



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
GRADUAÇÃO

DIANE ESPÍNDOLA FREIRE MAIA

PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA À EFETIVIDADE DA  
TUTELA JURISDICIONAL

Fortaleza-CE

2007

DIANE ESPÍNDOLA FREIRE MAIA

PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA À EFETIVIDADE DA  
TUTELA JURISDICIONAL

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Maurício Benevides

Fortaleza-CE

2007

DIANE ESPÍNDOLA FREIRE MAIA

PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA À EFETIVIDADE DA  
TUTELA JURISDICIONAL

Esta monografia foi submetida à Coordenação do Curso de Direito, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará – UFC e encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que feita de acordo com as normas de ética científica.

Data da aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_

---

Prof. Maurício Benevides

Prof. Orientador

---

Prof. Marcos José

Membro da Banca Examinadora

---

Geraldo Holanda

Advogado

Membro da Banca Examinadora

## AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer acima de tudo a Deus, pelas oportunidades e pela nova chance de aprendizado. Espero poder retribuir tudo que tenho recebido.

Aos meus pais, os quais não pouparam esforços para me proporcionar essa oportunidade ímpar. Em especial a minha mãe, que com muita dedicação me auxiliou na conclusão deste estudo monográfico. Também aos meus irmãos, pela paciência e companheirismo. Ainda a toda minha família e amigos.

Ao Vovô Braz e à Vovó Neide, obrigada por tudo, que Deus os abençoe e ilumine. Ao Vovô Aldenor, pelo exemplo. Obrigado ainda à Vovó Anayde, que a presença amiga e carinhosa tem nos proporcionado momentos de muita felicidade.

Ao meu orientador, Prof. Maurício Benevides, pelo muito que tem me ensinado e ainda pelo esforço para que esse trabalho tenha sido concluído.

A todos os professores, funcionários e colegas da Faculdade de Direito e do Colégio Militar de Fortaleza, a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho.

É imprescindível enriquecer o pensamento, incorporando-lhe os tesouros morais e culturais, os únicos que nos possibilitam fixar a luz que jorra para nós, das Esferas Mais Altas, através dos gênios da sabedoria e do amor que supervisionam nossas experiências. ... E, como não podemos fugir ao imperativo da atração, somente retrataremos a claridade e a beleza, se instalarmos a beleza e claridade no espelho de nossa vida íntima.

Chico Xavier

Nos Domínios da Mediunidade, pag. 18,

Pelo Espírito André Luis

## RESUMO

O presente estudo monográfico tem por escopo analisar o instituto processual do Poder Geral de Cautela e sua atuação como garantia à efetiva prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário. Para alcançar este objetivo foi apreciado a origem do Processo Cautelar, bem como sua confirmação como terceira forma de Jurisdição. Buscou-se uma compreensão acerca das particularidades do art. 798 do Código de Processo Civil, analisando seu objeto, seus requisitos, sua natureza e a importante questão da discricionariedade do magistrado, juntamente com seus limites. Concluindo o presente estudo monográfico, o último capítulo versou acerca dos princípios constitucionais que definem a prestação jurisdicional, sobretudo quanto à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Analisou-se a importante influência da duração dos atos procedimentais sobre o objeto do processo principal e, como em muitos casos que se apresentem ao judiciário, a parte teria seu direito lesado caso não houvesse a utilização dos atos acautelatórios, em especial o poder geral de cautela. Por último, um exame das particularidades do poder geral de cautela e como sua atuação preserva o mérito do processo principal, garantindo a credibilidade e eficácia da prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Jurisdição ; Poder Geral de Cautela ; Processo Cautelar ; Discricionariedade ; Perigo de dano.

## ABSTRACT

The present monographic study aims to analyze the procedural institute of the General Power of Caution and its performance as guarantee to the effective judgement on the part of the Judiciary Power. To reach this objective, they assayed the origin of the Preventive injection, as well as its confirmation as third form of Jurisdiction, focusing on origin of the general power of caution. An understanding concerning the particularities of art. 798 of the Brazilian Civil Code, analyzing its object, its requirements, its nature and the important question of the discricionarity of the magistrate, together with its limits, when of the application of the general power of caution in the presented case. Concluding the present monographic study, the last chapter discusses the constitutional principles that define the judgement, specifically the inability to fall appart from jurisdictional guardianship. It was considered important the influence of the duration of the procedural acts on the object of the main process and as in many cases that if presented to the judiciary it would have its rights injured in case that it had not used the acauteatórios acts, in special the general power of caution. Finally, an examination of the particularities of the general power of caution and as its performance preserves the merit of the main process, guaranteeing the credibility and effectiveness of the judgement on the part of the Judiciary Power.

Word-keys: Jurisdiction; To be able General of Caution; Preventive injection; Discricionariedade; Danger of damage.

# SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO, 9

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR, 11

2.1. Esboço Histórico do Processo Cautelar, 11

2.2. Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo cautelar, 12

2.3. Evolução da concepção doutrinária sobre de Processo Cautelar, 14

2.3.1. Calamandrei, 15

2.3.2. Chiovenda, 16

2.3.3. Carnelutti, 17

2.4. Fontes Históricas do Poder Geral de Cautela, 17

3. PODER GERAL DE CAUTELA, 20

3.1 Noções Gerais do Poder Geral de Cautela, 20

3.2. Objeto do Poder Geral de Cautela, 21

3.3. Requisitos do Poder Geral de Cautela, 23

3.2.1. Fundado receio de dano iminente, 24

3.2.2. *Fumus boni iuris*, 26

3.4. Natureza do Poder Geral de Cautela, 27

3.5. Discricionariedade do magistrado, 28

3.6. Limites da aplicação do Poder Geral de Cautela, 31

3.7. Exigência da vinculação do juiz ao pedido da parte, 33

4. PODER GERAL DE CAUTELA E TUTELA JURISDICIONAL, 37

4.1. Jurisdição, 37

4.2. Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, 40

4.3. Processo e o Tempo, 43

4.4. Poder Geral de Cautela integra a função jurisdicional, 46

5. CONCLUSÃO, 48

BIBLIOGRAFIA, 50

## INTRODUÇÃO

Como Princípio Fundamental ratificado em nossa Carta Magna, precisamente no artigo 5º, inciso XXXV, tem-se que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Note-se que há uma variedade ilimitada de situações materiais, nas quais o direito da parte possa vir a reclamar proteção do Poder Judiciário, de modo que o legislador buscou recursos através dos quais o aplicador da norma judiciária aprecie e proteja de forma eficaz o direito da parte.

O atual estudo monográfico visa exatamente a problemática doutrinária acerca da efetividade da tutela jurisdicional, constatando os muitos casos nos quais exigem a inafastabilidade entre a tutela judicial e o instituto do Poder Geral de Cautela.

Muitos são os obstáculos a impossibilitarem que a parte tenha seu direito tutelado no decorrer do processo principal. Dentre os empecilhos, destacam-se os que eventualmente possam surgir em virtude da duração do processo. Quando assim se apresenta, surge a necessidade de eliminar ou neutralizar o *periculum in mora*, através de medidas que protejam o objeto do processo principal.

É através dessa perspectiva que se justifica a importância do processo acautelatório e, em especial, o Poder Geral de Cautela, o qual se destina a garantir a prestação efetiva da tutela jurisdicional, evitando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, obstariam a realização do processo de conhecimento ou execução.

Sob esta visão, a monografia do qual se cuida concretiza uma análise crítico-reflexiva, propondo-se a perquirir alguns questionamentos, dos quais: Como o Poder Geral de Cautela viabiliza a tutela Jurisdicional; Quais requisitos são necessários para a aplicabilidade do instituto em comento; Os limites legais para sua aplicação e, finalmente, sua importância para a efetiva prestação jurisdicional.

Através das características específicas do Poder geral de Cautela, bem como as particularidades que regem nossa jurisdição pátria, o escopo deste estudo monográfico é fazer compreender a interação entre o art. 798 do Código de Processo Civil e o Princípio da Inafastabilidade da Tutela do Poder Judiciário. Evidenciando como o instituto em comento, quando exigido, é um dos meios mais eficazes para a efetiva prestação jurisdicional.

