

OUTROS DIREITOS PRINCIPAIS
NAS LOCAÇÕES EM GERAL

I - Efeito somente devolutivo dos recursos interpostos das sentenças nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório, revisionais de aluguel e renovatórias de contrato de locação (art. 58, V), admitindo-se a execução provisória mediante caução (§ 4º do art. 63 e art. 64 e §§).

II - Citações, intimações ou notificações por correspondência nas ações supra, desde que assim contratado (art. 58, IV).

III - Tramitação desses processos durante as férias forenses (art. 58, I).

IV - Ação revisional de aluguel, de procedimento sumaríssimo, após três anos de vigência do contrato ou do acordo de reajustamento, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (art. 19), com fixação *in illo tempore* de aluguel provisório a partir da citação (art. 68, II) e possibilidade de alteração da periodicidade e do índice de correção do aluguel. Aplica-se, inclusive, no primeiro contrato de locação comercial, ao contrário do que dispunha o artigo 31 do Dec. nº 24.150/34.

V - Possibilidade de cumulação do pedido de despejo por falta de pagamento com o de cobrança de aluguel e acessórios (62, I). Não se admitirá emenda da mora se o locatário já houver se beneficiado com a mesma por duas vezes nos últimos 12 meses (62, §).

VI - Possibilidade de reconvenção na ação de consignação em pagamento de aluguéis, com pedido de despejo e cobrança de aluguéis. Nessas ações, o pedido inicial envolve as obrigações que se vencerem no curso do processo, as quais deverão ser depositadas nos respectivos vencimentos. Possibilidade de levantamento imediato de depósitos incontroversos (art. 67).

Doutrina

MEDIDAS LIMINARES *

SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA
Magistrado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. O Poder soberano do Estado e as normas de conduta. 2. A Jurisdição no tempo. 3. Princípios da jurisdição. 3.1. Princípio do juiz natural. 3.2. Princípio da investidura. 3.3. Princípio da indelegabilidade ou improrrogabilidade. 3.4. Princípio da indeclinabilidade. 3.5. Princípio da territorialidade. 3.6. Princípio da inevitabilidade. 3.7. Princípio da inércia. 4. Garantias de Direito Material e Cautelas de Direito Processual. 4.1. Diferença entre as garantias de Direito Material e as cautelas de Direito Processual. 5. Jurisdição Cautelar. Processo e Procedimento. 5.1. Pressupostos Processuais e condições da ação cautelar. 6. Medida Cautelar com prestação jurisdicional liminar. 7. Procedimento nas cautelas de jurisdição contenciosa com a antecipação de liminar. Sinopse do procedimento. Procedimento comum. 8. Procedimentos específicos. 8.1. Procedimento na cautelar para apreensão de título oneroso. 9. Tutela cautelar de jurisdição contenciosa e sem título oneroso. 10. Tutela cautelar de Jurisdição Voluntária. 11. Eficácia da liminar concedida. 12. Liminar no processo de conhecimento de natureza satisfativa. Procedimentos especiais. 13. Recursos. Bibliografia.

1. O PODER SOBERANO DO ESTADO E AS NORMAS DE CONDUTA

A vida em sociedade, no Estado moderno, é orientada sob o pálio de normas de conduta obrigatórias, que devem ser seguidas, obedecidas por todos. Para que reinem o equilíbrio e a paz social, o edifício constitucional do Estado se assenta em três pilares emergentes do grupo social⁽¹⁾, responsáveis por áreas específicas e vitais, atuando cada qual de forma autônoma e independente, personificando uma só entidade jurídica - o Estado/Administração, o Estado/Legislação e o Estado/Juiz.

(*) - Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil na Universidade Federal de Uberlândia.

(1) - Todo Poder emana do Povo e em seu nome é exercido.

Ao primeiro, Estado/Administração ou Poder Executivo, incumbe administrar as coisas públicas e seus interesses, nos limites traçados pela lei; ao segundo, Estado/Legislação ou Poder Legislativo, compete impor as normas jurídicas de condutas tanto dos indivíduos como do próprio Estado; finalmente, ao Estado/Juiz, ou Poder Judiciário, compete a **jurisdição**, a administração da Justiça, dirimindo os conflitos de interesses dos indivíduos entre si, ou destes com o Estado, ou vice-versa. Ao exercício dessas atividades pelos Poderes do Estado, na órbita de seu órgão próprio chama-se **soberania**. O Poder Judiciário exerce a soberania estatal com o exercício da jurisdição, da prestação jurisdicional.

JURISDIÇÃO, DEVER DO ESTADO EM FACE DOS INTERESSADOS EM CONFLITOS

Subtraída do indivíduo a prática da justiça pelo desforço próprio, o Estado chamou a si o poder-dever de solucionar as diferenças entre os indivíduos e destes com o próprio Estado, quando convocado, dirimindo os conflitos de interesses, restabelecendo a ordem e a paz social, aplicando no caso concreto o direito, a norma jurídica, abstratamente previstos.

Ocorrendo um interesse a um bem da vida, resulta numa pretensão. Surgindo resistência à pretensão, instaura-se o conflito de interesses. Toda relação jurídica tende a se realizar fisiologicamente, de modo natural, sem resistência, e, ocorrendo a resistência, mediante a autocomposição, sem a interferência de órgão estranho a interesse de ordem material. A solução, no entanto, pode ser patológica, fora da expectativa ideal, pelo órgão próprio do Estado. Não conseguindo os interessados uma composição *sponte sua* para solucionar o conflito de interesses, buscam o Poder Judiciário, via do devido processo legal e aqui surge a **lide** ou **litígio** que só termina com a última palavra do Estado, dizendo com quem está o direito. Registra-se que a participação do Judiciário põe por completo fim à desavença e nem a lei pode modificar o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, garantia assegurada na Constituição. De fato, a lei nunca pode ferir a coisa julgada. Acertada pelo Estado a relação jurídica entre as partes, cumpre a quem perdeu satisfazer a obrigação, definitivamente reconhecida. Ocorre que pode já existir uma situação de acerto entre os interessados, ou porque a relação já foi acertada pela via judicial, ou porque a pretensão de um já está materializada em título que a lei dispensa acerto, considera líquido, certo e exigível, mas que a parte devedora não quer cumprir. Estamos diante de uma pretensão do credor insatisfeita pelo devedor. O Estado é chamado para forçar o adimplemento, substituindo as partes e especialmente a vontade do devedor, e com o produto da alienação pública de seus bens paga o credor. Pode ocorrer que a pretensão resistida ou insatisfeita para vingar perante a apreciação judicial, tramitando com equilíbrio, dependa da realização de atos com o que não colabora *a ex adversa*, ou o tempo é exíguo para o interessado providenciar determinados elementos de prova. Aí também o Estado, em substituição das partes, sal-

vaguarda o interesse individual da manifestação do Poder Judiciário. A estas atividades públicas, substitutivas do Estado, no **processo de conhecimento**, no **processo executório** ou no **processo cautelar**, denomina-se **jurisdição**.

2. A JURISDIÇÃO NO TEMPO: ESCORÇO HISTÓRICO

Em época remota, não conheceu Roma e outros povos o poder-dever jurisdicional como o temos atualmente. Imperou o exercício da vindita privada. Quando muito, a preocupação pública era a de ditar as normas de condutas que deveriam ser observadas pelos particulares. Incumbia a cada um defender o seu direito e buscá-lo a *mano propria* onde e com quem estivesse - era o exercício da justiça privada, onde o mais forte resguardava o seu direito, ou pretensão direito, com o puro uso da força⁽²⁾. Característica marcante daquele período, da vingança privada, é que não havia a preocupação do acerto do direito e já se partia incontinenti para a execução.

A **jurisdição**, como ato exclusivo do Estado, foi exercida por Roma, passando por três períodos:

- a) o das ações da lei;
- b) o processo formular; e
- c) o processo extraordinário.

No primeiro período, o do processo das ações da lei, os interessados deveriam atender determinadas formas ritualísticas, pessoalmente, já que os romanos naquela época não concebiam a representação. A menor falha, o equívoco de uma palavra ou gesto podia levar o autor a perder a demanda. Era um processo extremamente formalístico o das *legis actiones* que compreendia funções cognitivas e executivas, muito embora na denominada *pignoris captio*, classificada como executiva, possa-se identificar indício de uma cautelar de arresto⁽³⁾. Ao lado desse sistema extremamente formalístico existia a fórmula. Fórmula era um escrito redigido pelo magistrado - órgão oficial do Estado - com a indicação da questão a ser dirimida pelo juiz, este, um terceiro, geralmente escolhido de comum acordo pelas partes ou por elas aceito. Havia duas fases de julgamento: uma perante o magistrado, órgão público do Estado, onde as partes deduziam a sua pretensão dentro do ritual prescrito, e a outra fase, a final, perante o juiz, particular escolhido pelas partes ou por elas aceito, mas com a chancela do magistrado que lhe dava competência pela fórmula.

(2) - J. CRETELLA JÚNIOR, in *Direito Romano Moderno*, Forense, 4ª edição, 1986. "No início, os primitivos romanos, com inúmeros outros povos, fazem justiça com as próprias mãos, defendendo o direito pela força. Dessa fase de vingança privada, que se dirige contra o autor do dano, passam os romanos para várias, até que, num alto estágio de progresso, o Estado toma a seu cargo a tarefa de resolver os litígios entre os particulares".

(3) - J. CRETELLA JÚNIOR, in *ob. cit.*, p. 286: *Pignoris Captio* (opero me de penhor) é a ação da lei pela qual o credor, empregando formas especiais (*certis verbis*), mas sem autorização preliminar do magistrado, faz a apreensão de objetos pertencentes ao devedor e o conserva, como garantia, até que a dívida seja paga.

O PROCESSO FORMULAR ROMANO

Foi pelas *Leges Juliae*, chamadas Leis Júlia Judiciárias, editadas por Augusto, que o processo formalístico foi proscrito, permanecendo somente a fórmula, nascendo aí o segundo período do processo civil romano - o processo formular. Neste sistema as partes comparecem perante o magistrado e, sem a necessidade de obediência à ritualística, expõem o que pretendem, e o magistrado fixa os limites da demanda para o julgamento do pretor. O pretor decidia nos limites da fórmula e até amparado na equidade, já que não estava manietado pela lei. É processo de cognição e de execução, mas a liminar acautelatória se avista na *missio in possessionem*, que é a ordem dada pelo pretor a uma pessoa para que tome posse de coisa pertencente a outra.

O PROCESSO ROMANO EXTRAORDINÁRIO OU
EXTRA ORDINEM

Finalmente, surge o chamado processo *extra ordinem* ou processo extraordinário, suprimindo as duas fases de julgamento, ficando o magistrado incumbido de processar e julgar, principal marco daquele processo. Naquele período, pode-se dizer que a jurisdição foi plenamente exercida pelo Estado. Não mais se admitia a participação de juiz particular para a decisão da demanda. Foi afastado o aspecto contratual do processo a que emprestava o sistema antigo, pela aceitação das fórmulas e do juiz particular. Instaurou-se a concentração dos atos jurisdicionais perante o magistrado, pessoa física representante do Estado. Com o declínio do Império Romano, leciona ERNANE, o processo sofreu acentuadas influências dos povos bárbaros que dominaram a Europa, principalmente dos germânicos, e durante largo período o processo caminhou sem nenhum cunho científico, chegando época em que predominavam os "Juízos de Deus" e as ordálias⁽⁵⁾.

3. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO, PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL,
PRINCÍPIO DA INVESTIDURA, PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE OU
IMPRORROGABILIDADE, PRINCÍPIO DA INDECLINABILIDADE,
PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE, PRINCÍPIO DA
INEVITABILIDADE, PRINCÍPIO DA INÉRCIA.

Toda ciência se assenta em princípios que lhe dão figura, forma. A ciência jurídica não é exceção. Mas aqui, este estudo visa os princípios que norteiam a jurisdição, ato estatal de dizer o direito, quando provocado, em determinado caso concreto. Fora dos princípios gerais não existe jurisdição. É comum o uso aleatório do termo jurisdição como, *v.g.*, em "jurisdição da 16ª Delegacia Regional de Segurança Pública", "Jurisdição da Delegacia de Ensi-

(5) - ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, in *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 2ª edição, 1989, 1ª v., p. 3.

no" etc., que se refere ao limite territorial para a prática de atos administrativos dentro da atribuição de cada órgão. Em se tratando de limite territorial, a técnica administrativa recomenda o termo "circunscrição" e no caso de exercício da função pública "atribuição".

3.1. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Pelo princípio do juiz natural, o órgão julgador deve ser ou estar previamente instituído, bem antes do fato ou pessoa a serem julgados. O juiz é natural porque, independente de qualquer atuação, é juridicamente conhecido pelos jurisdicionados. Ninguém pode ser subtraído de ser julgado pelo juiz que a lei previamente determinou. A competência *ratione personae* não é e nunca foi exceção ao princípio do juiz natural, desde que previamente fixada. O que não pode é o jurisdicionado ser surpreendido na hora do seu julgamento ou de seu interesse, com um juiz excepcional, mesmo que criado por lei. A garantia alcançou foro constitucional - não haverá juízo ou tribunal de exceção - art. 5º, inciso XXXVII. O Capítulo III do Título IV da Constituição da República fixou o juiz natural em todos os graus de jurisdição.

3.2. PRINCÍPIO DA INVESTIDURA

É o princípio pelo qual se caracterizam os funcionários públicos em geral. O indivíduo só é considerado funcionário público após se investir regularmente no cargo. Também, a pessoa física, incumbida de representar o Estado na distribuição de justiça, só é considerada juiz, em qualquer grau de jurisdição, após regular investidura no cargo, que compreende a nomeação, posse e asunção de exercício. Por mais notável o conhecimento jurídico, só é juiz quem passou pela cerimônia legal da investidura. A Constituição Federal fixou as diretrizes da investidura nos artigos 93, incisos I, II e III, e 94.

3.3. PRINCÍPIO DA INDELEGABILIDADE OU IMPRORROGABILIDADE

Por este princípio os atos específicos de qualquer órgão judicial só podem ser praticados por quem, legitimamente, está investido no cargo, ou nele substituído por força de lei. O ato judicial nas comarcas onde existem várias varas de julgamento, com juízes igualmente competentes, só pode ser exercido por aquele a quem couber a apreciação por distribuição. A substituição em cada vara se opera por força da lei e não por vontade do juiz. Guarda estreita ligação com o princípio da independência jurídica do juiz no processo. Mesmo que congestionado pelo excesso de demanda, não pode o juiz, em qualquer grau, delegar a outro funcionário, ou mesmo a outro juiz, o exercício da função que lhe compete. Nem a administração superior, a que está subordinado administrativamente o juiz, pode delegar poderes a outro juiz para auxiliar ou julgar processo sob a função jurisdicional de determinado juiz, exceto nas organizações judiciárias que prevêm o juiz cooperador, juiz auxiliar ou substituto. No entanto, nada impede e nem irrita o princípio da indelegabilidade que a lei crie assessor jurídico ao juiz, levando em conta a imensa clientela que acorre ao Judiciário. O assessor poderia emitir, nos autos, parecer técnico-jurídico, mas a decisão seria sempre do juiz, que poderia acolher ou não, fundamentan-

do a sua decisão como recomenda o art. 93, inciso IX, da Carta Magna. Nenhum órgão judiciário pode subtrair de outro a competência de julgamento, avocando processos, como na lamentável previsão no art. 119, inciso I, letra o, da Constituição Federal de 1969, felizmente desbancada do campo jurídico nacional. O juiz de segundo grau não pode nem mesmo recomendar procedimento jurídico ao juiz inferior, tendente a nortear o julgamento, para não ferir a independência jurídica.

O juiz só se desvincula do processo após decisão terminativa, com ou sem julgamento do mérito, ou quando for transferido, promovido ou aposentado⁽⁶⁾.

Enquanto na área administrativa dos demais Poderes, os funcionários, mesmo que investidos, podem ser substituídos nas suas funções e atos por *imperium*, o mesmo não ocorre no Poder Judiciário, quando se trata de juiz.

O cumprimento de carta precatória, com a realização de atos, que, originariamente, incumbia ao juiz deprecante, ou o cumprimento de carta de ordem, é mais uma homenagem a este princípio em comento. É que o juiz de outro território ou o relator em segundo grau não podem invadir área de competência de juiz local. O cumprimento de carta rogatória é em homenagem ao princípio de colaboração internacional e em respeito à soberania nacional. Em qualquer hipótese, o juiz deprecado, ordenado ou rogado deve envidar todos os esforços ao seu alcance para se desincumbir do *munus*, sob pena de ferir principalmente o princípio da indeclinabilidade, a seguir exposto.

3.4. PRINCÍPIO DA INDECLINABILIDADE

Pelo princípio da indeclinabilidade, o juiz, representante de um Poder do Estado, é obrigado a decidir, mesmo que se encontre numa situação jurídica de **um buraco negro**, por ausência de disposição legal. Nesse caso o juiz deve se socorrer dos princípios gerais de direito, da equidade, ou do costume do lugar. Só nos casos de incompetência absoluta o juiz se afasta do processo, até mesmo de ofício, ou, no caso de incompetência relativa, quando acolher exceção. Declinado da competência o juiz remete os autos ao juiz competente⁽⁷⁾.

3.5. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

Os órgãos judiciários são distribuídos em comarcas, na Justiça comum estadual, e em seção judiciária na Justiça Federal, em primeira instância. O juiz de um lugar pode decidir feito que originariamente seria de outro lugar, se o réu não opuser exceção declinatória de foro e de juízo, ressalvadas aquelas de competência da Justiça Federal, quando a comarca não for sede de vara

(6) - Sobre a identidade física do juiz - art. 132 do CPC, o STF firmou jurisprudência segundo a qual mesmo finda a instrução, o juiz transferido, promovido ou aposentado não fica vinculado ao processo para julgar a causa, sendo nula a sentença que acaso proferir. Confira-se THEOTÔNIO NEGRÃO, in *Cód. Proc. Civil e Leg. Proc. Civil em Vigor*, 19ª ed., nota 132.3.

(7) - CPC, art. 113, § 2º: "Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente".

da seção, por se tratar de competência relativa. A competência é relativa em razão do lugar e em razão do valor da causa. Opondo o réu, no prazo da contestação, exceção, não sendo o lugar aquele que originariamente fora determinado para a demanda, o juiz declina da competência e remete os autos àquele que for competente. Nos tribunais regionais como, v.g., Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais, o princípio da territorialidade deve ser obedecido, mesmo ante o silêncio do requerido.

3.6. PRINCÍPIO DA INEVITABILIDADE

É o princípio segundo o qual só ao Estado incumbe solucionar os conflitos de interesses, satisfazer o direito, se invocado, quando os diretamente interessados não conseguirem autocomposição. O indivíduo, titular de um interesse resistido ou insatisfeito, faz um pedido imediato ao Estado e um mediato em face do infrator. Ao Estado pede que diga o direito, que firme quem tem razão.

O Estado, erradicando por completo a vindita privada como forma de solução dos interesses conflitantes, chamou para si o monopólio da administração e distribuição de justiça.

É vedado pelas próprias mãos fazer justiça, impondo a outro a submissão da vontade própria, ao acatamento forçado do interesse, mesmo que legítimo, quando resistido, ou insatisfeito, erigindo tal ato à categoria de crime de exercício arbitrário das próprias razões, cuja pena cominada é de quinze dias a um mês de detenção, ou multa, além da pena correspondente à violência - arts. 345 e 346 do Código Penal; este último dispositivo penaliza com detenção de seis meses a dois anos, e multa, quem tirar, suprimir, destruir ou danificar coisas próprias que se acham em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

Só nos casos expressamente permitidos em lei, pode o particular por desforço próprio resguardar o seu direito sem antes buscar o Poder Judiciário. Assim é que o possuidor, turbado ou esbulhado em sua posse, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, desde que o faça logo⁽⁸⁾. É o que se chama desforço imediato⁽⁹⁾. Todavia, os atos de defesa ou desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse⁽¹⁰⁾. Pode, por vontade própria, o devedor reter o pagamento, quando o credor se lhe negar a

(8) - CONSELHEIRO LAFAYETTE - "Não se pode recusar ao possuidor o direito de defender-se e sustentar-se na posse, repelindo pela força as vias de fato que são dirigidas contra a coisa possuída. Este direito derivado, princípio da legítima defesa, não é, pois, um mero direito de posse, tanto que pode também ser exercido pelo simples detentor. O desforço direto, direito que deriva da posse, é mais alguma coisa do que o direito de defesa: - Não se limita à simples repulsa da violência, mas vai além. A lei permite que o possuidor esbulhado da coisa possa tomá-la por sua própria força e autoridade, contanto que o faça em ato seguido. É isto que no nosso direito se chama - desforço. Na prática do desforço o possuidor deve guardar os princípios que regulam o exercício da legítima defesa. (Confira-se *Direito das Coisas*, Edição Histórica da Editora Rio, adaptada ao Código Civil por JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, p.94, § 23).

(9) - Código Civil, art. 502 e seu parágrafo único.
(10) - J.M.CARVALHO DE MENDONÇA, in *Cód. Civ. Bras. Interpretado*, 9ª ed., v. VII, pp.137 e seguintes.

quitação regular⁽¹¹⁾, contudo, só se libera da dívida, através da inevitável atuação do Poder Judiciário, que deve provocar, valendo-se da ação de consignação em pagamento, arts. 973, I, do Código Civil, e 890 a 900 do Código de Processo Civil⁽¹²⁾. Competindo a solução de interesses conflitantes ao Estado, quem ousar fazer justiça com as próprias mãos comete o crime de exercício arbitrário das próprias razões⁽¹³⁾, cujo objeto jurídico é a proteção da administração da justiça, como monopólio do Estado, sendo vítimas o Estado e a pessoa prejudicada. Assim, é preceito constitucional a assegurar o **princípio da inevitabilidade**, quando assevera que toda e qualquer lesão de direito ou mesmo ameaça simples, quando não houver composição das partes envolvidas, a solução só se atinge via da prestação jurisdicional, ato obrigatório, inevitável do Estado, via de seu órgão próprio, o Poder Judiciário⁽¹⁴⁾.

Para que o Poder Judiciário solucione as pendengas entre os particulares, ou destes com o Estado, é necessária a busca pelo procedimento próprio, por iniciativa do interessado, em homenagem a outro princípio jurisdicional, o da **inércia**, albergado no artigo 2º do Código de Processo Civil - *nemo iudex ex officio*.

3.7. PRINCÍPIO DA INÉRCIA

Pelo princípio da inércia a jurisdição só atua quando o órgão próprio for provocado. Não é possível ao juiz sair à busca de litígios para solucioná-los⁽¹⁵⁾.

Os direitos subjetivos em geral são disponíveis, isto é, a parte pode deles dispor como melhor lhe aprouver, inclusive, deixando de exercer o seu direito de movimentar a máquina judiciária para vencer a resistência à sua pretensão e ver solucionado o litígio. São reconhecidas pelo direito formas legítimas para que os interessados possam prevenir ou terminar litígios, mediante concessões mútuas - inteligência dos artigos 1.025 e seguintes do Código Civil, pela transação. O ideal é que as relações entre os indivíduos se resolvam de forma fisiológica, isto é, de forma natural e espontânea, como pactuaram ou segundo colocado na lei. O conflito e a intransigência das partes pode levar a uma solução patológica, fora do ideal, em substituição à vontade das partes, pelo Poder Judiciário, última trincheira para se defenderem e resgatarem direitos e fazer justiça. A solução externa, pelo órgão estatal, é exceção à regra de conduta, na expectativa de adimplemento, porque quem compra e paga espera receber a coisa diretamente do vendedor, sem qualquer resistência ou discussão, e nem intervenção de terceiro.

(11) - Código Civil, art. 939: "O devedor que paga tem direito à quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto não lhe for dada".

(12) - Código Civil, art. 973: "A consignação tem lugar: I - se o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na forma devida".

(13) - Configura exercício arbitrário, e não crime de cárcere privado, a retenção de paciente em hospital, até o pagamento das contas. (Confira-se CELSO DELMANTO, in *Cod. Penal Coment.*, Ed. Freitas Bastos, 1986/539.)

(14) - A lei não exclui a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito - Const. Federal, art. 5º, inciso XXXV.

(15) - ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, in *Manual*, v. I, 2ª edição, p. 43, nº 74.

Mesmo após a substituição das partes pelo Poder Judiciário, ainda assim, é facultada aos interessados, com a participação do juiz, a solução espontânea, quando se tratar de direitos patrimoniais de caráter privado e nas causas relativas a família, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação, via da conciliação⁽¹⁶⁾.

Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Com este enunciado, o Direito Processual brasileiro consagrou o **princípio dispositivo**, dirigido ao interessado no processo, e o **princípio da inércia**, fenômeno que deve ser observado pelo Estado-Juiz. Todavia, nalguns casos, de cunho altamente de interesse público, e só em homenagem ao interesse público e devidamente autorizado por lei, pode ocorrer o procedimento oficial como, *verbi gratia*, nos permissivos insitos no Código de Processo Civil: artigo 989, que permite ao juiz determinar de ofício o início do inventário, no silêncio das pessoas elencadas nos artigos 987 e 988; art. 1.129, que autoriza ao juiz, procedendo de ofício, ordenar a exibição do testamento pelo seu detentor, se após a morte do testador não houver ele antecipado a fazê-lo, permitindo inclusive a busca e apreensão no caso de recusa; no processo falimentar, se o juiz nega o pedido de concordata preventiva por falta de requisitos do artigo 162 da Lei de Falências, declarará *ex officio*⁽¹⁷⁾ a falência do comerciante e, mesmo concedido o pedido de concordata, o juiz pode de ofício decretar a falência se em qualquer momento ficar provada a ausência daqueles requisitos.

A prestação jurisdicional se faz, do início ao fim do processo, com atos intermediários de tramitação, e a atividade do juiz só se encerra com a entrega da sentença de mérito ao cartório, ou com a juntada nos autos⁽¹⁸⁾. Iniciado pela parte, tem, contudo, o processo impulso oficial - art. 262. No impulso do processo, pode o juiz, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias - art. 130; pode ordenar a realização de quaisquer provas nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária - art. 1.107; pode ordenar de ofício o comparecimento das partes quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado - art. 447; também de ofício pode declarar a incompetência absoluta - art. 113; pode de ofício conhecer e decretar a prescrição quando a causa não versar sobre direitos patrimoniais - art. 219, § 5º (erro de datilografia em trabalho de nossa autoria suprimiu a partícula "não" da frase supra que alterou completamente o sentido);⁽¹⁹⁾ pode, também em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, conhecer de

(16) - BENILDA DE OLIVEIRA SILVA, in *RCDUFU* nº 16/203-213.

(17) - Decreto-lei nº 7.661, de 21/6/45, Art. 176 - Lei de Falências.

(18) - Não é necessária a intimação da sentença para que ela torne inalterável. Basta a sua publicação, que ocorre quando o juiz a entrega ao cartório ou quando é junta aos autos. (Confira-se THEOTÔNIO NEGRÃO, in *Código de Processo Civil e Legislação Complementar*, RT, 5/1/89, p. 238, nota 463:2.)

(19) - SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA, in "Prisão Civil do Depositário Infel no Processo de Execução", *Revista Jurídica Lemli* nº 188, p. 15; *Revista Forense* nº 290, p. 487. Ali foi omitido o advérbio "não" entre as palavras "causa" e "versar". A redação correta é: "pode, de ofício, conhecer e decretar a prescrição de imediato quando a causa não versar sobre direitos patrimoniais" (art. 219, § 5º, CPC).

ofício a ausência de pressupostos processuais, a verificação de perempção, litispendência ou coisa julgada, ou ausência de condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual - art. 267, § 3º. Fora dos casos expressos em lei, a jurisdição é inerte, até que seja provocada. Até mesmo nas lides penais de interesse público, o juiz não tem a iniciativa da ação penal⁽²⁰⁾, que é promovida em qualquer caso pelo Ministério Público - art. 24 do Código de Processo Penal. Tomando conhecimento de fato tido criminoso, de ação penal pública, o muito que o juiz pode fazer é requisitar a instauração do inquérito policial - art. 5º, inciso II, do CPP; concluído o inquérito, os autos são enviados ao juiz competente para a ação penal, que os remeterá ao Ministério Público, e só este órgão tem legitimidade para quebrar a inércia jurisdicional, em se tratando de ação penal pública, e receber a prestação jurisdicional. Nos casos de ação penal privada é o ofendido quem dá a partida na máquina judicial.

Tanto na área cível como na criminal, o titular de uma pretensão vem a juízo pedir que seja proferido um provimento que, eliminando a resistência, solucionem a lide, e, com isso, vença a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais⁽²¹⁾.

4. GARANTIAS DE DIREITO MATERIAL E CAUTELAS NO DIREITO PROCESSUAL. DIFERENÇA ENTRE AS GARANTIAS DE DIREITO MATERIAL E AS CAUTELAS DE DIREITO PROCESSUAL.

A atividade humana está sempre apontada para o futuro, já que o passado é irreversível e serve apenas como lição à experiência. Como a característica do futuro é a incerteza, a problemática, os agentes nas relações jurídicas se acerbam de cautelas tendentes a colimarem os objetivos propostos.

Garantias no Direito Material. As garantias no direito material surgem como direito acessório para garantir o negócio jurídico principal como, *v.g.*, o aval na cambial, a fiança nas obrigações contratuais, ou a hipoteca, garantia real para o cumprimento do contrato. São, pois, cautelas, providências que duram até o cumprimento definitivo da obrigação principal, quer seja pelo garante-avalista, fiador, ou pelo efeito de seqüela do direito real hipotecário ou de penhor. São denominadas direito de garantia.

Cautelas de Direito Processual. Aqui, a prevenção visa assegurar a boa prova, a expectativa de êxito no processo principal. Quando a prova ou o objeto de mérito tendem a desaparecer antes da instauração do processo, ou antes do momento próprio para a colheita da prova, periclitando a justa pres-

(20) - Observe-se, a propósito, que o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, revogou os artigos 531 e seguintes do Código de Processo Penal, naquilo que contrariar o texto constitucional bem como a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, sobre contravenções penais e os crimes do artigo 121, § 3º, e 129, § 6º, do Código Penal, cuja ação penal iniciava pelo auto de prisão em flagrante, portaria da autoridade policial ou do juiz.

(21) - Teoria Geral do Processo de A.C. ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, RT, 2ª edição, 1979, p. 86.

tação jurisdicional no futuro, ou até mesmo a eficácia da decisão, surge, então, a necessidade de uma medida de equilíbrio, de restauração, colocando as pessoas, coisas e provas longe do risco que possa atingir o processo como, *v.g.*, na antecipação de provas *ad perpetuam rei memoriam*, na exibição de coisas, na busca e apreensão, ou para assegurar o implemento de uma outra medida ou ato processual e resguardar o bom êxito de outro processo, como o arresto que se transforma em penhora no processo de execução e o seqüestro no processo de conhecimento etc. No processo principal a medida cautelar tem a duração até que a *res judicanda* se converta, ao final, em *res judicata*, atingindo assim o seu desiderato. Julgado improcedente o pedido no processo principal ou declarado extinto o processo, a cautela concedida perde a subsistência, já que amplamente foi apreciada a questão do *fumus boni iuris*. Se a insubsistência não for expressamente declarada na sentença pelo juiz, a medida persiste até o trânsito em julgado.

4.1. DIFERENÇA ENTRE AS GARANTIAS DE DIREITO MATERIAL E AS CAUTELAS DE DIREITO PROCESSUAL.

As providências, cautelas de direito substantivo, se materializam por simples ato das partes, em virtude da lei ou do contrato, enquanto as de natureza processual se concretizam por decisão do juiz. As primeiras visam garantir um direito certo, encastelado numa obrigação assumida, até o seu pronto e definitivo cumprimento, enquanto as segundas se dirigem a um direito pendente, e ainda sujeito a uma decisão judicial. Coincidem, no entanto, na acessoriedade, sendo as primeiras apêndice da obrigação principal, e se extinguem com o cumprimento, com a satisfação do credor; já as segundas, acessório do processo principal, de conhecimento ou executivo, cessam com a extinção do mesmo, com ou sem julgamento do mérito. As medidas cautelares que servem ao processo de conhecimento, especialmente de natureza patrimonial, extinguem-se com o cumprimento do julgado, quer de forma fisiológica, pelo devedor, ou pelo devido processo executório. Em regra, as cautelas de direito material são constituídas simultaneamente à obrigação principal, enquanto as de processo são anteriores à instauração do processo principal, chamadas medidas preparatórias, ou a ele incidentes, já na fase de tramitação, aqui denominadas incidentais. O que assinala as medidas preventivas processuais, ensina LOPES DA COSTA, é que elas são assecuratórias da futura realização do direito. Não são satisfativas.

5. JURISDIÇÃO CAUTELAR, PROCESSO E PROCEDIMENTO, PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO

O processo é instrumento público do Estado e se destina à jurisdição, com princípios e regras que devem ser observados tanto pelas partes como pelo juiz, na busca da verdade, até a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Dentro da classificação das ações, temos o **processo de conhecimento, de execução e cautelar**. Este último, tendente a aparelhar os dois primeiros.

O processo é abstrato, que se materializa com o **procedimento**. Assim,

para a concretização do processo temos o chamado **procedimento comum**, que se desdobra em **ordinário e sumaríssimo** - art. 272, e os **procedimentos especiais**. O processo de execução se materializa via de procedimento próprio, ao que se aplicam subsidiariamente as disposições que regem o processo de conhecimento⁽²²⁾.

O processo de conhecimento se instaura no procedimento ordinário com a petição inicial do autor, se desenvolve com o chamamento do réu, via da citação, para integrar a trilogia processual autor-juiz-réu, com ou sem resposta deste, seguindo a decisão final conforme o estado do processo, ou instrução em audiência, com colheita de provas orais, debates e julgamento final com a entrega da prestação jurisdicional.

No procedimento sumaríssimo, o autor, em petição dirigida ao juiz competente, deduz a sua pretensão e a prova que deseja produzir em audiência e chama o réu pela citação, para comparecer à referida audiência, onde em atos concentrados é produzida a defesa e colhida a prova, seguindo os debates e a decisão final.

No processo de execução é apresentada a petição inicial, com o pedido de citação do devedor para pagar, em vinte e quatro horas, penhora, avaliação, alienação pública e pagamento ao credor, isto quando se tratar de execução por quantia certa contra devedor solvente.

No procedimento especial, há a especialidade procedimental na primeira fase e da segunda fase em diante segue-se o procedimento ordinário como, *v.g.*, na ação de usucapião em que na primeira parte se justifica a posse e, só após esta justificada, assim declarada pelo juiz, é que começa a fluir o prazo para a resposta, seguindo daí para frente o procedimento ordinário.

PROCEDIMENTO NAS AÇÕES CAUTELARES OU DE NATUREZA SATISFATIVA COM CONCESSÃO DE LIMINAR

No processo cautelar, confere-se ao autor pedir, e ao juiz, conceder liminarmente o bem objeto do processo, sem antes ouvir a parte *ex adversa*, em exame perfunctório dos elementos objetivos, aparentes, extraídos da prova, bem como dos elementos subjetivos do interesse das partes e, só depois, chamar o réu à relação processual. A medida é cautelar porque visa assessorar o processo principal, resguardando-o da ação do tempo conjugada com a do homem. Ainda mesmo que, para garantir processo de execução, o procedimento da ação cautelar se assemelha ao processo de conhecimento na forma extrínseca: **conhece** do pedido para dar um provimento de **prevenção**. Concedida ou não a liminar, o réu será citado para responder, e o processo é instruído para decisão final. Registre-se que o deferimento liminar do pedido não obsta se já ele declarado insubsistente ao final da instrução probatória.

(22) - ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, in "Aplicação subsidiária de normas - processo de conhecimento no processo de execução", RP, 29/41, cit. THEOTÔNIO NEGRÃO, no seu CPC, 1989, p. 313, nota 598.1

5.1. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

São pressupostos de qualquer processo em geral: competência do juízo, capacidade civil das partes, legitimação para o processo, ou *legitimatatio ad processum*, e propriedade do procedimento. Competente para a ação e pedido cautelares é o juízo da ação principal⁽²³⁾. O autor deve ser capaz civilmente, ou ter a sua incapacidade suprida pelas vias prescritas em lei, sendo representado ou assistido no processo pelos pais, tutores, curadores, ou por quem o contrato determinar, no caso de pessoa jurídica. Deve ter habilitação para estar em juízo ou se fazer representar por advogado - *legitimatatio ad processum*^(23A).

5.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

Além das condições gerais da ação como, *v.g.*, legitimidade de causa, juridicidade do pedido e interesse de agir, na ação cautelar deve-se observar, especialmente para efeito de liminar *inilio litis*, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O primeiro traduz-se na probabilidade de juridicidade da pretensão do autor no âmbito da ação principal. Todavia, não basta que o autor tenha uma pretensão juridicamente possível, é necessário o nexo entre o autor, o seu pedido e o réu. Daí a lição de CUNHA CAMPOS de que o *fumus boni iuris* é a possibilidade de vir a parte, no processo cautelar, ser também parte no processo principal, conceito mais consentâneo com a teoria publicista da ação. No *periculum in mora* reside o interesse de agir, a necessidade processual imperiosa de se obter uma providência jurisdicional, para resguardar o processo principal, ou em face do fator tempo, ou em face de ato do réu, ou de ambos, como na cautelar de arrolamento, sempre que houver fundado receio de extravio ou dissipação de bens pelo requerido, medida que visa assegurar a partilha de bens nas ações de separação judicial, de dissolução de sociedade e até mesmo no processo de inventário.

5.3. O MÉRITO DA AÇÃO CAUTELAR

O mérito, ou seja, o pedido cautelar, confunde com a condição da ação, de juridicidade do pedido, o *fumus boni iuris*. Na decisão de mérito, o juiz não cogita, de imediato, de solução favorável ao autor na ação principal. O raciocínio lógico do juiz é no sentido de que a lide informada no processo cautelar se-

(23) - Nos casos de urgência, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso - art. 800, parágrafo único, do CPC. Observem-se, contudo, os casos específicos de competência nos alimentos provisionais em que, mesmo estando a causa principal *sub iudice* no tribunal, o juiz de primeiro grau é competente para processamento e julgamento - art. 853, CPC; ou no caso da ação de atentado que será sempre processada e julgada pelo juiz que originariamente conheceu da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal - art. 880, parágrafo único, do CPC; ou ainda no caso de prosseguimento da obra embargada, cuja caução pelo nunciado será prestada perante o juízo de origem, ainda mesmo que a causa se encontre no tribunal - art. 940, § 1º, CPC.

(23A) - Com a promulgação da Constituição Federal de 05/10/88, a legitimação para o processo foi deferida de forma exclusiva ao advogado, sempre que a atividade estatal for a prestação jurisdicional. Nem mesmo em sede trabalhista a jurisdição prescinde do advogado habilitado. (Const., art. 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".)

ja definitivamente julgada no processo principal - este é o provimento **imediat** reclamado. No provimento **mediato**, o exercício do juiz é no sentido de prevenir a eficácia no processo principal, se favorável ao autor. Havendo, por exemplo, disputa sobre a propriedade de determinado imóvel - autor e réu têm títulos concorrentes - *fumus boni iuris* -, e o réu de posse da coisa está a lhe provocar danificações - *periculum in mora* -, o juiz decreta o seqüestro, não por vislumbrar a possibilidade de solução favorável ao autor, mas por reconhecer a necessidade de um provimento jurisdicional efetivo, definitivo, sobre a lide que o autor aponta no processo cautelar, e que deve ser solucionada para sempre, no processo de conhecimento. No processo de conhecimento, a li-de pode ser decidida favorável ou não ao autor. Se favorável, a prevenção atinge o desiderato, com o bem da vida entregue por inteiro ao autor. Os alimmentos provisionais são concedidos na ação de separação judicial pela qualidade de cônjuge do requerente - *fumus boni iuris* - e pelo fato de estarem separados - *periculum in mora* -, e não por reconhecer o juiz, de antemão, a culpa do réu pela separação - art. 19 da Lei nº 6.515 de 26/12/77.

6. MEDIDA CAUTELAR COM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL LIMINAR

O que caracteriza o processo cautelar são as presenças do *fumus boni iuris*, a expectativa de um bom direito, e o *periculum in mora*, ou seja, o risco de que a ação do tempo ou do homem possa infligir dano àquela anunciada expectativa de direito, que deve ser submetida à jurisdição pelo princípio da inevitabilidade. Ocorre que, em determinados casos, a previdência recomenda a constrição de direitos do réu, visando assegurar uma perfeita e equilibrada relação processual entre as partes no processo principal, onde a pretensão resistida será definitivamente julgada. A regra geral é a concessão da medida liminar após o conhecimento do réu. Todavia, em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, a medida cautelar poderá ser concedida *in limine*, antes mesmo da citação do réu⁽²⁴⁾. Há casos em que o prévio conhecimento do réu pode tornar ineficaz a medida, quer por ato seu, como, por exemplo, o cônjuge que dilapida bens do casal, sujeito à partilha em separação judicial ou divórcio - art. 822, III, ou pela fluência do tempo, quando a prova tende a desaparecer. Em casos tais, o juiz está autorizado a conceder liminarmente, ou após justificação prévia, sem a presença do réu, a medida cautelar, caso em que poderá determinar ao requerente que preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer - é o que na doutrina se denomina contracautela de ofício. Por outro lado, o receio de prejuízo ao requerido não deve inibir o juiz na concessão da liminar, quando provada a impossibilidade de o autor oferecer caução, sob pena de negar-lhe o acesso à via judiciária, garantido na Constituição⁽²⁵⁾. A segunda parte do artigo 804 do CPC, que autoriza ao juiz determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a

(24) - CPC, art. 797: "Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes".

(25) - Constituição Federal, art. 5º, Inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

sofrer é *facultas agendi* endereçada ao prudente arbítrio do juiz, que deve transparecer na fundamentação da liminar, ainda mesmo que concisa⁽²⁶⁾. Concedida a medida, pode o juiz substituí-la por caução, a pedido do requerido, sempre que esta seja adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente⁽²⁷⁾.

6.1. SINOPSE HISTÓRICA DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR

Notícia mais remota que se colhe da antecipação liminar, pelo menos em ligeiro arremedo, verifica-se nas **Institutas** do jurisconsulto GAIO, no processo civil romano das *legis actiones*, mormente da *legis actio per sacramentum*, procedimento mais de cunho teológico que científico, porque consistia, de início, num juramento religioso, prestado pelas partes, que afirmavam solenemente o seu direito, uma depois da outra.

Destinavam-se aos direitos pessoais - *sacramentum in personam* - e aos direitos reais - *sacramentum in rem* -, sempre que a lei não recomendava outro tipo especial de ação. A *sacramentum in rem*, anota J. CRETELLA JÚNIOR⁽²⁸⁾, desenvolve-se em duas fases, a saber: *in jure* e *in judicio*. São as duas instâncias que percorre o processo civil romano. *In jure*, ou seja, perante o tribunal, as partes deduzem os seus direitos e o magistrado designa, por indicação ou consenso das partes, um particular para julgar o processo, fase da instância *in judicio*. O processo do *sacramentum in rem*, perante o tribunal, *in jure*, compreende a a) *vindicatio e contravindicatio*; b) intervenção do magistrado; c) a *provocatio ad sacramentum* (que era o juramento religioso das partes); e d) posse precária da coisa, liminarmente concedida *in jure* pelo magistrado. Daí para frente, a causa era colocada ao julgamento do juiz escogido ou consentido pelas partes - *in judicio*. Se, *in judicio*, fosse julgado proliheiro o pedido do autor, este ficaria definitivamente com a coisa que conservara a título precário. Se a posse liminar foi dada ao litigante que perdeu o processo, seria ele obrigado à devolução da coisa⁽²⁹⁾. Parece que a *pignoris caplio* também guarda uma semelhança com a medida liminar de hoje, especialmente a do arresto, só que era efetivada sem a autorização preliminar do magistrado⁽³⁰⁾.

(26) - A atual redação do artigo 804 do Código de Processo Civil foi dada pela Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973. Inicialmente constava "caso em que determinará", e esta lei alterou para a atual redação "caso em que poderá determinar".

(27) - A caução de que trata o artigo 805 do CPC não pode ser concedida de ofício - Conclusão nº LXVII do SIMP. in THEOTÔNIO NEGRÃO, obra já citada, p. 378, nota nº 805:2.

(28) - J. CRETELLA JÚNIOR, in *Direito Romano Moderno*, Ed. Forense, 4ª edição, p. 284.

(29) - J. CRETELLA JR., ob. cit., p. 284.

(30) - J. CRETELLA JR., ob. cit., p. 286: "(opero-me de penhor)" é a ação da lei pela qual o credor, empregando formas especiais (*certis verbis*), mas sem autorização preliminar do magistrado, faz a apreensão de objeto pertencente ao devedor e o conserva, como garantia, até que a dívida seja paga".

6.2. MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES EM GERAL

A antecipação do pedido liminar ocorre nos casos de medidas cautelares de constrição de direitos, que acarretam ofensa à esfera jurídica da parte contrária. Pode ser concedida 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. São as chamadas medidas cautelares inominadas, não especificamente elencadas no direito processual pátrio. É o caso, por exemplo, do cidadão que estava preste a cometer bigamia, quando uma liminar judicial, concedida ao cônjuge do primeiro casamento, suspendeu a cerimônia que ia se realizar. O primeiro casamento foi realizado perante autoridade religiosa, com efeito civil, após o trâmite legal do processo de habilitação, no entanto, o ato da celebração não havia sido transcrito no livro próprio do Cartório do Registro Civil. A medida visava suspender a cerimônia, até que, em ação própria de conhecimento, fosse declarado válido ou não o primeiro casamento.

Segundo lição de GALENO LACERDA⁽³¹⁾, as medidas cautelares se classificam, segundo a natureza da tutela, em jurisdicionais e administrativas, e estas, em voluntárias e de ofício.

A tutela jurisdicional demanda uma sentença, como no arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, atentado, exibição, alimentos, as inominadas etc., enquanto as voluntárias, concernentes em pedido sem lide ou fora da lide, culminam com a homologação pelo juiz. Nas tutelas de ofício estão, por exemplo, a reserva de bens em inventário; suspensão do processo ou da execução; no arresto de bens do devedor, no processo de execução, quando o oficial de justiça não o encontrar para a citação; na exigência de caução pelo credor, na execução provisória de sentença - art. 588, II; na exigência de caução nos casos de medidas cautelares concedidas antes de ouvir a parte contrária - art. 804, CPC etc.

7. PROCEDIMENTO NAS CAUTELARES DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA COM ANTECIPAÇÃO DE LIMINAR. SINOPSE DO PROCEDIMENTO. PROCEDIMENTO COMUM

Partindo da classificação de GALENO LACERDA, as cautelares jurisdicionais se dividem naquelas que admitem a prestação liminar e as que não a aceitam. Estudemos umas e outras. O Código de Processo Civil define nos artigos 796 a 812 o procedimento próprio, comum a todas as medidas cautelares: 1) o requerente deduz a sua pretensão cautelar em petição escrita indicando: a) a autoridade judiciária a que for dirigida; b) o nome, estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; c) a lide e seu fundamento, ou seja, os fatos e o fundamento da ação principal, de conhecimento ou de execução.

(31) - Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, 1ª tiragem, 1984, v. VIII, Tomo I, p. 19.

Embora no processo de execução não haja expectativa de sentença, aqui também existe lide⁽³²⁾, não qualificada por uma pretensão resistida, mas por uma pretensão insatisfeita. Finalmente, da petição inicial devem constar a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão - *fumus boni iuris et periculum morae* -, além das provas que serão produzidas e o pedido de citação para contestar. Quanto ao valor da causa não é pacífica a jurisprudência, em sede cautelar - anota THEOTÔNIO NEGRÃO, em nota nº 259:7 de sua obra citada. Entende GALENO LACERDA que, a exemplo do Código de 39, este atual silenciou sobre o valor da causa, porque o procedimento tanto atende as cautelares jurisdicionais como as voluntárias, e estas não constituem causas propriamente ditas, não só porque lhes falta em regra litigiosidade, senão porque a rigor não possuem valor patrimonial⁽³³⁾. O valor da causa deve ser indicado no mínimo para efeitos fiscais e para fixar a alçada nas organizações judiciárias que a mantêm em primeira instância.

Apresentada a petição inicial, podem ocorrer as seguintes hipóteses:

a) o juiz a indefere liminarmente - artigo 295 do CPC - e determina o arquivamento após o trânsito em julgado;

b) o juiz concede ao requerente o prazo de dez dias para emendar ou completar a petição inicial, sob pena de indeferimento - art. 284, parágrafo único, do CPC;

c) estando em termos a petição inicial e, do exame da fundamentação e dos documentos que a instruem, constatar-se o *fumus boni iuris*, mas, verificando-se que o requerido citado antes poderá tornar ineficaz a medida, aí então o juiz a concede liminarmente, podendo condicionar a execução à prestação de caução real ou fidejussória pelo requerente. Da decisão cabe agravo de instrumento. Prestada a caução, materializada por termo nos autos do processo, o juiz manda executar a medida, determinando, após cumprido o mandato, a citação do réu, para em cinco dias contestar o pedido, com a advertência expressa do artigo 803 do CPC de que, não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente;

d) estando em termos a petição inicial, mas, a fundamentação carecer de prova em audiência, o juiz designa audiência para justificação prévia, sem ouvir o requerido, e, ao final, restando provada, concede a liminar, com ou sem a contracautela de ofício, de caução pelo requerente, e determina a execução e citação do réu. A execução e citação podem-se efetivar num só instrumento de mandado. Não provados na justificação o *fumus boni iuris* e ou o *periculum in mora*, o juiz nega a liminar e determina

(32) - É inepta a petição inicial que não atende ao disposto no Inciso III, quando a medida cautelar não tem caráter satisfatório. Nesta ordem de idéias, deve ser julgado extinto o processo cautelar, por falta de menção, na inicial, da ação a ser proposta e seu fundamento. (Confira-se THEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., p. 376, nota 801:3). Há decisões em sentido contrário. Pessoalmente entendemos que a extinção do processo só deve ocorrer após ser conferida oportunidade ao requerente para emenda da petição inicial - art. 284 -, sob a cominação contida no seu parágrafo único.

(33) - Idem, ibidem, p. 314.

a citação do réu. Em qualquer situação o recurso cabível é o agravo de instrumento;

e) não havendo pedido de liminar e estando a petição inicial em termos, o juiz determina a citação do réu;

f) se o réu não oferecer contestação no quinquídio, o juiz decide em cinco dias, com a prova que estiver no processo, levando-se em conta a relativa presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, se o fato constitutivo do direito do requerente não depender de prova essencial;

g) em qualquer das hipóteses aventadas, se o réu contestar o pedido e não houver a necessidade de produção de prova em audiência, o juiz decide desde logo. Julgando procedente o pedido, o juiz declara subsistente a liminar concedida e condena o requerido no pagamento das custas e despesas processuais e nos honorários advocatícios. Desta decisão cabe apelação, só no efeito devolutivo - art. 520, inciso IV, do CPC;

h) havendo necessidade de produção de prova em audiência, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Produzidas as provas, as partes manifestam-se em alegações orais na audiência e o juiz profere a sentença. O juiz, não se sentindo habilitado, pode proferir a sentença no prazo de cinco dias, analogia ao artigo 803, *caput*, do CPC. Se o juiz julga improcedente o pedido deve declarar insubsistente a liminar concedida, já que o mérito cautelar foi exaustivamente examinado. Com efeito, se a liminar é uma antecipação da medida pleiteada e que ao final foi julgada improcedente, nada justifica mantê-la. Entretanto, há jurisprudência em sentido contrário, entendendo que a sentença não pode cassar a liminar.

Anote-se, por derradeiro, que a decisão que concede liminar deve ser fundamentada, mesmo que concisa.

MEDIDAS CAUTELARES JURISDICIONAIS QUE COMPORTAM ANTECIPAÇÃO LIMINAR.

São medidas cautelares jurisdicionais que comportam antecipação liminar, segundo o procedimento estudado, as seguintes: a) o arresto e o seqüestro; b) a busca e apreensão; c) alimentos provisionais; d) arrolamento de bens; e) apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; f) obras de conservação em coisa litigiosa ou apreendida judicialmente; g) a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; h) a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial, anulação de casamento ou divórcio; i) o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; j) o depósito de menores ou incapazes, castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; k) o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; l) a guarda e educação dos filhos, regulado

o direito de visita; m) a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

8. PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS. PROCEDIMENTO CAUTELAR PARA APREENSÃO DE TÍTULO SONEGADO

O arresto, o seqüestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, arrolamento de bens e todas as demais medidas cautelares de jurisdição contenciosa, com antecipação liminar, obedecem ao procedimento cautelar comum já estudado. Ligeira observação se faz no procedimento para apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante. Ocorre que o devedor, ao lhe ser apresentado o título de crédito para pagar ou aceitar, não o devolve. O credor precisa do título para instruir a execução. A medida, portanto, é para atender àquela necessidade. Assim, apresentada a petição inicial em termos, já estando provada a entrega do título e a recusa da sua restituição, despachando a petição inicial, o juiz concede a liminar e ordena a busca e apreensão. Se houver pedido expresso na petição inicial, o juiz decreta a prisão do detentor por prazo não superior a noventa dias. O decreto de prisão só se verifica com pedido expresso do autor, em homenagem ao princípio disponível do processo, ainda mais quando se trata de medida extremamente vexatória. Não basta ao autor pedir **"que se conceda liminar de busca e apreensão do título de crédito descrito, com as cominações de lei"**. As cominações legais são direitos disponíveis do autor, que devem ser expressamente deduzidos, vedado ao juiz extrair ilação presuntiva. Pode ser que não seja do interesse do requerente a prisão do detentor. Consequência imediata da execução da prisão do detentor do título de crédito é a instauração da ação penal pública, por imputação de prática de apropriação indébita, tipo penal do artigo 168 do Código Penal. O juiz determina a remessa dos expedientes em cópias autenticadas ao Ministério Público. O tempo da prisão é no máximo de 90 dias, prazo suficiente para o julgamento da ação penal⁽³⁴⁾.

Se a prova foi colhida em audiência de justificação, procede-se como acima estudado. Expedem-se num só mandado a ordem de busca e apreensão e a de prisão se esta tiver sido pedida e deferida. Aí podem ocorrer as seguintes hipóteses⁽³⁵⁾: **a)** o devedor restitui o título ou paga o seu valor, e o juiz decreta a cessação da prisão e mandará citar o réu, se ainda não o foi, para contestar o pedido com a advertência expressa do artigo 803 do CPC; **b)** o devedor comparece e exhibe o título ou o seu valor para depósito. Lavra-se o termo ou auto de depósito, se feito perante o escrivão ou oficial de justiça. O título é juntado aos autos. No caso de valor em espécie será expedida guia para depósito em estabelecimento bancário, em conta que renda juros e atualize a moeda, em nome do requerente, mas à disposição judicial, até o trânsito em julgado da decisão final no processo principal ou extinção da obrigação no processo de execução. O juiz decreta a cassação da prisão e manda citar o réu; **c)** o requerente desiste da ação, e o juiz extingue o processo sem julgamento do mé-

(34) - Arts. 10 e 46 do Cód. Proc. Penal - art. 886, IV, do Cód. Proc. Civil.

(35) - Art. 886 do Código de Processo Civil.

rito - art. 267, VI -, porque o autor demonstra não haver mais interesse ou necessidade processual e decreta a cassação da prisão; d) o requerente desiste da ação e renuncia ao pedido, e o juiz extingue o processo com julgamento do mérito - art. 269, inciso V - e cassa o decreto de prisão.

QUANDO CESSA O DECRETO DE PRISÃO

Se o requerido provar que a ação penal não foi iniciada dentro do prazo de lei⁽³⁶⁾, o juiz cessa o decreto de prisão, mas o processo cautelar continua, até a apreciação do mérito. Também, se a ação penal instaurada não for julgada dentro de noventa dias, o juiz, de ofício, cessa o decreto de prisão.

Expedido o mandado, o oficial de justiça apreende o título de crédito - a medida só vale para título de crédito, assim definido por lei -, e neste caso não executa a prisão, que é cessada de ofício pelo juiz. Se o oficial de justiça não consegue apreender o título e o detentor não o deposita, aí então, deve o oficial de justiça executar a ordem de prisão, se necessário com o uso da força pública, requisitada por ele próprio. A medida liminar é requerida para a apreensão do título, com a cominação de prisão do detentor, recalcitrante em devolver. Concretizada qualquer medida, apreensão ou prisão, o réu é citado. Se a medida concretizada for a de prisão, citado o réu, ser-lhe-á dado curador especial - art. 9º, II, do CPC -, reabrindo-se-lhe o prazo para contestação, desde que não esteja ele representado por advogado de sua escolha. Se não contestar em cinco dias, no caso de apreensão ou depósito, o juiz decide - art. 803; havendo necessidade de prova em audiência, após a instrução, manifestando as partes oralmente, prolatase a sentença. No caso de prisão, contestados ou não a ação e o pedido, o Ministério Público é chamado a intervir, em face do interesse público evidenciado pela natureza da lide - art. 82, III, do CPC. Julgado o procedente o pedido, o juiz declara subsistente a liminar de apreensão, ou converte o depósito em apreensão. No caso de prisão o juiz a mantém, podendo a qualquer tempo cessar o decreto, se a ação penal não tiver sido intentada no prazo legal ou julgada no prazo de noventa dias, inteligência do art. 807 do CPC⁽³⁷⁾; todavia, permanece ali definida a situação que deu origem ao processo cautelar, ou seja, a obrigação de o requerido devolver o título de crédito - so negado, que, embora não sirva ao processo de execução, atende perfeitamente ao processo de conhecimento. Julgado improcedente o pedido,

(36) - Estando o réu preso, o Inquérito policial deve terminar no prazo de dez dias, ex vi do art. 10 do CPP, e a ação penal será iniciada em cinco dias, contados da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do Inquérito policial - art. 46 do CPP. Tratando de **notitia criminis**, extraída do processo cautelar e enviada ao Ministério Público por ordem judicial, da data da entrega do expediente é que começa a fluir o prazo para o início da ação penal, exceto se o órgão ministerial entender de requisitar a instauração de Inquérito. Se o Ministério Público pedir o arquivamento e o Juiz entender de remeter o expediente ou Inquérito à apreciação do Procurador-Geral de Justiça - art. 28 do CPP, o prazo será contado, mesmo assim, a partir do momento em que o Promotor de Justiça recebeu uma **notitia criminis**, caso em que, ultrapassado o prazo de dez dias, o Juiz de ofício revoga a prisão. Toda exegese, no entanto, deve favorecer ao réu, que seja o decedido, o Juiz de ofício revoga a prisão. Toda exegese, no entanto, deve favorecer ao réu, privado da liberdade.

ALEXANDRE DE PAULA, in *Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Ed. Forense, v. VII, 1986, p. 177.

(37) - ALEXANDRE DE PAULA, in *Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Ed. Forense, v. VII, 1986, verbete nº 14.415: "A sentença proferida em processo cautelar, embora não faça coisa julgada, cria uma situação jurídica definida e estável, que só pode ser revogada se ocorrerem fatos ou direitos novos".

a liminar de busca e apreensão é declarada insubsistente, ou a prisão é revogada. Os recursos são os mesmos. Da decisão que concede ou nega a liminar cabe agravo de instrumento, até daquela que decreta a prisão civil. Das sentenças, apelação. Em qualquer caso, de apreensão do título ou de prisão do detentor, a medida cessa a eficácia na forma do artigo 808 do CPC, se a parte não intentar a ação principal no prazo de trinta dias, ou se a medida não for executada em trinta dias, ou se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

**CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL.
EXAME DA NECESSIDADE DA MEDIDA VEXATÓRIA.
PRUDENTE ARBITRIO DO JUIZ.**

Finalmente deve considerar que a prisão liminar em estudo não se reveste de inconstitucionalidade, porque não se trata de prisão por dívida, mas pela retenção do título de crédito, que em sede penal configura crime, que a lei civil enfim procura prevenir. A Constituição da República não veda esta disposição legal coercitiva⁽³⁸⁾.

Entretanto, ao apreciar o pedido liminar de prisão por sonegação de títulos de créditos (reafirma-se, a medida é só para títulos de créditos), deve o juiz, no prudente arbítrio que norteia todas as suas decisões, especialmente quando há limitação da liberdade individual, em face do caso concreto, perquirir a necessidade da medida, destinada ao resguardo do processo próprio de execução, quando se sabe perfeitamente que o credor por duplicata, por exemplo, não tendo o título aceite, pode levá-lo à execução, mediante prova da remessa ou entrega da mercadoria e tirado o protesto à vista da triplicata, em caso de perda ou extravio, ou de simples indicação do portador ao oficial do protesto - inteligência dos artigos 13 e 15, inciso II, letras a a c, da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968 - a Lei das Duplicatas.

9. TUTELA CAUTELAR JURISDICIONAL

SEM ANTECIPAÇÃO LIMINAR

O contencioso, a sucumbência e a necessidade processual da decisão classificam as tutelas cautelares em jurisdição contenciosa e voluntária. As jurisdicionais ou contenciosas, como vimos, dividem-se naquelas que comportam antecipação liminar e naquelas em que a satisfação só se alcança com o provimento final. Na segunda ordem temos a caução, a exibição, a produção antecipada de provas e o atentado, onde não existe antecipação liminar.

(38) - Do autor deste estudo, "Prisão Constitucional - Ordem Judicial", in *Revista Forense*, 304/202.

10. TUTELA CAUTELAR DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A tutela cautelar de jurisdição voluntária não é contencioso, não admite defesa, não há antecipação liminar, não há sucumbência, e a sentença é ato meramente homologatório de regularidade do procedimento, sem interferir no mérito da providência, como, *v.g.*, a justificação, notificações e interpelações e protestos.

11. EFICÁCIA DA LIMINAR CONCEDIDA

Eficácia do provimento. É efêmero o provimento cautelar, quer seja liminarmente concedido, mantido ou deferido em sentença, porque geralmente se trata de constrição de direitos⁽³⁹⁾, isto, quando se tratar de procedimento preparatório. Para conservar a eficácia, incumbe ao autor as seguintes providências, quando se tratar de procedimento preparatório:

a) executar a medida no prazo de trinta dias;

b) propor a ação principal no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida.

Concedida a liminar, no procedimento cautelar preparatório, que implique ofensa à esfera jurídica da parte contrária, o autor tem trinta dias para executá-la. A partir da data da execução, tem mais trinta dias para intentar a ação principal. A inércia do requerente em qualquer situação torna ineficaz a medida liminar *de lege lata*.

O provimento cautelar se assenta na necessidade da medida ao processo principal. Assim, cessada a eficácia da liminar por inércia, omissão ou negligência do autor, é porque não mais necessita ele daquela providência, e o juiz deve declarar extinto o processo sem julgamento do mérito, por estar evidenciado o **desinteresse** do autor, uma das condições da ação.

A eficácia da liminar pode também cessar, mesmo que o autor cumpra a sua parte, se ao final o juiz declara extinto o processo principal com ou sem julgamento do mérito. Enquanto não transitar em julgado, a cautelar conserva a sua eficácia. Cessada a eficácia da medida cautelar, o pedido só poderá repetir por novo fundamento.

12. LIMINAR NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA SATISFATIVA. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS.

Nas ações de conhecimento, sob procedimentos especiais, embutidas com apreciação antecipada do interesse mediato, satisfativo, verifica-se, por força da lei, verdadeira medida de cautela legal, visando preservar a eficácia do provimento definitivo.

(39) - Confira-se o artigo 808 do Código de Processo Civil.

Há casos em que o bem da vida merece proteção especial do Estado, de tal forma que é necessária a antecipação, quando presentes determinados requisitos expressos em lei, preordenados. A utilidade da antecipação é tão virtual, que o tempo da tramitação do próprio procedimento pode tornar inócua a prestação jurisdicional ao final concedida. O proprietário com posse, que a perde injustamente, tem, dentro de ano e dia, ao seu alcance, dois procedimentos destinados a amparar a sua ação de readquirir a coisa: o possessório e o petitório; o primeiro, como *causa petendi* assentada na posse e sua perda naquele limite temporal, e o segundo, amparado no título de domínio e na injustiça da posse do réu, como causa de pedir. Pois bem, ambos os procedimentos visam à restituição da coisa esbulhada. No entanto, só o procedimento possessório atinge mais e melhor o seu desiderato, já que o bem da vida pode ser entregue liminarmente, enquanto se prossegue com a discussão da lide.

Em face do interesse jurídico tutelado, a lei conferiu a várias ações procedimentos específicos, que albergam o exame e concessão liminar do pedido, como, *v.g.*, na **ação popular**, em que, na defesa do patrimônio público, caberá a suspensão liminar do ato impugnado⁽⁴⁰⁾; na **ação de mandado de segurança**, para que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja ao final deferida⁽⁴¹⁾; nas **ações de alimento**, em que, ao despachar a petição inicial, o juiz pode fixar desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, exceto se o credor expressamente declarar que deles não necessita⁽⁴²⁾; na **ação de nunciação de obra nova**, em que o juiz está autorizado a conceder o embargo da obra liminarmente, ou após justificação prévia⁽⁴³⁾; na **ação de usucapião especial**, em que, resultando comprovada a posse em audiência de justificação, o juiz mantém o autor na posse do imóvel, até decisão final⁽⁴⁴⁾; na **ação de embargos de terceiro**, em que o juiz, julgando suficientemente provada a posse, defere liminarmente os embargos e ordena a expedição de mandado de manutenção ou de restituição da coisa em favor do embargante, que, no entanto, só receberá os bens, depois de prestar caução, de os devolver com os seus rendimentos, caso os embargos sejam ao final declarados improcedentes⁽⁴⁵⁾; na **ação civil pública**, em que o juiz pode conceder mandado liminar, com ou sem a justificação prévia, inclusive cominando multa, que, no entanto, só será exigida do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento do preceito⁽⁴⁶⁾. Da decisão que conceder mandado liminar cabe agravo de instrumento, e o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso pode, a

(40) - Lei nº 4.717 de 29/6/65, art. 5º, § 6º, acrescentado pelo art. 34 da Lei nº 6.513, de 20/12/77.

(41) - Lei nº 1.533, de 31/12/51, art. 7º, nº II.

(42) - Lei nº 5.478, de 25/7/68 - artigo 4º.

(43) - Código de Processo Civil - art. 937.

(44) - Lei nº 6.969, de 10/12/81, artigo 5º, § 1º.

(45) - Código de Processo Civil, artigo 1.051.

(46) - Lei nº 7.347, de 28 de julho de 1985 - artigo 12.

requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual cabe agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de cinco dias a partir da publicação do ato. Nas chamadas **ações possessórias de força nova** ⁽⁴⁷⁾, quando a petição inicial estiver devidamente instruída, o juiz, sem ouvir o réu, pode deferir a expedição de mandado liminar de manutenção, reintegração de posse, ou de proibição. Havendo necessidade de justificação, o réu é chamado para acompanhar a prova. Concedida a liminar, o processo segue o procedimento comum, ordinário.

Na **ação de desapropriação**, se o expropriante alega e deposita a quantia arbitrada, o juiz imiti-lo-á provisoriamente na posse ⁽⁴⁸⁾; na **ação de busca e apreensão em alienação fiduciária**, o bem será entregue liminarmente pelo juiz, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor ⁽⁴⁹⁾; também o bem será entregue liminarmente na **ação de apreensão de bem vendido com reserva de domínio**, quando ocorrer a mora do comprador, devidamente provada com o protesto do título ⁽⁵⁰⁾; na **ação de imissão de posse do licitante adquirente de imóvel hipotecado**, cuja arrematação foi feita em execução administrativa, pelo Sistema Financeiro de Habitação, transcrita no Registro de Imóveis, a carta de arrematação, a imissão liminar só não será concedida, se o devedor, citado, comprovar, no prazo de quarenta e oito horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor do seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão ⁽⁵¹⁾.

LIMINAR NAS DEMAIS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Nas demais ações constitucionais, pela natureza do bem jurídico protegido, como no *habeas data* e **mandado de injunção**, pode ser concedida liminar, por analogia aos procedimentos de mandado de segurança, *de lege ferenda*.

Conforme anotou em bem elaborada decisão O MM. Juiz MAURÍCIO BARROS, nos autos do Processo nº 240, da Sexta Vara Cível de Uberlândia ⁽⁵²⁾, desde a Constituição passada coexistem, no Direito brasileiro, o controle constitucional incidental e direto. O primeiro é exercido perante qualquer órgão judicial, em qualquer instância, como questão prejudicial. O segundo, ainda na esteira daquela veneranda decisão, é exercido de forma direta, perante o Supremo Tribunal Federal, em razão do adotado sistema concentrado de controle - artigo 102, inciso I, letra a, da Constituição Federal vigente -, via da ação

(47) - Código de Processo Civil - artigo 928, c/c art. 933.

(48) - Lei nº 3.365, de 21/6/41, arts. 15 e 19, § 2º, p - Lei nº 4.504/64, Estat. Terra.

(49) - Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 - art. 3º.

(50) - Código de Processo Civil - art. 1.071.

(51) - Decreto-Lei nº 70, de 21/11/66 - art. 37, §§ 2º e 3º.

(52) - Secretaria do Juízo da Sexta Vara Cível de Uberlândia.

direta de inconstitucionalidade. No primeiro caso, por se tratar de uma prejudicialidade processual, não se fala em liminar. No entanto, no segundo caso, de **ação direta de inconstitucionalidade**, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, pessoas legitimadas para esta ação - art. 103 da Carta Magna -, podem requerer medida cautelar *initio litis*, na declaratória de inconstitucionalidade *in thesi*, de norma legal ou ato normativo - art. 102, inciso I, letra p, da Constituição Federal. Competente para apreciar o pedido liminar é o Plenário do Pretório Excelso ⁽⁵³⁾, quando a norma legal ou o ato normativo ferir a Constituição Federal; todavia, nunca sem antes ouvir o Advogado-Geral da União, a quem incumbe defender o auto ou o texto impugnado.

No poder geral de cautela, o Pleno do STF, ou turma, pode, nos processos de sua competência, deferir medida de natureza preventiva, necessária à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda, destinada a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa - inteligência do artigo 22, inciso IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Segundo anota THEOTÔNIO NEGRÃO, o STF, no uso do poder geral de cautela, tem concedido medida preventiva até mesmo em recurso extraordinário ⁽⁵⁴⁾.

13. RECURSOS

Conforme já estudado, no juízo singular, da decisão que concede ou denege liminar comporta **agravo de instrumento**, exceto quando indefere não só a liminar, mas também a petição inicial, em que o recurso cabível é a **apelação**. No caso de prisão civil decretada liminarmente, no processo cautelar de apreensão de título de crédito negocado, o recurso próprio é o **agravo de instrumento**. Este recurso em regra não tem efeito suspensivo. Todavia, a lei prevê casos de se admitir a suspensão da decisão com a interposição do recurso, justamente porque visível o prejuízo para o agravante, vitorioso ao final, mas que inócuo se torna o provimento, porque o efeito da decisão agravada operou por completo, prejudicando o direito, de difícil reparação. É o caso, por exemplo, da prisão do depositário infiel, de decisão de adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea. Nestes casos, o agravante poderá requerer ao juiz *a quo*, na própria petição recursal ou em outra peça, mas incidente, que se suspenda a execução da medida, até o pronunciamento definitivo do tribunal *ad quem*. Mesmo depois de subidos os autos ao tribunal, o agravante poderá fazer o pedido perante o relator, se não obteve êxito na instância inferior, ou mesmo se não houver requerido no juízo *a quo* - inteligência do artigo 558 do Cód. Proc. Civil. Não existe critério legal para a apreciação do pedido de suspensão, deixando a lei

(53) - RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - art. 6º - por força do princípio constitucional de recepção da norma jurídica existente.

(54) - Autor citado, in *Cód. