar:

As condições gerais de admissibilidade da ação cautelar são

(3) THEODORO JUNIOR, Humberto, "Processo Cautelar", 11ª edição, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1989, p. 161, n. 125.

(4) SANCHES, Sydney, ob. cit. ps. 29/30.

as mesmas das demais ações: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa. Não é só, contudo.

São condições especiais de admissibilidade da ação cautelar ou requisitos para a obtenção da tutela jurisdicional cautelar, como doutrinam muitos, o **periculum in mora** e o **fumus boni juris**, sem prejuízo do atendimento de pressupostos próprios, para cada medida.

Localizam-se aqueles requisitos nos campos do interesse e da possibilidade jurídica, respectivamente.

O **periculum in mora**, ou risco de dano em face da demora, tem relação com o tempo, ou seja, enquanto não vem a tutela definitiva do direito, no processo principal. Por isso, óbvio, deve ser demonstrado, tanto mais que não prescinde de aferição, ainda que rápida e sumária.

O **fumus boni juris**, ou a plausibilidade do direito, não é um requisito de provimento antecipado da pretensão de direito substantivo, ainda que provisório. Cogita-se de uma tutela ao processo, em virtude do interesse na solução eficaz de uma lide, onde o direito da parte requerente da medida amostra-se com suposta existência. Este o seu conceito tradicional.

5. Poder Geral de Cautela:

Antes de prosseguir, convém deixar claro que a medida cautelar é a providência concreta tomada pelo órgão jurisdicional, no provimento final, ou liminarmente e, portanto não se confunde com a ação cautelar, podendo ser expedida ou não na ação cautelar. Na verdade algumas medidas têm a natureza de simples provimentos cautelares, meramente administrativos.

Expostas essas considerações, é oportuno encontrar, no Código de Processo Civil, as disposições que ordenam o poder geral de cautela do juiz. Colocou-as o legislador de 1.973, nas disposições gerais sobre medidas cautelares, mais precisamente, nos arts. 798 e 799. Outras normas ali tracejadas também são aplicáveis ao tema em especial, o art. 797, do qual se cuidará adiante.

Prescreve o art. 798 do estatuto processual de regência: "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”.

Sem esforço, percebe-se ser esta a sede das medidas cautelares inominadas ou inespecíficas, que, além das específicas, nominadas no capítulo próprio e já relacionadas retro, podem ser determinadas pelo juiz.

Tais medidas são aquelas sempre provisórias, como todas as medidas cautelares, que o dirigente do processo julgar adequadas ou sejam necessárias para evitar o dano à parte. Como se constata bastante vasto é o aspecto das cautelares inespecíficas, gozando o autor da ação de grande liberdade de escolha e assumindo a discricção do juiz enorme relevo.

Acentua Galeno Lacerda: “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*”⁽⁵⁾.

Claro que discricção não significa arbítrio, mas liberdade de escolha dentro dos parâmetros legais, confiada ao bom senso e à prudência do juiz. Diz o já citado Des. Júlio Carlos de Miranda Bezerra: “a autorização conferida legalmente ao Juiz, não o autoriza a ter procedimentos extralegais ou a guiar-se por seus preconceitos”⁽⁶⁾.

A provocação do poder geral de cautela está subordinada às mesmas condições gerais e pressupostos especiais de todas as ações cautelares.

O artigo em exame condiciona sua postulação, “quando houver fundado receio”, quer dizer, somente quando existir, não um simples temor, porém diante de “fundado receio”. Daí a exigência da demonstração e fundamentação do receio, de que uma parte acarrete “ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. O art. 801, que trata dos requisitos da petição inicial da ação cautelar, por outro lado, reclama “direito ameaçado” e “receio da lesão” (inciso IV). Observa-se ser o art. 798 mais enfático, ao exigir o “fundado receio”, a “lesão grave” e o dano dificilmnte reparável. Haveria alguma diferença entre os requisitos da medida específica e aque-

(5) LACERDA, Galeno, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, Tomo I, 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, p. 136.

(6) BEZERRA, Júlio Carlos de Miranda, ob. cit., p. 339.

les da medida inespecífica? Penso que não. Um dispositivo, a meu sentir, completa o outro. Apenas revela o art. 798 a intenção de alertar o julgador sobre o exercício de poderes tão extensivos quanto profundos.