## 2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PROCESSO CAUTELAR

### 2.1 ESBOÇO HISTÓRIO DO PROCESSO CAUTELAR

Antes de abordar efetivamente o objeto da presente monografia, é conveniente iniciarmos por uma retrospectiva, no que se refere ao surgimento e evolução do Processo Cautelar, objetivando a adequada compreensão das particularidades que evidenciam a importância do processo acautelatório, como terceiro gênero de tutela jurisdicional no campo do Direito Processual Civil.

Foi no Direito Romano que se deu o surgimento de algumas medidas preventivas, muito embora, não houvesse uma idéia de procedimento cautelar como forma particularizada de jurisdição. Por exemplo de medida acautelatória, apresentamos o instituto do seqüestro, o qual consistia no depósito em mãos de um terceiro de coisa sobre a qual existia uma disputa entre duas ou mais pessoas.

Urge ratificar, que não havia no Direito Romano uma idéia de Ação Cautelar como hoje se encontra em nosso Ordenamento Jurídico. Os atos acautelatórios asseguravam a concreta atuação jurisdicional, já concedida ou não pelo Processo de Conhecimento, com o fito de proteger a situação de fato contra um possível abuso.

Tem-se no Direito Romano o início do entendimento acerca do Poder Geral de Cautela, uma vez que o pretor romano possuía o poder não só de constituir a medida cautelar, mas também, a criação do direito ainda não positivado, visando assegurar a situação de fato contra uma possível violação, muitas vezes irreparável.

## 2.2. PROCESSO DE CONHECIMENTO, PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO CAUTELAR.

Com o advento da ciência processualista, surgiu o entendimento de processo como instrumentalização para a realização do direito material. Processo passou a ser compreendido, segundo Humberto Theodoro (1998), como “[...] instrumento da atividade intelectual do juiz, apresentando-se como a série de atos coordenados, regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”.

Salienta-se que, de acordo com a situação litigiosa em que se apresentam as partes, o procedimento pode se manifestar de diferentes maneiras. De início, identificaram-se duas categorias distintas de processo: Processo de Conhecimento e Processo de Execução.

Tem-se o processo de conhecimento quando o juiz, à luz da norma geral e abstrata, deve individualizá-la e concretizá-la ao caso litigioso, aplicando o direito ao fato. Seu procedimento deve ser desenvolvido de modo a permitir a interação equilibrada entre as partes processuais e a correta averiguação dos fatos litigiosos.

Assim ocorrendo, o juiz deverá aplicar a norma ao fato, desempenhando uma atividade lógica e intelectual. No processo de conhecimento, o magistrado, também, deverá averiguar a efetiva situação jurídica das partes envolvidas.

O processo de execução, por seu turno, pressupõe uma sentença de mérito já devidamente formulada num processo de cognição, devendo haver um direito já certificado jurisdicionalmente ou uma pretensão baseada em um título executivo extrajudicial.

Quando a situação fática assim se apresenta, o doutrinador Alcides Alberto entende que o magistrado deve exercer seu poder de imperium, “ (...)para o fim de conseguir por meio do processo e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica (sancionadora) que não foi obedecida”.

O processo executivo viabiliza e concretiza uma ordem jurídica já previamente estabelecida. Nele o juiz deverá desempenhar uma atividade mandamental, visando tornar viável a realização do direito já consagrado pelo processo de conhecimento.

Durante o desenvolvimento do estudo processualista, observou-se que determinados atos não poderiam ser inseridos no âmbito do Processo de Execução, nem tão pouco nos procedimentos de conhecimento. Evidenciou-se que medidas conservativas exigiam um procedimento particular e diferenciado dos demais processos jurisdicionais. Assim, a Ação Cautelar surge após lenta evolução, como um terceiro gênero, diverso do conhecimento e execução.

Durante o desenvolvimento dos atos processuais, inafastáveis para a correta apuração dos fatos, corre um período de tempo, durante o qual se desenrola a lide, com todos os possíveis prejuízos que daí possam derivar para o direito das partes. É visando resguardar o objeto do processo principal, que surgiu o procedimento cautelar.

As diversidades entre as ações de conhecimento e execução dos atos assecuratórios deram ensejo ao aparecimento do processo cautelar com características próprias de Processo.

Todavia, devido ao entendimento enraizado de que processo deveria ser instrumento de concretização de direito material, a doutrina vigente não permitiu que o procedimento cautelar fosse, de imediato, entendido como processo próprio.

Visto que os atos cautelares não davam efetividade a um direito em abstrato, nem tampouco possuíam o poder de realizar a ordem jurídica estabelecida, foi compreendido que tais atos deveriam compor um processo autônomo, com procedimentos próprios.

Concluiu-se que a função cautelar seria a de assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingisse o estágio último da prestação jurisdicional. Neste momento surge o Processo Cautelar como nova espécie de jurisdição. Utilizando os ensinamentos do ilustre doutrinador Humberto Theodoro (1998), tem-se que:

[...] a função cautelar não é, contudo, substitutiva ou alternativa da definitiva função jurisdicional, realizável, com propriedade, pelos processos de cognição e de execução. Na verdade, as medidas cautelares não têm um fim em si, eis que servem a um processo principal e, em consequência, sua existência é provisória, pois depende das contingências deste.

### 2.3. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O PROCESSO CAUTELAR

No início do século passado, a Doutrina Italiana realizou os primeiros trabalhos teóricos, versando acerca dos procedimentos assecuratórios, concluindo que alguns atos de função meramente conservativos não poderiam ser reduzidos ao campo do processo executivo, como entendia a Doutrina Alemã no fim do século XIX.

Embora divergissem entre si, foram os grandes processualistas italianos que primeiramente formularam as principais teorias que embasaram o

convencimento de Processo Cautelar autônomo e distinto dos demais procedimentos jurisdicionais.

Dentre os grandes teóricos italianos, três se notabilizaram por seus trabalhos na seara processualista. Através das teorias destes doutrinadores, o processo cautelar ganhou força e embasamento teórico para ser considerado um terceiro gênero processual, juntamente com o processo cognitivo e executório. Foram eles Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

### 2.3.1PIERO CALAMANDREI

Segundo a teoria de Calamandrei, os procedimentos cautelares seriam instrumentais. Seus atos nunca constituiriam um fim em si mesmo, visto que seu objetivo é o de assegurar previamente o resultado prático do processo principal. A instrumentalidade que subordina qualquer ato acautelatório à providência definitiva é o fator que mais distingue a medida cautelar das ações executórias.

A medida cautelar não nasce para realizar o direito, sua finalidade imediata é a de assegurar a eficácia do processo principal, o qual propicia a incidência do direito ao fato real. Quanto à finalidade precípua do procedimento cautelar, esta consistia em contribuir para a efetiva prestação jurisdicional. Willard de Castro (1988) se posiciona nos seguintes termos

Se todas as providências jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que se atua através delas, nas providências cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer ao quadrado; são um efeito, de uma maneira inevitável, um meio predisposto para melhor êxito da providência definitiva, que, a sua vez, é um meio para a atuação do direito, isto é, são, em realidade, a finalidade última jurisdicional, instrumento do instrumento.

Na teoria desenvolvida por Calamandrei, a Ação Cautelar não era entendida como um terceiro gênero de jurisdição. Embora os atos acautelatórios possuísem características próprias processuais, sua definição não deveria ser estabelecida na qualidade de seus efeitos, mas no objetivo de sua utilização, ou seja, a antecipação dos efeitos da providência principal.

### 2.3.2 CHIOVENDA

Para Chiovenda, as medidas acautelatórias são ações provisórias com desígnio de garantir a vontade consagrada no bojo do processo principal, afastando, assim, o temor de um dano jurídico.

Importa afirmar que o autor da medida cautelar assumiria responsabilidade quanto às perdas e danos advindos da revogação da medida, sendo tal responsabilidade objetiva, ficando o requerente da medida obrigado a ressarcir o réu, tendo ou não culpa dos prejuízos causados.

Chiovenda defendia que a medida cautelar deveria ser executada quando houvesse um possível dano a um direito, ou mesmo a um possível direito, podendo o juiz especular se as condições forneciam o fundado receio e se o direito carece de uma medida urgente.

