

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES E
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

EXECUÇÃO DE DECISÕES DO CADE

PROCESSO CAUTELAR

OUTROS ESTUDOS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

WALTER PIVA RODRIGUES

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

12

LIMITES AO PODER DO JUIZ NAS CAUTELARES ANTECIPATÓRIAS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos limites constitucionais ao poder geral de cautela – 3. Do conteúdo do art. 798 do Código de Processo Civil – 4. Do método para a aplicação do critério ao caso concreto.

1. Introdução

1. O problema central das cautelares antecipatórias, no direito brasileiro, já deixou de ser o da sua admissibilidade, que hoje se considera irrecusável, para passar a ser o da determinação dos limites dentro dos quais se contenham os poderes discricionários do juiz. Que existam esses limites, é coisa de que ninguém duvida, porque não se concebem poderes absolutos dentro de um estado de direito. O problema consiste em descobrir o critério segundo o qual esses limites devam ser fixados para o fim de estabelecer não só os casos em que a concessão de cautelares antecipatórias seja permitida – pois isto a lei já diz – mas também para estabelecer, definindo a sua estrutura particular, os casos em que ela seja *proibida*, e os casos em que ela seja *obrigatória*.

A necessidade prática e teórica da descoberta deste critério é hoje francamente admitida por todos, pois é unânime a crítica que se vem fazendo ao abuso na concessão dessas cautelares.¹

¹ Abuso este que acabou servindo de pretexto, anos mais tarde, para a introdução no CPC do instituto da tutela antecipada (Lei 8.952/1994) ao argumento de que seriam inadmissíveis medidas cautelares satisfativas. Este ensaio data de 1987, quando foi publicado nas páginas da Revista Brasileira de Direito Processual, e sistematiza as cautelares antecipatórias, matéria ainda regida pelo art. 798 do CPC, nitidamente diferente da tutela antecipada de que cuida o art. 273 do mesmo Código. Enquanto aquela diz respeito, expressamente, à segurança do direito em causa, esta, como é próprio das liminares em processo de conhecimento (*e.g.* reintegração de posse, alimentos provisórios, embargo de obra nova),

2. Dos limites constitucionais ao poder geral de cautela

2. Todo limite aos poderes do Estado deve ser buscado na Constituição, notadamente no seu art. 153.^{NA1}

Essa norma garante, em primeiro lugar, a inviolabilidade dos direitos. Nos seus parágrafos, diz de que modo, ou em que termos, se estabelece esta garantia. Entre eles destacam-se dois que se conjugam harmonicamente; respectivamente, os §§ 2.º e 4.º: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.^{NA2} Decorre deste último que compete exclusivamente ao Poder Judiciário apreciar qualquer lesão de direito individual para o fim de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. E decorre do primeiro que a imposição a alguém do dever de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, só pode ser feita pelo Poder Judiciário, se reconhecer a existência da obrigação mediante um juízo de legalidade (e não de mera oportunidade ou conveniência). A essas garantias, soma-se a do § 1.º: “Todos são iguais perante a lei”.^{NA3}

A obrigação é um vínculo imposto à vontade de alguém para o preavalecimento do interesse de outrem. Constitui por isto uma restrição à autonomia da vontade e, como tal, uma restrição à liberdade individual.

Todo ato de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, importa sempre uma restrição à liberdade, que a Constituição Federal só

tem por escopo a segurança de direitos quaisquer desde que conexos àquele em que a ação se funda (em regra, direitos absolutos, como o direito à vida, à saúde, à dignidade pessoal, ao sustento da prole etc.). É o que resulta do singelo confronto entre a redação do art. 798 e a do art. 273, I, do CPC. Contra o atual abuso na concessão de tutelas antecipadas, são também úteis os limites expostos neste trabalho. O abuso em si continua, só mudou de lugar.

^{NA1} Texto refere-se à CF/1967 com alterações advindas da EC n. 1/1969. Atualmente o art. 5.º da CF regula os direitos e deveres individuais e coletivos, inserido no título destinado aos direitos e garantias fundamentais.