Merecem atenção as seguintes passagens. Não é apenas a parte que é capaz de produzir danos ao direito da outra. As forças da natureza também são capazes de trazer prejuízos à parte, como no caso de gêneros deterioráveis, objeto do litígio, de um prédio que ameaça ruir, etc. Tais situações podem decorrer de omissões da outra parte, circunstâncias em que a cautelar é passível de deferimento contra o ato omissivo. Outrossim, o direito que corre o risco de ser farpeado não corresponde ao direito subjetivo material, devidamente titulado, mas apenas ao direito aparente, ou, como anotava Carnelutti, em seu projeto de código de processo civil italiano, "direito controvertido".

Ainda destaco não expressar a lei processual claramente o requisito do *fumus boni juris*, em nenhum dos dispositivos analisados, a exemplo do que consta no art. 7º, II, da lei do mandado de segurança ("quando for relevante o fundamento", como requisito da suspensão liminar do ato flanqueado), todavia, essa falta não dispensa a condição, segundo a unanimidade da doutrina e da jurisprudência.

Até quando pode ser determinada a medida? Naturalmente, até o julgamento da lide.

"Como no processo da execução não há julgamento da lide", suscita o Min. Sydney Sanches a seguinte questão: "poderia parecer que só se admitiria medida cautelar atípica antes de julgamento de ação principal de conhecimento. Não, assim, de execução".

E adiante, em sua conhecida monografia sobre o tema, esclarece: "Acatado o conceito de lide no sentido de um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, ela aparece tanto na ação de conhecimento quanto na da execução"⁽⁷⁾.

Problema tormentoso acontece quando a ação principal é julgada no primeiro grau da jurisdição ordinária ou na passagem desta para a jurisdição extraordinária, e surge, no interregno, a necessidade de manifestação jurisdicional cautelar específica ou não. A quem postulá-la? Entendo que o juízo prolator do provimento defini-

(7) SANCHES, Sydney, ob. cit. ps. 104/105.

tivo do feito não mais poderá fazê-lo-(art. 463 do C.P.C.). Por exclusão, a medida deverá ser pleiteada no juízo ad quem, sujeita, além das condições já referidas, a outra mais, à interposição do recurso cabível, seja qual for, mesmo que ainda não admitido. Isto porque o processo não pode ficar sem tutela, mormente nas instâncias superiores, durante lapso de tempo, por menor que seja.

Não é esse o entendimento da Suprema Corte que só conhece de pedido se o recurso na ação principal já estiver sob sua jurisdição.

A respeito, escrevi em decisão proferida na Petição de Medida Cautelar nº 47-SP, publicada no D.J. de 17.04.90, o seguinte trecho:

"A propósito do conhecimento de medida cautelar, nos tribunais superiores, durante a fase entre a publicação do decisório da jurisdição ordinária na ação principal e o recebimento do recurso para as instâncias extraordinárias ou até que o recurso esteja sob a jurisdição excepcional, severo, d.v., ainda que tecnicamente defensável, é o posicionamento de nossas Cortes.

Com efeito, na Questão de Ordem na Reclamação nº 243-8-SP, rel. o em. Min. Sydney Sanches, decidiu o Tribunal Máximo, em sua composição plenária: "Pedido considerado como de medida cautelar de efeito suspensivo para o recurso extraordinário, que ainda não está sob jurisdição do S.T.F. e que por isso carece de competência para determiná-la" (DJ de 12.02.88). Mais recentemente o mesmo Colegiado, na Petição nº 381-1-SP, rel. o em. Min. Carlos Madeira, proclamou: "MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. Efeito suspensivo a recurso extraordinário apenas ajuizado, mais ainda não submetido ao crivo do juízo de admissibilidade da Presidência do Tribunal de origem" (DJ de 03.11.89).

Neste Superior Tribunal, na Turma que integro, colho a seguinte orientação em acórdão da lavra do em. Min. Nilson Naves, na Petição nº 15-SP, assim ementada: "Medida cautelar pleiteando efeito suspensivo para recurso especial. Pedido não conhecido, por despacho, vez que sequer admitido, ainda, na origem, o recurso. Agravo regimental improvido" (DJ de 30.10.89).