A teoria doutrinária supra-examinada carece de um complemento, considerando que o perigo existe em todas as relações jurídicas. Contudo, este não é o único requisito para a concessão da medida de urgência. Para seu consentimento o receio deve decorrer da demora em alcançar a realização do direito pela parte.

### 2.3.3 CARNELUTTI

O trabalho teórico deste notável doutrinador sofreu sensível mutação ao longo de seu desenvolvimento. Em um primeiro período, seu entendimento era o de que a função do processo cautelar seria a tutela do processo principal, preservando o estado de fato. Todavia, tal posicionamento foi rapidamente superado, visto que, muitas vezes, para se assegurar a manutenção do objeto processual deve-se modificar o estado de fato.

Posteriormente, Carnelutti defendeu que o processo cautelar tem como objetivo garantir a efetiva prestação jurisdicional. Para tanto, é necessário atender duas condições: a de que o Poder Judicial possua meios de dirimir a lide que lhe é apresentada, e, a de que seja capaz de garantir a utilidade prática do processo principal.

Carnelutti aperfeiçoou sua teoria sobre processo acautelatório, quando estabeleceu que sua instrumentalidade possibilitava a eficácia do processo principal, resguardando seu objeto de um possível dano eminente ao direito da parte, servindo de meio útil a garantir o exercício eficiente do monopólio da Justiça.

Para este ilustre doutrinador, a utilidade da tutela cautelar não consagraria antecipadamente um suposto direito da parte, contudo, viabilizaria a prestação jurisdicional, através da correta execução dos atos processuais como meio à justa composição da lide.

### 2.4. FONTES HISTÓRICAS DO PGC:

Encontra-se a origem do instituto do Poder Geral de Cautela na liberdade de criação de interditos inominados, existentes no Direito Romano, principalmente os interditos *ad hoc*. Contudo, importa esclarecer que as *inhibitiones*

germânicas e a *injuction* inglesa são inegáveis fontes remotas do instituto em comento.

As legislações atuais podem ser divididas em dois grupos: o primeiro admite o poder cautelar geral, entretanto outorgam maior destaque às disposições das medidas típicas; o segundo se limita a regular o poder geral de cautela, entendendo estarem as medidas típicas inseridas nele.

Quanto ao primeiro grupo, podemos citar as legislações portuguesas, italianas e nossa legislação pátria, as quais tiveram como fonte histórica do poder acautelatório geral o texto do artigo 324 do Projeto Carnelutti. O nobre doutrinador não disciplinava as medidas típicas, entendendo ser desnecessário. O artigo 324 do Projeto Carnelutti previa:

Quando do estado de fato da lide surja razoável receio de que os litigantes cometam violência, ou pratiquem antes da decisão atos capazes lesar de modo grave, mas não fácil e seguramente reparável, um direito controvertido, ou quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias adequadas a evitar que o perigo se verifique. Em particular, mantidas disposições especiais da lei, pode ordenar o seqüestro de coisas móvel ou imóvel, vedar ou autorizar a prática de determinados atos, atribuir quantias provisionais, impor caução.

Com uma maior compreensão das legislações que influenciaram o atual dispositivo do Código de Processo Civil, no que tange o poder geral de cautela, ressaltamos o artigo 675, incisos I e II do Código Processual brasileiro de 1939:

Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar os interesses das partes: quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; 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.

Contata-se que a previsão do poder acautelatório geral foi profundamente influenciada pelas antigas Leis Romanas, apoiando seu texto legal no exposto de Carnelutti e tendo sido primeiramente introduzido em nosso ordenamento no artigo do Código de Processo Civil supracitado.

### 3. PODER GERAL DE CAUTELA

#### 3.1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PODER GERAL DE CAUTELA

Nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXV ratifica a amplitude da tutela cautelar, quando traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A apreciação referida no inciso em comento é instrumentalizada através de um direito abstrato, o de ver examinado, respeitando o devido processo legal, a lesão ou a ameaça a um provável direito. Assim, mesmo um possível direito é cingido pelo art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal.

As medidas cautelares podem ser classificadas como nominadas (específicas) ou inominadas. Nosso Código de Processo Civil utiliza o termo “específica” quando se refere aos casos previstos no Capítulo 2, Livro 3 – Dos Procedimentos Cautelares Específicos . Consagra as medidas inominadas quando prever que:

Art. 798, CPC. 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 uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Foi Carnelutti quem primeiramente utilizou a expressão “provimento cautelar não nominado”, sendo seguido pela doutrina italiana de forma geral. O artigo supracitado faz referência ao poder cautelar geral do juiz, situando fora das cautelas específicas trazidas pelo legislador.

Cabe ao juiz determinar medidas inominadas, quando entender adequado, sempre que houver fundado receio de lesão ao direito da parte, afastando o perigo até o julgamento da lide.

Importa esclarecer que entre as medidas atípicas e as nominadas não há diferença de natureza, vez que suas distinções advêm apenas da maior ou menor determinação de especificidade estabelecida pelo legislador.

### 3.2. OBJETO DO PODER CAUTELAR GERAL

Inicialmente, deve-se salientar que as medidas inominadas surgidas através do poder geral acautelatórias do magistrado são de ordem infinita, diferindo em qualidade e especificidades de acordo com o caso fático em que se apresenta.

Sendo assim, em tais medidas prepondera um caráter indeterminado de teor e forma, adaptando-se ao caso a ser tutelado. É devido a esta vasta gama de possibilidades que se fundamenta o poder discricionário do juiz. Como muito bem expressa Willard de Castro Villar (1988), em seu livro intitulado *Ação Cautelar Inominada*:

As medidas cautelares in genere estão compreendidas dentro dos fins primordiais da jurisdição, como direito-dever do Estado, ainda que se possa ver em alguma delas uma preponderância da finalidade pública sobre os fins privados. Mediante essas medidas, o poder jurisdicional satisfaz o interesse particular de assegurar um direito ainda não declarado, porém, com maior ou menor intensidade, segundo a espécie de medidas cautelar, satisfaz o

interesse geral e público de assegurar a paz na convivência social e evitar a perda ou desvalorização dos bens econômicos.

É nesta linha de entendimento, que se concretizam as indetermináveis medidas atípicas, surgidas do poder geral de cautela e expressando toda a efetivação do poder jurisdicional do Estado. O artigo 799 do Código de Processo Civil exemplifica algumas das medidas a serem tomadas pelo magistrado, não possuindo o referido artigo caráter exaustivo. Temos:

Art.799, CPC. 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.

A intenção do legislado ao elaborar o texto do artigo supracitado foi meramente exemplificar algumas das medidas viáveis para afastar o perigo de dano. A finalidade do artigo 798 do CPC é justamente a criação de dispositivo que permitisse suprir a insuficiência das medidas típicas, englobando todo e qualquer caso fático que se apresente ao Judiciário.

O conteúdo do art. 799 não restringe a discricionariedade do magistrado conferida pelo poder geral de cautela. O artigo em comento apenas enumera algumas situações as quais o juiz pode se valer para afastar o fundado receio de dano ao direito da parte.

O art. 799 divide-se em dois momentos: o primeiro prever medidas genéricas, quando afirma que o juiz poderá *autorizar ou vedar a prática de determinados atos*. A doutrina propõe que ao juiz é facultado autorizar determinadas medidas, seja ao réu ou ao autor do procedimento cautelar.

Dependendo da necessidade de cada caso, embasado no poder geral de cautela, o juiz poderá determinar atos contra a vontade das partes, abstendo-se do pedido das mesmas.

Num segundo momento prever-se que ao magistrado também é conferido o poder de vedar determinados atos. O fito desta prevenção específica é a de ratificar o poder concedido ao juiz de manter o *status quo* da lide.

Por fim, as situações que se apresentam ao Poder Judiciário se mostram impossíveis de serem pré-determinadas pelo legislador, e foi devido à infinitude de realidades fáticas que se motivou a criação do poder geral de cautela. Qualquer restrição ao campo de incidência do art. 798 do CPC, devido ao texto do artigo seguinte, significaria um sério desfavor ao próprio direito material em litígio. Destarte, o art. 799 possui, como já exposto, caráter meramente exemplificativo.