^{NA2} Os princípios aludidos no trecho estão dispostos respectivamente no art. 5.º, II e XXXV, da CF/1988.

^{NA3} A norma do parágrafo citado atualmente compõe o *caput* do art. 5.º da CF/1988.

admite mediante um julgamento prévio, pelo Poder Judiciário, por via do qual se verifique a existência de lei que autorize esse ato.

Daí o princípio da proibição da Justiça de mão própria, que não se acha expresso na Constituição mas decorre dos princípios que ela adota, e por isto se acha tão garantido quanto os demais que nela se acham expressos. É o que se impõe concluir por força do disposto no § 36 do art. 153.^{NA4}

Este princípio da proibição da justiça de mão própria tem duplo alcance: um alcance negativo e um alcance positivo. Do seu lado negativo, sanciona como crime o exercício arbitrário das próprias razões; e do seu lado positivo garante a todos a liberdade consistente, do ponto-de-vista do direito penal, no direito de ir e vir, e do ponto-de-vista do direito civil, no direito de ser mantido na situação de fato em que se encontre, até ser convencido pelos meios regulares. Quer dizer, mediante processo regular, perante um juiz imparcial e neutro, assegurado plenamente o direito de defesa.

Este direito é um dos que se incluem no direito à liberdade. Tem por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente, que esse direito não existe ou que pertence a outrem. Para tornar mais sintética a exposição, vamos dar a esse direito o nome de *direito à liberdade jurídica*.

Esse direito se funda num pressuposto que, para nós processualistas, é de extrema relevância: o de que, havendo litígio sobre a existência ou a inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade. E isto vale tanto para o processo penal como para o processo civil.

E tanto isto é verdadeiro que na raiz de todas as tentativas de restringir a liberdade jurídica do réu, encontra-se sempre uma profunda e indisfarçável ojeriza ao processo ou uma não menos profunda nem

^{NA4} Norma similar consta da CF/1988 no art. 5.º, § 2.º, nos seguintes termos: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

indisfarçável desconfiança na capacidade do processo de possibilitar a descoberta da verdade.

Ao lado desse direito e derivado também do princípio da inviolabilidade dos direitos, vamos encontrar um outro, que é o direito à efetividade do processo.

Consoante o conhecido ensinamento de Chiovenda, o processo deve dar, o quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir (Instituições, I, p. 12, n. 84).

Já que o Estado proíbe as vias de fato, assume o dever de, pela via judicial, tornar efetiva a inviolabilidade dos direitos.

Nasce, daí o que podemos chamar de *direito à tutela jurídica pela via específica*. A satisfação do direito pela via subsidiária do pagamento de seu equivalente em dinheiro deve considerar-se sempre uma forma de substitutiva e, como tal, restritiva da garantia da inviolabilidade dos direitos.

3. O processo, porém, demanda tempo. Isto faz com que esses dois direitos tenham que ser considerados a partir do ponto de vista do tempo, que o processo demanda. Assim considerados, ver-se-á que há casos em que estes dois direitos se *harmonizam* e há casos em que eles *conflitam*.

Eles se *harmonizam* quando o tempo do processo não constitui obstáculo à execução específica da obrigação não cumprida ou, de modo genérico, à satisfação específica do direito em que a ação se funda. É o caso, por exemplo, dos direitos à prestação de quantia certa ou de prestação à entrega de coisa certa, em relação aos quais o tempo do processo não constitui, por si, impedimento à satisfação pela via específica. Podem ser satisfeitos em tempo igual ao que o processo demandar, não importa quão longo esse tempo seja. Algum perigo que haja, poderá ser removido pelas cautelares não antecipatórias e os prejuízos da mora resolver-se-ão sempre em dinheiro e, portanto, mediante execução específica.