Preocupa-me diante de tais decisões uma restrição: o reconhecimento da ausência de meios para a proteção da pretensão acautelatória, durante um lapso de tempo, pois, é certo,

não poder o Juízo a quo atender a uma necessidade de tal natureza ante a vedação contida no art. 463, do C.P.C. ("Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, ...").

Daí porque entendo deva o órgão jurisdicional **ad quem**, em situações excepcionais, no recurso especial ou extraordinário (Petição nº 128-PA, rel. Min. Octávio Galloti, RTJ 112/957), mesmo que ainda não admitido, conhecer do pedido cautelar, e, em condições normais, no recurso ordinário, dê que apenas interposto, igualmente conhecer do pleito assecuratório. A excepcionalidade, topicamente aferida, derivaria por certo do exame do **periculum in mora**, sem prejuízo da exigência do **fumus boni juris**, para o deferimento, em qualquer hipótese.

É o que penso emanar da garantia constitucional a qualquer ameaça a direito prevista no art. 5º, XXXV da Constituição da República.

Encontro, aliás, em despacho do em. Min. Vicente Cernicchiaro, a seguinte opinião em abono do entendimento por mim explicado:

"As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal nos termos do disposto no art. 800 do CPC.

Nos autos, restou comprovado, o mandado de segurança, ainda não foi julgado, conseqüentemente, não é o momento de processar recurso especial. Se interposto, ou pelo menos publicado o acórdão recorrível, aí sim, caberia ao Superior Tribunal de Justiça apreciar a decisão para, cautelarmente, prevenir dano irreparável.

De outro lado, há recurso específico para atacar a decisão impugnada. O respectivo órgão, manifestado o recurso, atrai a competência para apreciar a cautela" (DJ de 1º.11.89).

Diante do exposto, acho que tendo o dever de conhecer do pedido cautelar, tanto mais que exercitado em procedimento de natureza especialíssima, o mandado de segurança, cuja índole acautelatória é prevista **ab initio**, sob pena de negar à parte a prestação jurisdicional pretendida.

E conhecendo do pedido, concedo **ad referendum** da Turma, a cautelar solicitada, porque há evidência da plausibilidade do direito invocado por um lado, e por outro, há o **periculum in mora** a decorrer da apreensão e, posterior alienação das dragas dadas em

garantia fiduciária, bens que, normalmente, em virtude de não serem encontrados no mercado ou somente serem construídos nos estaleiros sob encomenda, não poderiam ser substituídos facilmente para a continuidade das atividades da empresa.

De harmonia com o exposto, e em razão da urgência, concedo liminarmente a cautelar, nos termos do pedido.”

Ao ensejo, noto que os Regimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são omissos quanto à garantia do “contraditório”, na apreciação de medidas cautelares, assegurada aos litigantes em qualquer processo, na Constituição, art. 5º, LV. Assim entendo que, ressalvada a hipótese do art. 804 (“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, **sem ouvir** o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, ...”), o relator (v. par. único do art. 800 do C.P.C.) observará o disposto no art. 802, mandando citar o requerido para, em cinco (5) dias, responder.

Para a concessão da medida, requer a lei que seja a “lesão grave e de difícil reparação”. Quer dizer, além de grave, também de difícil reparação. Melhor seria se a lei tivesse usado a disjuntiva “ou”, em lugar de “e”. A verdade é que uma lesão de difícil reparação, ainda que economicamente inexpressiva, dificilmente não será grave; se bem que uma lesão grave possa ser, em certos casos, reparável sem dificuldade.

O Min. Sydney Sanches, já tantas vezes lembrado, é de opinião que a jurisprudência pode encaminhar-se no rumo de uma maior liberalização na aplicação do dispositivo em comento.

Lembro que, no caso de mandado de segurança contra ato jurisdicional, a jurisprudência inclinou-se pela referência a dano de difícil reparação (RTJ 70/504).

A outra disposição a estabelecer comandos para a atuação do poder cautelar geral do juiz, em complemento ao anterior, reza: “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”.

Alguns autores vêm nesse artigo a medida exata do que o juiz pode autorizar ou vedar, ordenar e impor, a considerar, portanto, limitado o poder.

A melhor doutrina, sendo de destacar Galeno Lacerda, Sydney

Sanches e José Frederico Marques, contudo, ensina ser a previsão genérica ou exemplificativa.

Antes de avançar no exame do artigo dissecado, é oportuno realçar que, mais uma vez, o objetivo de "evitar o dano" é reforçado: "poderá o juiz para evitar o dano, autorizar". Dano que não é apenas o dano patrimonial, mas poderá sê-lo moral. Clássico é o caso, relatado por Calamandrei, relativo aos afrescos de um cabaré de Paris, que retratavam literatos e artistas famosos na época, despidos a bailar. Uma das atrizes, ofendida em seus direitos da personalidade, moveu ação contra o proprietário da casa pública para retirar a reprodução de sua figura do mural, obtendo êxito em cautela provisória a garantir-lhe a ocultação de sua figura, enquanto a ação principal não era julgada.

A respeito, registra o Min. Sydney Sanches: "sempre que alguém possa em ação própria lutar pela defesa de um interesse moral, pode, também cautelarmente obter a tutela provisória desse interesse"⁽⁸⁾.

Sobre as medidas exemplificadamente alinhadas neste artigo, cumpre distinguir a primeira parte delas, isto é, "autorizar ou vedar a prática de determinados atos". O primeiro verbo não tem a força que deveria emanar do comando. Melhor seria mesmo "ordenar", se já não figurasse na frase, nas medidas em seguida delineadas, ou "determinar", como sugere o Min. Sanches ⁽⁹⁾, ou decretar, alviro eu. Por outro lado, os atos decretados ou proibidos são quaisquer atos e não certos atos, dêis que comportáveis dentro da vastíssima gama das medidas passíveis de serem tomadas pelo julgador, no âmbito de seu poder geral de cautela.

Quanto à segunda parte ("ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens"), consubstanciam exemplos, sem prejuízo de outras medidas provisionais da mesma natureza, encontradas no art. 888 do CPC. Enquadra José Frederico Marques naquelas a guarda de doente mental, interditado ou não⁽¹⁰⁾.

Registre-se não ser o depósito de bens providência de ato pertinente ao procedimento, conforme inúmeros exemplos oferecidos exaustivamente por Galeno Lacerda em seus comentários ao códici-

(8) SANCHES, Sydney, ob. cit., p. 107.

(9) SANCHES, Sydney, ob. cit., p. 112.

(10) MARQUES, José Frederico, "Manual de Direito Processual Civil", vol. IV, 7ª edição, atualizada, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, p. 380.

go, nem medida preparatória de ação de conhecimento. É medida cautelar⁽¹¹⁾.

Em sua última parte, o art. 799 dispõe sobre a imposição de caução. Confira-se versar a norma sobre a caução decorrente de lei ou contrato, e, portanto, inconfundível com a medida específica dos arts. 826 e seguintes, ou com a contracautela (art. 804), ou, de resto, com a caução substituta de outra medida (art. 805).

Ao encerrar essa parte, trago uma questão prática freqüente de cautelar pleiteada e obtida, em geral de Juízes de Primeiro Grau, para impedir o credor de executar o devedor. É possível o cerceamento do direito de ação à parte, em alguma situação? Entendo que não, e na primeira oportunidade que tive de examinar o tema não vacilei no sentido de conceder "liminar", em mandado de segurança para sustar o ato judicial impetrado a determinar aquela extrema abstenção. Nesse sentido posicionam-se os tribunais de apelação, em sua maioria, e, certamente, no mesmo teor, o colendo Superior Tribunal de Justiça firmará seu convencimento.

6. Cautelares De-Ofício:

Por último, estudo o art. 797 do CPC, antecedente daqueles que dispõem sobre o poder geral de cautela. Diz aquela norma: "Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz, medidas cautelares sem a audiência das partes".

"Enquanto o art. 804 cogita da tutela liminar, a pedido do autor, sem audiência do réu", assevera Galeno Lacerda, "o art. 797 cuida do poder legal do juiz de decretar medidas cautelares sem a audiência das partes"⁽¹²⁾. Nota-se que o festejado mestre fala em poder legal do magistrado, como a deixar evidente derivarem as medidas exclusivamente de lei, não do poder geral de cautela em si. "Só em casos excepcionais, expressamente autorizados", aqueles casos, "por lei", dita o ordenamento processual, ficando claro a indiscutível vinculação da medida à lei, seja processual ou outra qualquer.

De acordo com o autor gaúcho, houve equívoco no Simpósio de Curitiba ao proclamar: "no caso do art. 797 não pode o juiz agir

(11) LACERDA, Galeno, ob. cit., p. 11.

(12) LACERDA, Galeno, ob. cit., p. 110.

de ofício" (conclusão nº LXV)⁽¹³⁾. Na realidade, aqui dá-se exatamente o contrário. A cautela cá disciplinada é a que pode ser concedida de-ofício. E se assim não se entender, além de afrontar o intérprete a lei, sentido não terá o art. 804, adiante, a inserir igual princípio.

Efetivamente, preso à regra de hermenêutica de que a lei não contém palavras inúteis e, muito menos, um artigo inteiro, não se pode atribuir ao art. 797 o mesmo efeito do art. 804. Saliente-se que a lei faz alusão às partes, ou sem audiência delas, de nenhum dos litigantes, como reforço ao entendimento de cogitar-se aí de cautelar de-ofício.

In casu, como conciliar-se a cautela de ofício com o princípio "ne procedat iudex ex officio"? A solução é dada por Galeno. A cautela de-ofício é ato de natureza administrativa, logo, não se deve conceituar o art. 797 como exceção ao art. 2º do CPC⁽¹⁴⁾.

São providências exemplares da cautela de-ofício os arts. 266 e 793, que, nas ações de conhecimento e de execução, permitem ao juiz, durante a suspensão do processo, a adoção de providências urgentes; o art. 653, que trata do aresto dos bens do devedor quando este não for encontrado, ainda que alguns atribuam à medida feição executiva; o art. 679, que dispõe sobre o seguro de navio ou aeronave para que possam continuar a navegar ou operar; o art. 701, que tem por objetivo a proteção de interesses de incapazes, na alienação judicial; o art. 919, na ação de prestação de contas; no inventário, os arts. 1000, III, par. único, 1001, 1016, § 1º, 1017, § 2º, 1018, par. único, 1019 (o Código, inclusive, denomina tais atos de medidas cautelares); o art. 733, § 1º, a prever a prisão cautelar do devedor de alimentos, inadimplente; nos procedimentos de jurisdição voluntária vários são os casos de cautelas administrativas de ofício, tais como as providências previstas nos arts. 1142, 1149, 1145, 1146 e 1147 (sobre herança jacente), 1160 (sobre bens de ausente), 1170 (sobre coisas vagas) e 1113 (alienações judiciais); na interdição, o art. 1197, a admitir a nomeação de substituto do tutor ou curador; nos conflitos positivos de competência, a faculdade do relator de designar um juiz, dentre os colidentes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. O art. 888 me-

(13) LACERDA, Galeno, ob. cit., ps. 110/111.

(14) LACERDA, Galeno, ob. cit., ps. 112/113.

rece capítulo a parte, a cuidar de "outras medidas provisionais", já enunciadas no início.

Em todos estes casos, ensina Galeno Lacerda, sendo patente o interesse público ou de ordem pública, como a lei contém a alternativa "ordenar ou autorizar", deve-se entender que a medida possa ser decretada de-ofício, ordenada, ou a pedido, autorizada⁽¹⁵⁾.

É de ver-se a oportunidade em que o juiz pode interferir de-ofício, invadindo às vezes, esfera privada do casal ou da família.

Não se esgotam as medidas ora exemplificadas na lei processual civil. Outras mais são encontradas no Código Civil (arts. 214, par. único, 394, 445 e 453, 472, 507, par. único, 1756, 1779 e 1796, §§ 1º e 2º), no Código de Menores (inúmeras) e em outros diplomas legais.

O tema aqui abordado tem vários pontos a exigir estudos mais aprofundados para sua melhor compreensão. Com efeito, não são poucas nem pequenas as controvérsias. Por isso, nem de longe é meu objetivo concluir este estudo apresentando-o como definitivo. O dia-a-dia, aliás, está a enriquecê-lo e transmudá-lo.

(15) LACERDA, Galeno, ob. cit., p. 120.