### 3.3. REQUISITOS DO PODER GERAL DE CAUTELA

Antes do prosseguimento de instauração do processo cautelar, devem-se restar atendidos todos os pressupostos processuais e as condições da ação. Contudo, não são estes os únicos requisitos para o prosseguimento legal do poder acautelatório geral, urge estarem presentes os chamados requisitos específicos.

No texto do artigo 798 do CPC traz que o magistrado deverá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, sempre que houver “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Do texto pode extrair alguns requisitos os quais devem provar existentes quando da utilização do poder geral acautelatório. Segue-se um estudo acerca dos pressupostos específicos de utilização do instituto em comento.

### 3.3.1 FUNDADO RECEIO DE DANO IMINENTE

O artigo 801 do Código de Processo Civil, quando elenca as condições existentes para pleitear a concessão da medida típica, em seu inciso IV, fala que o requerente deverá informar em petição escrita “*a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão*”.

Há uma diferença significativa entre o art. 801 e o texto do artigo 798 do mesmo diploma legal, uma vez que o artigo que trata das medidas atípicas (poder geral de cautela - art. 798, CPC) enfatiza o perigo de dano quando traz “fundado receio de lesão grave e de difícil reparação”.

O legislador estabeleceu critérios mais rigorosos para a concessão do poder geral de cautela, sendo necessário um maior grau de periculosidade do dano para o enquadramento das medidas inominadas. Assim se procede, uma vez que nas providências típicas, a legislação traz especificados suas condições e requisitos, no que difere do poder acautelatório geral. O magistrado deve ter maior rigor e prudência na utilização das medidas atípicas

Importa salientar que na concessão da medida cautelar, seja ela típica ou atípica, não existem grandes diferenças na atividade jurisdicional, a função do Órgão Judiciário será sempre de evitar um perigo que pode nascer de um ato provável.

A ciência do Direito tem se empenhado em diminuir a influência da decorrência do tempo sobre os fatos do processo. Assim, para justificar o emprego do poder geral de cautela não basta ter um perigo real de dano ao direito, há de ser um dano iminente

Para que se justifique a incidência do poder acautelatório geral, deverá haver um perigo real e iminente de dano ao suposto direito da parte. Reunido o conceito de fundado receio ao de dano iminente, surge o que a doutrina estabelece como *periculum in mora*.

Caracteriza-se o *periculum in mora* quando é comprovado o fundado receio de que o direito venha a ser comprometido devido a um fato externo ao processo, tais como: deterioração, perecimento ou qualquer alteração do quadro fático que impeça o eficaz provimento do processo principal.

Um estudo superficial do artigo 798, especialmente quando se refere ao “*ato da parte*”, pode fazer concluir que o fundado receio do dano iminente surge apenas por ato de uma das partes. Todavia, não convêm limitar a aplicação do poder geral de cautela exclusivamente a fatos humanos, visto que o dano pode provir de uma causa natural.

Para que o magistrado se utilize do Poder Geral de Cautela não basta o fundado receio de dano iminente. É necessário que o dano ao direito seja caracterizado como *lesão grave* e de difícil reparação.

Configura-se à difícil reparação, ao constatar que o dano causado ao direito da parte modifica sensivelmente a realidade processual. Salienta-se que este conceito de *lesão grave* e de difícil reparação é de ordem pessoal, devendo o aplicador do direito observar as especificidades do caso concreto.

Importa salientar que a *lesão* ao direito pode ser de natureza patrimonial ou moral. O Legislador, quando da elaboração deste instituto, visava coibir qualquer fato ou evento que pudesse lesar o direito subjetivo da parte.

Muitas vezes, a reparabilidade do dano não pode ser enquadrada monetariamente. Muitos direitos não podem ser restabelecidos por via econômica, cabendo ao magistrado a sutileza dessa percepção.

### 3.3.2 FUMUS BONI IURIS

O *Fumus boni iuris* pode ser definido como *fumaça do bom direito*, não há um conceito específico na doutrina, nem mesmo na jurisprudência. Nas palavras de Humberto Theodoro (1998), *fumus boni iuris* é a “probabilidade de existência do direito cuja futura tutela se quer assegurar”. Podemos, ainda, citar Galeno Lacerda (1994) que entende este requisito como “plausibilidade do direito em risco”.

É pacífico o entendimento do *fumus boni iuris* ser uma idéia inexata, compreendido como um interesse juridicamente protegido, contudo, ainda não determinado pela atividade jurisdicional como um direito efetivamente consagrado.

Tendo em vista o caráter de proteção de urgência que caracteriza as medidas cautelares, não é viável um exame minucioso da existência ou não do direito requerido pela parte. Mesmo porque esta configuração é exatamente o objeto do processo principal.

O *fumus boni iuris* é requisito para concessão das medidas cautelares, uma vez que não é exigido a exata configuração do direito. Normalmente, este suposto direito se encontra em litígio e seu provimento final será estabelecido através do processo principal.

No entendimento de Calamandrei, como referido no primeiro capítulo deste estudo, o escopo do processo cautelar seria o de resguardar o direito do dano que pode surgir da demora natural dos atos processuais. Para que seja configurada a pretensão cautelar é exigida apenas uma verossimilhança. Como afirma corretamente Willard de Castro Villar (1988), em sua obra *Ação Cautelar Inominada*:

(...)para a providência cautelar basta que a existência do direito apareça verossímil, basta que, segundo um cálculo de probabilidades, se possa prever que a providencia principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar.

O direito objeto do poder geral de cautela, como já evidenciado, deve ter um grau de exigibilidade menor do que o do processo principal. O conceito de *fumus boni iuris* adquire uma característica de probabilidade.

O poder geral de cautela não visa proteger o direito subjetivo, objeto do processo principal. Seu objetivo maior é resguardar o direito de ter sua questão analisada jurisdicionalmente pelo órgão competente.

O fito de todo e qualquer procedimento cautelar é assegurar a viabilidade do processo principal. Desta forma, o *fumus boni iuris* não é a probabilidade do direito material, mas a possibilidade de ser parte no processo. O fundado receio de dano iminente não deve ser restringido ao provável direito material, deve ser examinada a lesão que torne ineficaz o próprio procedimento jurisdicional.

É relevante considerar que somente inexistente *fumus boni iuris* quando se constatar ausentes as condições para a propositura da ação ou mesmo quando restar claro a inevitável negação do pedido, ou seja, quando a petição inicial se enquadrar nos termos do artigo 295 do Código de Processo Civil (*Do Indeferimento da Petição Inicial*).

#### 3.4. NATUREZA DO PODER GERAL DE CAUTELA

Há doutrinadores que defendem ser o agente administrativo único detentor da discricionariedade nas atividades públicas. Para estes, as decisões judiciais devem ser estritamente vinculadas à norma legal.

A discricionariedade é encontrada em nosso Ordenamento Jurídico não apenas no poder geral de cautela. Está presente, também, nos chamados conceitos jurídicos indeterminados, os quais não estabelecem uma exatidão quanto a seu significado. Nesses casos, cabe ao magistrado precisá-los, adequando-os ao caso real.

O Poder Geral de Cautela possui natureza não só jurisdicional, detém, ainda, clara natureza discricionária. Tal assertiva se mostra verdadeira vez que o magistrado, quando no uso do poder acautelatório geral, possui ampla liberdade de decisão.

Quando ao magistrado é apresentada uma situação de possível lesão ao direito da parte, deve valorar o fato real, valendo-se de seu conhecimento normativo para melhor aplicar as medidas provisórias que julgar adequadas. Galeno Lacerda (1994) ratifica a natureza discricionária do poder acautelatório geral quando afirma que:

Na lei não se contém, como com tanta freqüência crê o não-jurista, decisões concretas dos casos, de tal forma que o papel do juiz se reduzisse ao de um autônomo – Põe-se o caso e salta a decisão – senão que exige do magistrado valoração independente. Elas só dizem aquilo que as regras gerais podem dizer, preservando área indeterminada, a fim de que o juiz tenha espaço bastante para considerar em suas decisões a peculiaridade do caso isolado, cada um deles em nada semelhante ao outro.

Aos critérios definidores de sua utilização, resta-se provado que o instituto do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, possui natureza eminentemente jurisdicional e discricionária.

### 3.5. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO

O poder discricionário é concedido ao magistrado para que possa, no exercício regular da jurisdição, dispor de uma razoável liberdade de atuação. Valorando a legalidade e eficiência da prática de determinado ato e estabelecendo sua decisão sempre dentro dos limites legais.

A discricionariedade se configura quando a lei expressamente faculta ao magistrado liberdade de atuar ou quando se utiliza de conceitos jurídicos

indeterminados. Nestes casos cabe ao juiz, através de seu conhecimento na seara jurídica, decidir qual medida melhor se enquadra na lide.

O artigo 798 do Código de Processo Civil é considerado legítima norma em branco, a qual concede ao juiz o mesmo poder do antigo pretor romano, ilimitado quando do exercício do *imperium*.

Com a finalidade de afastar o dano ao direito da parte, a discricção do Juiz assume grandes proporções quando pode determinar as medidas que julgar necessárias. Ratificando as palavras do ilustre doutrinador Galeno Lacerda (1996):

[...] não é sem motivo que se considere tal atribuição como a mais importante e delicada de quantas confiadas à magistratura. Ela exige do juiz, chamado a resolver as mais graves e imprevistas dificuldades, uma compreensão viva, um conhecimento profundo do direito e da jurisprudência, ao mesmo tempo em que um espírito sagaz e pronto a apreender, de imediato, a solução motivada que se lhe solicite”

A previsão deste poder acautelatório geral consagra as inúmeras situações atípicas que podem surgir da necessidade de segurança. Como o legislador não pode normatizar as infinitas circunstâncias as quais merecem proteção jurisdicional, concedeu ao magistrado a atribuição de legislar em cada caso concreto.

Logo, mesmo após a sentença do processo de conhecimento, persistindo a pretensão não satisfeita, cabe igualmente a utilização da tutela cautelar inominada no processo executivo.

A teoria do poder geral de cautela divide-se em três correntes. A primeira entende que o poder deve ser vinculado à vontade do legislador, sendo sua discricção vinculativa. A segunda corrente defende a aplicação geral do instituto, podendo o juiz exercer um poder discricionário completo. Na terceira posição, o magistrado exerce um poder discricionário somente determinado casos previstos em lei.

Convém ressaltar que a diferença entre as correntes é apenas grau de liberdade, na medida em que diminui a possibilidade de escolha de alternativas permitidas no ato vinculado e aumenta na direção dos atos discricionários.

A discricionariedade é um instituto diverso da arbitrariedade, uma vez que a liberdade do magistrado de determinar esta ou aquela medida sempre deve ser moldada dentro dos limites estabelecidos pela lei. No Estado de Direito que vivenciamos nenhum poder é absoluto. A discricionariedade conferida ao julgador é um ato de confiança do legislador e sempre que o juiz decidir por uma medida atípica, deve submetê-la aos princípios legais da tutela cautelar.

O legislador, em face das incontáveis situações que podem surgir, deixou ao magistrado uma margem de escolha na aplicação da norma que melhor se adapte ao fato concreto.

Constatada a necessidade da medida cautelar, o magistrado não pode se valer da discricionariedade para não aplicá-la. Estando clara a necessidade de determinada medida, que afaste o fundado receio de um dano, deve o juiz julgar por sua procedência.

Tendo o juiz ultrapassado os limites legais valendo-se do poder geral de cautela, seu poder discricionário se transforma em arbitrariedade. Suas decisões podem ser revogadas por remédios estabelecidas em lei, como recurso, reclamações e mandado de segurança.

### 3.6. LIMITES NA APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA

O Poder Geral de Cautela concede uma grande discricionariedade ao magistrado, configurando a situação na qual o juiz possui a maior liberdade quanto à medida a ser aplicada em cada caso.

Mesmo este instituto sendo amplo e indefinido, não significa ser irrestrito e arbitrário. O artigo 126 do Código de Processo Civil preceitua que ao juiz cabe, no julgamento da lide, aplicar as normas legais. Na utilização do art.789 do CPC, o magistrado não cria o direito material em abstrato, não lhe sendo lícito aplicar direito não previsto no ordenamento jurídico.

Ao julgador é concedido o poder de decidir a medida que melhor se adequa ao interesse das partes. Todavia, tal decisão não é arbitrária, estando sua deliberação sujeita aos mesmos pressupostos e limites dos demais atos acautelatórios.

Importante limitação encontra-se na proibição de que através da medida inominada o juiz decida sobre o objeto do processo principal. Em outras palavras, não cabe ao magistrado, no processo cautelar, prejudicar o mérito do litígio principal, não lhe sendo permitido conceder medidas satisfativas.

Excepciona esta limitação os casos que envolvam satisfação de necessidades inafastáveis, como é o caso de concessão de alimentos, moradia, relações familiares. E, nestes casos, o juiz deve decidir com a máxima cautela para não prejudicar demasiadamente a outra parte processual.

Os únicos casos nos quais o magistrado pode adentrar o mérito do processo principal, é no que se refere a prescrição e decadência. Sendo configurada uma dessas circunstâncias, o juiz do processo cautelar pode julgar extinto o processo sem julgamento de mérito.

Outra limitação ao artigo 798 do CPC se encontra no caso do poder geral de cautela poder ser empregado apenas quando não houver previsão legal.

Sendo vedado ao magistrado conceder medida inominada quando o caso fático possa ser regido por medida específica do CPC.

O objetivo do artigo 798 do CPC foi o de possibilitar ao julgador meios de decidir em quaisquer casos que as situações fáticas se apresentem, evitando, assim, lacunas no ordenamento jurídico. Não há razões para o emprego de medidas inominadas quando o próprio legislador estabeleceu as medidas cabíveis nestes casos.

Tal posicionamento se embasa, primordialmente, no próprio texto do artigo 798 do CPC quando determina que ‘Além dos procedimentos cautelares específicos que este código regula no Capítulo II deste Livro (...)’, estando clara a impossibilidade da utilização das medidas inominadas, quando houver previsão de medidas típicas.

Galeno Lacerda (1994) entende ser lícita a aplicação de medidas inominadas ‘(...) salvo quando a providência específica não atender à necessidade cautelar, como acontece, por exemplo, com o arresto, devido aos pressupostos por demais restritos que o Código lhe impõe’.

Não existem apenas as limitações supracitadas, sendo estas de natureza objetiva. Há outras limitações subjetivas quanto a aplicabilidade do poder geral de cautela, tais como a necessidade e a provisoriedade.

O magistrado deve entender ser realmente necessária a utilização da medida inominada para afastar o fundado receio de dano ao direito da parte. Humberto Theodoro (1998), em seu livro *Processo Cautelar* afirma

A propósito, adverte Calvosa que a situação substancial, para justificar a medida atípica, deve ser, por sua natureza, suscetível de modificações no tempo e que tais modificações prováveis possam acarretar prejuízos, por ato de outrem.

A medida inominada deve ser necessária e precisa, adequando-se à situação de fato. Marcelo Lima Guerra (1995) tratou de forma excepcional o critério da adequação, quando estabelece que:

Segundo este critério, a escolha da medida é racional se houver uma adequação entre ela e a situação concreta de *periculum in mora*, no sentido da aptidão da medida de neutralizar ou eliminar este último.

Marcelo Lima Guerra ensina que quando houver mais de uma medida cabível ao caso concreto, deverá o juiz optar pela medida que seja menos gravosa a outra parte processual. Por último, defende a necessidade de proporcionalidade entre a medida e o receio de dano.

Qualquer medida inominada deverá ser tomada em caráter de provisoriedade, apenas com o fito de resguardar o estado fático entre as partes processuais. Nenhum ato acautelatório poderá adentrar o mérito do processo principal, satisfazendo a pretensão principal da parte.

Finalizando o estudo acerca das limitações do poder geral de cautela, exponho as palavras de Galeno Lacerda (1994), o qual trata sobre a prudência nas concessões do poder geral de cautela:

Com reparo final e mais importante destas considerações sobre os limites da discricção do juiz, no uso poder cautelar geral, impõe-se destacar uma qualidade pessoal, uma virtude, de que jamais deverá prescindir o magistrado nessa matéria: a prudência. Cabe-lhe ponderar, com equilíbrio 'as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre inseto nas providencias cautelares'. 'Em nenhum setor do processo civil, mais do que neste, parece encontrar-se tão diretamente em jogo o bom nome e, até, a seriedade da justiça.

### 3.7. EXIGÊNCIA DA VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DA PARTE

Uma das características fundamentais do poder geral de cautela é a grande discricionariedade do magistrado nas decisões litigiosas. Entretanto,

mesmo o juiz detendo ampla liberdade de decisão, toda ação cautelar se subordina à iniciativa das partes. Primeiramente, a parte processual deve buscar proteção do sistema judicial para que o julgador decida em cada caso.

No momento da composição da lide, as partes apresentam a realidade fática através dos autos processuais. O magistrado apenas conhece os fatos que se encontram nos autos do processo.

Uma das condições da petição inicial é a formulação do pedido. O autor estabelece sua solicitação dando ciência ao judiciário de sua pretensão a um determinado provimento jurisdicional. A doutrina processual civil dita que as sentenças de mérito devem ser estabelecidas dentro dos limites do pedido da petição inicial.

Os artigos 459 e 128 do Código de Processo Civil positivam o princípio da congruência, quando determina que ao magistrado seja vedado transpor os limites do pedido da petição inicial. Segue o texto do artigo 459 e 460:

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.

Art.128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.

Os artigos supracitados vetam o órgão julgador de decidir pedido diverso do expressamente solicitado pela parte. O magistrado não poderá conferir sentença distinta da pedida, configurando a *extra petita*; nem sentença além do objeto solicitado, *ultra petita*; e, por último, é vedada decisão que aprecie apenas parte do pedido, não julgando seu conteúdo completo, *infra petita*.

Contudo, doutrina majoritária vem defendendo que o legislado, ao elaborar o poder geral de cautela, conferiu ao magistrado poder de decidir por medida que julgar adequada, até mesmo quando esta for diversa da solicitada, desde que assim afaste o perigo de dano ao direito da parte.

Ao se analisar superficialmente, poderia se entender a existência de uma incongruência entre os artigos supracitados e o poder geral de cautela. Contudo, quando se estuda detidamente o poder acautelatório geral, conclui-se ser apenas aparente esta contradição. Para solucionar esta incoerência, deve-se analisar o pedido da petição inicial sob dois ângulos distintos: o pedido mediato e o pedido imediato.

O *pedido imediato* é dirigido ao poder Judiciário, para a resolução de determinado litígio. Pode-se entender como pedido imediato a solicitação da tutela jurisdicional a forma de sentença que o autor pretende alcançar.

Esta espécie de pedido pode ser declarativo, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental. Cada qual com suas particularidades quanto à forma de se dirigir ao poder Judiciário. Logo, o pedido imediato decide a ação a ser proposta e o formato do requerimento.

Diferentemente, o *pedido mediato* menciona o *bem da vida* que a parte espera proteger quando busca a proteção jurisdicional. O objeto do *pedido mediato* é justamente o direito material que a parte afirma possuir. O requerente busca uma satisfação de seu *pedido mediato* através do processo cautelar.

Quando a parte solicita certa providência, refere-se ao *pedido imediato*. E, através deste *pedido imediato*, deseja alcançar determinado bem da vida, aí se encontra o *pedido mediato*. Nas palavras de Marcelo Lima Guerra (1995), temos uma clara diferenciação entre esses dois pedidos:

O pedido mediato consiste na concreta vantagem, benefício, enfim, o 'bem da vida', na clássica expressão, que a parte pretende obter através do processo. Já o pedido imediato traduz-se na específica providência jurisdicional indicada pela parte, idônea a lhe atribuir o bem almejado.

Trazendo esta distinção à concessão do poder geral de cautelar, o pedido mediato, que o requerente pode buscar através da tutela cautelar, sempre será o afastamento do *periculum in mora*. Já o pedido imediato na tutela cautelar é

“[...] a específica providência indicada na ação cautelar como idônea a viabilizar aquela eliminação” Marcelo Lima Guerra (1995).

O art. 798 do CPC assegura ao magistrado determinar medida diversa da solicitada quando melhor se adequar ao caso fático, afastando o risco de dano iminente ao direito da parte. Através do poder geral de cautela, o legislador autorizou o magistrado decidir fora dos limites do pedido imediato da parte.

Para eliminar o *periculum in mora*, o juiz pode decidir por medida diversa da solicitada. Contudo, o magistrado permanece vinculado ao pedido mediato.

A antinomia existente entre o princípio da congruência e o poder geral de cautela é, contudo, apenas parcial. Considerando que a contradição de institutos se refere apenas ao pedido imediato, o magistrado permanece vinculado ao pedido mediato e a finalidade da tutela cautelar.

Desta feita, ao juiz é lícito determinar medida diversa da solicitada (pedido imediato) sempre que entender ser impróprio ao êxito da tutela cautelar o procedimento que o requerente se valeu para alcançar a finalidade do processo (pedido mediato).

A antinomia entre a vinculação do juiz ao pedido imediato e o poder geral de cautela pode ser resolvido por dois meios em nosso ordenamento. Primeiramente, pelo princípio da especificidade. Compreendendo que o poder acautelatório geral incide apenas sob os processos cautelares, o legislado se utilizou de um campo bem mais restrito para esta desvinculação.

Uma segunda forma de resolução da antinomia é que o poder geral de cautela foi instituído para garantir a efetividade do processo principal, tornando-se não só útil para a parte processual, mas, principalmente, para a credibilidade e viabilidade da tutela jurisdicional.

Assim, o poder acautelatório geral se caracteriza pela maior incidência do interesse público, justificando a desvinculação ao pedido imediato para a efetivação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

## 4. PODER GERAL DE CAUTELA E TUTELA JURISDICIONAL

### 4.1. JURISDIÇÃO

A atividade jurisdicional é uma das funções essenciais do Poder Judiciário. Atividade típica dos Órgãos Judiciais, visa dirimir os conflitos de interesses com fundamento em ordens gerais e abstratas, cabendo ao magistrado enquadrá-las em cada caso particular. Pedro Lenza (2006) conceitua jurisdição como:

(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objeto que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha esta função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Conhecer suas origens é de grande importância para uma exata compreensão do instituto da jurisdição. Antes de uma estruturação do Poder

Judiciário, os conflitos de interesses eram solucionados pelas partes envolvidas, sem qualquer influência de uma força ou poder externo.

Denominado *autotutela*, esta forma de resolução de desavença era extremamente desvantajosa à parte fraca, uma vez que prevalecia quem possuísse uma maior supremacia de força bruta, econômica ou bélica.

Com o desenvolvimento social e de idéias democráticas, sentiu-se a necessidade de intervenção estatal nos conflitos, coibindo as partes de resolverem os litígios unilateralmente. As lides passaram a ter uma resolução mais justa e imparcial.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV positivou este princípio quando determinou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Estabelecendo que a atividade jurisdicional não apenas é uma prerrogativa estatal mas um de seus principais deveres.

Para a efetiva prestação jurisdicional, o legislador estruturou todo o Poder Judiciário concedendo-o meio de fazer valer a vontade da lei. Garantindo, com subsidio de nossa Carta Magna, a certeza da presença do Estado nas resoluções dos conflitos.

O direito à efetiva tutela jurisdicional se encontra presente em vários princípios constitucionais, tais como: juiz natural, ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais, razoável duração do processo, entre muitos outros existentes, tanto em nossa Constituição como nas leis infraconstitucionais.

Nos ensinamentos do doutrinador Ovídio Baptista (1996), que em sua obra *Curso de Processo Civil*, ele explana acerca de dois componentes da atividade jurisdicional:

- a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir. (...)

b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade.

A função jurisdicional do Estado não tem caráter constitutivo da norma legal, o magistrado não elabora a lei. Possui característica eminentemente declarativa da vontade do ordenamento já constituído. O papel do Estado é o de substituir as partes na resolução do conflito, agindo segundo as normas e preceitos legais.

O direito constitucional de ser tutelado pela função jurisdicional é exercido através do *direito de ação*. O conflito é submetido à apreciação do Poder Judiciário, que se utiliza dos atos procedimentais para submeter a parte contrária ao cumprimento da vontade da lei.

Segundo o posicionamento de Willard de Castro (1998), quando se refere à função jurisdicional do Estado e o direito de ação da parte, declara que “(...) os institutos – jurisdição e ação – são correlatos, porque um impulsiona e dá vida ao outro, porque a ação somente pode se manifestar no âmbito da jurisdição, e essa somente pode se manifestar quando provocada”.

A doutrina vem estabelecendo algumas características definidoras do instituto da jurisdição. A primeira delas é que a atividade jurisdicional só poderá ser iniciada com a devida provocação da parte legítima. Contudo, a jurisprudência vem evoluindo no sentido de aumentar o poder discricionário do magistrado, respeitando, em todos os casos, o limite legal prefixado em lei. Um exemplo desta maior autonomia é justamente o Poder Geral de Cautela.

Uma segunda característica é que toda atividade do Poder Judiciária é regida pelo princípio do juiz natural, logo, as atividades dos órgãos judiciários tendem a ser desinteressadas. Não se busca uma sentença favorável, mas o fim da lide.

Outra particularidade é que dependendo do tipo de ação que é estabelecida, a jurisdição assume um caráter tanto executivo (nos casos de processo de execução), quanto declarativo (nos casos de processo de conhecimento).

Diante do exposto superficial acerca da jurisdição, conclui-se que este instituto em nosso ordenamento pátrio é indivisível, exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, configurado em cada órgão público.

#### 4.2. INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

As normas de direito, criadas de maneira abstrata para enquadrar as mais diversas presunções de casos fáticos, são elaboradas com o escopo de preservar a paz social. No Estado de Direito em que vivemos, há direitos e deveres individuais e coletivos, os quais o ordenamento jurídico busca resguardar.

As normas de direito são de caráter imperativos, vinculando todos os cidadãos a seu cumprimento, mesmo que, para sua concretização, o Estado se utilize de medidas coercitivas.

Nosso ordenamento jurídico veta a autotutela, tornando ilícito aos particulares resolverem seus litígios sem a devida intervenção do Poder Estatal. As exceções referentes à sua legitimação estão especificamente positivadas em nosso ordenamento.

Uma dessas exceções é a chamada *jurisdição privada*, a qual é instituída pela lei 9.307 de 1996, viabilizando a arbitragem para dirimir conflitos entre particulares, unicamente referente a direitos patrimoniais disponíveis. Importa ressaltar que também aí se desenvolve uma atividade jurisdicional.

Tendo o Estado designado para si a tarefa de apaziguar conflitos de interesse, não é mais lícito, fora os casos excepcionados pela lei, o instituto da autotutela. A titularidade para substituir os particulares na resolução de quaisquer

conflito, encontra-se positivado em nossa Constituição Federal, no Capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos:

Art. 5, inc. XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

O denominado *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* legitimou o caráter substitutivo da jurisdição. O princípio em comento determina ao Poder Judiciário o dever de analisar e se posicionar em toda e qualquer ação iniciada pela parte.

O artigo supracitado sedimentou o entendimento que o Poder Judiciário não poderá excluir de sua apreciação qualquer ameaça a um direito da parte, seja ele individual ou coletivo. A nova CF inovou neste quesito, uma vez que não limita sua apreciação aos direitos individuais, como fazia o texto das antigas Constituições. Nas palavras de Pedro Lenza (2006):

A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

O referido artigo trouxe outra importante mudança acerca da exigibilidade da prestação jurisdicional. O legislador determinou que o Poder judiciário deverá apreciar não apenas direitos lesados, mas, também, direitos ameaçados.

Consagrou, ainda, a importância da tutela acautelatória, uma vez que amplia o acesso ao Judiciário, antes mesmo da concretização do dano ao direito da parte. O legislador, prevendo as incontáveis situações que as partes podem levar ao Poder Judiciário, instituiu o poder acautelatório geral. Conferindo ao magistrado um amplo poder discricionário para afastar a ameaça de dano ao direito.

A CF/88 instituiu a tutela jurisdicional para quando o direito estivesse lesado ou mesmo ameaçado. É importante observar que a Carta Magna não limitou o direito de ação apenas ao requerente. Para que haja a efetiva prestação

jurisdicional urge que seja respeitando o direito de defesa do requerido, sendo devidamente respaldado pelo Poder Judiciário. Nas palavras de José Afonso Silva (2005):

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo.

Esta consideração se reveste de grande importância, considerando que o aludido inciso não consagra apenas a garantia ao direito de ação, mas também prescreve que a tutela deve ser plena e legítima. Respeitando, igualmente, o direito de defesa.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional abrange os princípios da independência e imparcialidade do magistrado, do juiz natural e, como salientado, do direito de ação e defesa.

O objetivo do art. 5º, inc. XXXV não foi apenas o de positivizar o acesso à justiça como direito constitucional. Mais que isso, foi o de assegurar um provimento jurisdicional justo, respeitando todos os ditames e princípios do devido processo legal.

Para que haja a efetiva prestação jurisdicional, a apreciação pelo Poder Judiciário deve ser concluída em tempo razoável de tramitação. Caso o processo se alastre por tempo indefinido, o objeto da prestação jurisdicional pode sofrer sensível lesão.

Para que o Poder Judiciário possa atender ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, devem ser respeitados todos os demais ditames norteadores da atividade do magistrado. Tais como: princípio do devido processo legal, duração razoável do processo e outros já devidamente elencados neste estudo.

### 4.3. PROCESSO E O TEMPO

O conceito de *Processo* se encontra consolidado em nossa doutrina e jurisprudência. Entendemos como Processo uma relação jurídica, devidamente enquadrada pelo Poder Judiciário, através da qual as partes se valem para apaziguar os conflitos de interesses.

Já o *Procedimento* representa os atos processuais necessários para o legítimo desenvolvimento do processo frente à jurisdição. O Poder Judiciário deve respeitar todos os atos procedimentais previstos em nosso ordenamento durante a composição da lide.

Pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, já devidamente abordado em tópico anterior, toda e qualquer pessoa tem o direito de ter examinado sua pretensão pelo Poder Judicial. Para tanto, devem ser acatados as seqüências de atos procedimentais necessários à realização do contraditório.

O princípio da duração razoável do processo vem se consolidando sempre mais em nossa jurisprudência. Firmado pelo artigo 5º, inc. LXVIII de nossa Constituição Federal estabelece que o acesso à justiça e a tramitação dos atos processuais, deverão se estender apenas durante o tempo necessário para o magistrado aprecie de forma eficiente o fato controvertido.

Contudo, não se pode esquecer que para o desenvolvimento dos atos procedimentais transcorre um período de tempo razoavelmente longo. Não se pode pensar que os atos necessários para configurar o contraditório se alarguem sem a correta atenção aos prazos previstos. Como ensina Humberto Theodoro (1998):

O provimento jurisdicional definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, através do processo, só é atingido mediante a seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da

melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

O comentário do ilustre doutrinador Humberto Theodoro faz concluir que o processo principal, seja ele de conhecimento ou executório, configura-se em uma seqüência de atos indispensáveis à correta compreensão dos fatos e, conseqüentemente, do adequado entendimento do magistrado acerca da realidade processual.

Sendo assim, sempre existirá o transcurso de um considerável tempo entre o ajuizamento da demanda e o provimento final, dependendo do grau de complexidade do caso concreto.

O ideal quanto ao desenvolvimento do processo, seja de conhecimento ou de execução, é que a situação fática a qual foi levada ao órgão do Poder Judiciário permaneça similar durante todo o incremento dos atos procedimentais. Ou seja, no momento do provimento final, melhor seria se as partes estivessem nas mesmas circunstâncias da propositura do início do processo.

Contudo, resta indiscutível que a ciência do Direito trabalha não com uma situação utópica, para a qual o decurso do tempo não influenciaria a situação fática. A doutrina processual civil foi construída para ser aplicada às relações humanas, sendo estas inconstantes e imprevisíveis. Nas palavras de Willard de Castro (1988):

Enquanto se desenrola o processo, pode este (ou mesmo antes de sua propositura) ser ameaçado no seu normal e proveitoso desenvolvimento, o que obriga a parte a se dirigir ao juízo para resguardar, por meio de uma medida, dita cautelar, o fim útil a que se destina o processo. Seria um verdadeiro contra-senso que, após toda demora, o processo não pudesse atingir uma finalidade útil, por falta de uma adequada proteção ao seu desenvolvimento ou ao objeto do próprio processo.

Sendo as relações humanas tão diversas quanto inesperadas, muitas são as causas que podem influenciar a situação fática durante o transcurso de

tempo necessário para averiguação dos atos procedimentais. Podem ocorrer alterações irremediáveis ao objeto do processo principal, tais como perda, degradação ou violação.

Quando a Constituição Federal positiva a garantia de intentar ação sempre que houver lesão ou ameaça à direito, não se refere apenas ao direito de ação. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional abrange desde o direito à ação até a solução justa da lide.

O tempo decorrido para o desenvolvimento normal do processo pode causar danos irremediáveis ao objeto do processo. De nada adiantaria se o magistrado determinasse certo provimento final e, por um fator externo, inexistisse o objeto da lide.

O Processo Cautelar viabiliza o correto desenvolvimento dos atos procedimentais, permitindo a busca pelo ideal de justiça o qual se refere o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim se posiciona Humberto Theodoro (1998)

(...) é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistir no tempo da sentença.

O poder jurisdicional do magistrado poderia sofrer graves restrições e, conseqüentemente, não alcançar seu escopo de ideal de justiça se inexistisse os procedimentos cautelares para preservar a viabilidade do processo principal até sua sentença final.

Por fim, como as tutelas cautelares são soluções previstas em casos de urgência, seus atos procedimentais devem durar o estritamente necessário para a averiguação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

O tempo é um fator real em qualquer processo no qual o Poder Judiciário atue como julgador. Seja em qual rito for, não se pode pensar em uma

decisão proferida pelo magistrado sem que haja decorrido um período de tempo mais ou menos longo.

Nos procedimentos cautelares, o que se busca é apenas uma averiguação superficial de requisitos. Tendo sido constatado a existência de um provável direito e receio de dano real, toda e qualquer atraso pode acarretar prejuízos irremediáveis a utilização prática das medidas cautelares.

#### 4.4. PODER GERAL DE CAUTELA INTEGRA A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Os trabalhos doutrinários, acerca da problemática da prestação jurisdicional, argumentam que o magistrado deve possuir meios para garantir o real cumprimento da jurisdição em todos os campos de sua atuação.

A efetiva prestação jurisdicional engloba desde a apreciação da inicial, no processo de cognição até o cumprimento do disposto final em um possível processo de execução. O poder acautelatório geral surge como meio imprescindível para garantir a eficácia da tutela estatal, protegendo o direito de ser parte e ter seu questionamento apreciado pelo órgão jurisdicional competente.

O ato da jurisdição abrange em sua totalidade as medidas conferidas ao magistrado para que a parte tenha seu conflito apaziguado e seu direito respaldado. A Jurisdição é uma busca à efetivação do direito através de um correto desenvolvimento processual.

Nossa Carta Magna estabeleceu como direito de todos buscar a proteção do Poder Judiciário. Determina, ainda, como dever do Estado não apenas prestar assistência ao cidadão, como também consagra que os conflitos necessitam ser dirimidos de maneira justa e lícita.

O poder geral de cautela se confirma como uma das medidas mais eficazes para resguardar o mérito do processo principal. O legislador proveu o magistrado de meios capazes de acautelar a lide ante o perigo de dano.

Configurando, segundo o doutrinador Galeno Lacerda (1995), o poder geral como “(...) instrumento de justiça imediata, embora provisória, da mais alta eficácia”

O julgador utiliza as medidas atípicas que julgar adequadas para afastar o perigo de dano que possa surgir durante o desenvolvimento do processo principal, garantindo seu correto desenvolvimento e a justa intervenção do Órgão Jurisdicional.

O poder geral de cautela garante a efetiva atuação jurisdicional do órgão competente. O escopo do art. 798 do CPC é possibilitar que o processo principal se desenvolva adequadamente, dando utilidade e eficácia ao mesmo.

O mérito tutelado pelo poder acautelatório geral não é o direito buscado pela parte, sua finalidade transcende a interesses pessoais. O instituto em estudo foi designado ao magistrado para afiançar o objetivo maior da prestação jurisdicional. Através deste poder discricionário, ao juiz é possibilitado a concretização do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional em todo seu âmbito de atuação. Nas palavras de Marcelo Lima Guerra (1995):

É fácil perceber, pois, a exigência (constitucional) da efetividade da tutela jurisdicional a induzir o sistema a preordenar meios adequados à eliminação ou neutralização desse perigo específico, resultante da incontornável duração do processo. Daí o ordenamento jurídico brasileiro, em boa hora, a exemplo de muitos outros sistemas jurídicos, ter previstos remédios jurisdicionais, especificamente destinados a tal fim e que compõem, no seu conjunto, uma classe autônoma de tutela jurisdicional denominada, como sabido, de tutela cautelar.

Os meios adequados e os remédios jurisdicionais aos quais se refere a citação supracitada são as medidas típicas e atípicas existentes em nosso ordenamento processual civil. A importância do poder geral acautelatório deve-se ao fato que ao magistrado é conferido o dever de solucionar os mais diversos conflitos de interesses, exigindo do julgador um profundo senso de justiça e um abastado conhecimento de nossas leis e costumes.

## CONCLUSÃO

O presente estudo monográfico teve por escopo uma análise crítica acerca do instituto do Poder Geral de Cautela, notadamente no que se refere à garantia da Tutela Jurisdicional prestada pelo Estado.

Em nossa doutrina processualista, muitos são os trabalhos versando a respeito da problemática da inafastabilidade da prestação jurisdicional. A ciência do Direito lida com as relações humanas, impossíveis de precisar e normatizar em toda sua diversidade. Assim considerando, muitos são os fatos que podem surgir e impossibilitar que o Poder Judiciário desenvolva sua mais importante atividade: a jurisdicional.

Tendo esta consciência da seriedade da inafastabilidade da tutela por parte do Poder Judiciário, o legislador pátrio instituiu o Poder Geral de Cautela, fornecendo ao magistrado meio para preservar o mérito do processo principal.

Através de uma apreciação acerca da origem do art. 798 do CPC, das teorias que influenciaram sua normatização, e, principalmente, através do estudo de suas particularidades (objeto, natureza, limites de aplicabilidade), foi possível constatar a grande assistência do poder geral de cautela na garantia à efetividade da tutela jurisdicional.

Como uma das atividades mais meritórias do magistrado, o legislador depositou neste o poder discricionário de determinar a medida que entender adequada visando afastar o dano ao objeto do processo principal.

Salienta-se que este poder discricionário em nada se assemelha a arbitrariedade. Devendo-se estabelecer, criteriosamente, o objeto, a natureza, a função e os limites do poder geral de cautela. Posto isto, com as devidas restrições, o art. 798 do CPC se configura como instrumento por excelência de garantia à efetiva prestação jurisdicional.

Finalmente, compreendendo que durante o incremento regular do processo, pode este ser lesado por um fato externo a vontade da parte, o legislador instituiu o Poder Geral de Cautela, garantindo o seu eficaz desenvolvimento e resultado útil do processo principal.

Conclui-se que o legislador, ao elaborar o art. 798 do CPC forneceu ao magistrado as ferramentas eficazes para dirimir os conflitos de interesses, capacitando-o para cumprir corretamente seu dever maior de prestar assistência jurisdicional a todos que lhe busque proteção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13ª Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

BAPTISTA, Ovídio. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: FORENSE, 1996, p. 40.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. **A lide cautelar no Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 1992, p. 30

GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 15- 31- 37- 39- 146.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito**. 3ª Ed., São Paulo: Editora ATLAS S.A., 2003.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6ª Ed. Vol. VIII, Rio de Janeiro: FORENSE, 1994, p. 74- 76- 88- 89.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 369- 550.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz. **Manual de Processo de Conhecimento**. 4ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005, p. 431.

THEODORO, Humberto. **Processo Cautelar**. 17ª Ed. rev. ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1998, p. 31- 42- 46- 487.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3ª Ed. rev. atual. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VILLAR, Willard de Castro. **Ação Cautelar Inominada**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1988, p. 22- 62- 74- 108.