Eles *conflitam*, porém, quando a satisfação pela via específica só possa se realizar em prazo inferior ao tempo que o processo demanda. É o caso, por exemplo, do direito de semear para a próxima safra ou de colher a safra pendente, para os quais há prazo certo, naturalmente inferior ao demandado pelo processo. Nesses casos, não há possibilidade alguma de se obedecerem integralmente as duas garantias (a da liberdade jurídica

e a da satisfação específica): ou se atende a uma, ou a outra. A solução aí, passa a ser, como regra geral, a via substitutiva da reparação pelo equivalente em dinheiro. É a solução do meio termo: assegura a liberdade jurídica do réu e não deixa sem satisfação o direito do autor. O relativo sacrifício dos direitos do autor é um mal menor que a violação da garantia constitucional da liberdade jurídica do réu. Sem esta, restaria inútil a proibição da justiça de mão própria, princípio absolutamente essencial ao Estado-de-direito. Seria um erro crucial pensar na efetividade do processo como um bem supremo, que deva ser perseguido a qualquer preço e, inclusive, à custa das liberdades constitucionais.

4. Essa solução, contudo, é limitada. Ela não pode prevalecer quando imponha a sujeição a um processo e a uma sentença que resultem praticamente inúteis, porque isto implicaria, em última análise, voltar a admitir as vias de fato (a favor do réu), substituindo a justiça do Estado pela justiça dos fatos consumados, rompida de vez a garantia de inviolabilidade dos direitos.

É aí que começa a possibilidade da concessão de cautelares antecipatórias, cujo objeto consiste precisamente em antecipar a tutela pela via específica, com sacrifício relativo da liberdade jurídica do réu. Restará ao réu, se vencedor a final, a reparação de seu direito (provisoriamente violado) pela indenização das perdas e danos.

Essa solução, por sua vez, também é limitada. Ela é exigida pela efetividade do processo, é bem verdade, mas não pode prevalecer quando importe um sacrifício desnecessário da liberdade jurídica do réu, como ocorreria nos casos em que, inobstante a falta de tutela específica, ainda seja satisfatória a via substitutiva do equivalente em dinheiro.

Disto se deu conta plenamente Giuseppe Chiovenda quando apontou nas liberdades fundamentais um *limite jurídico* ao princípio de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (Instituições, v. I, n. 12, p. 84). Disse-o textualmente: “Em verdade, alguns meios executivos, e precisamente os que importam em limitações da liberdade pessoal, como o arresto de pessoa, ou de direito de propriedade, como o seqüestro de natureza coercitiva, ou que têm caráter penal, ainda que atenuando, como as multas judiciais, só são possíveis se *formalmente admitidas pela lei*. Isso, porém, *em virtude de princípios mais gerais*

a que aquela própria tendência do processo se subordina, como o princípio geral que proclama a inviolabilidade da liberdade individual (Estatuto, art. 26) e da propriedade individual (Estatuto, art. 29, cód. civ. art. 438); e o princípio *nullum crime sine lege*. (...) Supressos esses *limites jurídicos*, a tendência do processo desenvolve sua natural expansão, e só se detém frente à *impossibilidade de fato*” (op. cit., p. 85).

E conclui: “Em resumo: todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível *e não seja contrário a uma norma geral ou especial de direito*, deve considerar-se admissível” (idem, p. 86; em itálico no texto, nossos os grifos).

5. O critério, portanto, que preside à concessão das cautelares antecipatórias é o da *possibilidade* (tanto de direito, como de fato) *da substituição* da via específica pela via subsidiária do equivalente em dinheiro.

Segundo esse critério, podemos separar os direitos em duas grandes espécies, conforme essa substituição seja *juridicamente impossível* ou *juridicamente possível*. À primeira espécie pertencem os direitos *inalienáveis* que, por isso mesmo, não são susceptíveis de mensuração econômica, embora possam ser estimados os prejuízos materiais e morais que sua perda possa importar. À segunda espécie pertencem os direitos *alienáveis* que, exatamente por isso, são susceptíveis de mensuração econômica.

Os direitos desta última espécie, por sua vez, podem ser separados em três subespécies, conforme a substituição em causa (da via específica pelo equivalente em dinheiro) ou seja *facticamente impossível* ou *possível* e, sendo possível, conforme seja *possível e fácil* ou *possível mas difícil*.

Deve-se entender que a reparação é *facticamente impossível* quando haja evidência de que não pode ser suportada pelo patrimônio do devedor. E deve-se entender que seja *difícil* quando: (a) seja difícil de ser estimada com justiça; ou (b) seja de execução excessivamente onerosa para o credor; ou (c) quando seja imprevisível *in limine litis* a capacidade do patrimônio do devedor para suportá-la (a mera incerteza não basta, porque pode ser desfeita mediante caução).

Estas classificações podem ser resumidas graficamente no seguinte quadro:

(I) Direitos para os quais o tempo do processo não obsta a sua satisfação específica, porque ela pode ser obtida da mesma forma no final do processo (o tempo lhes é indiferente);

(II) Direitos para os quais o tempo do processo impede a sua satisfação específica, que só pode ser realizada em prazo inferior ao demandado pelo processo (o tempo é, para eles, *prejudicial*). Classificam-se em duas espécies, a saber:

(1) direitos de reparação econômica juridicamente impossível (direitos *inalienáveis*) e;

(2) direitos de reparação econômica juridicamente possível (direitos *alienáveis*). Estes se subdividem em duas espécies, a saber:

(a) de reparação facticamente *impossível*

(b) de reparação facticamente *possível*, sendo estes classificados em duas subespécies:

(b.1) reparação possível e *fácil*

(b.2) reparação possível *mas difícil*

6. Em face dos direitos (I), para os quais o tempo do processo é *indiferente*, a garantia constitucional da liberdade jurídica do réu *proíbe* a concessão de medidas cautelares antecipatórias, porque com ela se harmoniza a garantia da efetividade do processo.

Diante dos direitos (II, 1), para os quais o tempo do processo é *prejudicial* e de substituição pela via subsidiária juridicamente impossível (direitos *inalienáveis*) a garantia constitucional da efetividade do processo *obriga* a concessão das cautelares antecipatórias, porque, do contrário, o direito feito valer se tornaria, ele mesmo, violável.

Perante os direitos (II, 2, a.), para os quais o tempo do processo é prejudicial e de substituição pela via subsidiária juridicamente possível (direitos *alienáveis*), mas de reparação facticamente impossível, a garantia constitucional da efetividade do processo também *obriga* a concessão das cautelares antecipatórias, porque do contrário resultaria inútil o processo e violável o direito.

Na presença de direitos (II, 2, b.1), para os quais o tempo do processo é prejudicial, sendo porém *possível* a sua satisfação pela via substitutiva das perdas e danos, tanto do ponto-de-vista jurídico (direitos *alienáveis*), como do ponto-de-vista fático e, além de possível, *fácil*, a garantia constitucional

da liberdade jurídica do réu *proíbe* a concessão das cautelares antecipatórias: nada há em tais casos que justifique a quebra dessa garantia, inclusive porque não se dá um rompimento absoluto da garantia da efetividade do processo. No caso, porém, em que a reparação seja *possível mas difícil* (II, 2, b-2), dá-se o equilíbrio entre as duas garantias e cabe ao juiz, à falta de regras particulares (como *e.g.* as convencionadas em contrato) decidir com discricção, formulando a regra para o caso concreto. Nesses casos as aludidas garantias não interferem *a priori* nem a favor, nem contra, e a concessão das cautelares antecipatórias será *permitida*, na medida em que se comprove a dificuldade.

7. Chegamos, assim, às três espécies, em que a concessão de cautelares antecipatórias é: ou *proibida*, ou *obrigatória*, ou *permitida* ao juiz, conforme a incidência dos dois aludidos princípios constitucionais. Sintetizando, ela é:

(A) Proibida:

- 1.º) quando o tempo demandado pelo processo não impede a satisfação do direito pela via da prestação de tutela específica;
- 2.º) quando o direito é susceptível de mensuração econômica (direito alienável) e a sua satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro é facticamente possível e fácil, não importando que a sua satisfação pela via específica só seja possível em tempo inferior ao demandado pelo processo.

(B) Obrigatória:

- 1.º) quando a satisfação do direito pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo e, por se tratar de direito inalienável, não seja ela susceptível mensuração econômica, embora sejam indenizáveis os danos patrimoniais ou morais decorrentes de sua violação;
- 2.º) quando a satisfação do direito pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo e, em se tratando de direito susceptível de mensuração econômica (direitos alienáveis), a satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro seja facticamente impossível.

(C) Permitida:

- 1.º) quando a satisfação pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, o direito seja susceptível de mensuração econômica (direito alienável), mas a satisfação pela via subsidiária da reparação em dinheiro seja facticamente difícil.

3. Do conteúdo do art. 798 do Código de Processo Civil

8. A determinação dessas espécies a partir da Constituição Federal não conflita, antes se harmoniza com a regra do Código de Processo Civil, segundo a qual “(...) 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”.

É fácil verificar que as duas espécies acima indicadas, em que é *proibida* a concessão de cautelares antecipatórias, também se acham excluídas do alcance do art. 798 do CPC, porque, na primeira, não ocorre o risco de lesão, e na segunda não se verifica a hipótese de ser difícil a reparação.

Por sua vez, as duas espécies em que é *obrigatória* se acham necessariamente compreendidas no conteúdo da regra, porque na primeira a reparação pelo equivalente em dinheiro é juridicamente impossível e, na segunda, é facticamente impossível.

9. São, pois, quatro casos que traçam os limites, respectivamente, superior e inferior, dentro dos quais, por força dos princípios constitucionais antes referidos, se deve conter o poder atribuído ao juiz para conceder as cautelares antecipatórias. Limitam juridicamente o alcance da expressão “poderá o juiz”, cuja compreensão fica restrita à espécie em que, segundo nossa classificação, a concessão dessas cautelares é *permitida*.

A determinação dessas espécies por via constitucional traz também como resultado a determinação do conteúdo necessário das expressões legais, “*lesão grave*” e “*difícil reparação*”, no que se correlacionem com as cautelares ditas antecipatórias. Só ocorrerá *lesão grave* quando o direito feito valer não possa ser satisfeito pela via específica no tempo de mandado pelo processo. Por sua vez, na expressão “*de difícil reparação*” se inclui necessariamente o caso da impossibilidade (jurídica ou fática)

da substituição pelo equivalente econômico: a impossibilidade é o grau máximo da dificuldade.

10. Determinando o conteúdo necessário daqueles dois requisitos, fica delimitado o campo do *periculum in mora*. Fica-se sabendo o que dele necessariamente se exclui e o que nele necessariamente se inclui, sempre por força da Lei Maior. E fica-se sabendo também o que nele o juiz *pode* considerar incluído ou excluído.

4. Do método para a aplicação do critério ao caso concreto

11. Para aplicar o critério proposto é preciso, primeiro, definir com precisão o *direito* que a parte pretende fazer valer em juízo, para em seguida determinar o tipo em que ele cabe, dentre os acima descritos.

O tipo encontrado, por sua vez, dirá da necessidade, ou não, de proceder a análise *dos fatos* conhecidos para, a partir deles, definir o grau de reparalidade da lesão ao direito da parte.

Definido este grau (se necessário), ter-se-á identificado a espécie em que o direito cabe, dentre as cinco supra descritas, e esta espécie dirá se, no caso, a concessão da cautelar antecipatória é proibida, obrigatória ou meramente permitida.

Nota-se, porém, que esse caminho é percorrido todo ele dentro da órbita de um só dos dois requisitos que condicionam a concessão das cautelares: o denominado *periculum in mora*. É ele, de longe, o mais importante dos dois, mas não dispensa a demonstração da presença, também, do *fumus boni juris*, sem o qual qualquer medida cautelar antecipatória se transforma em ato arbitrário, como se fora uma espécie de favor pessoal dispensado ao requerente, que violaria ostensivamente a liberdade do requerido. Para atender a essa exigência, cabe cuidar, ao definir o direito da parte, de demonstrar conjuntamente a viabilidade da ação principal.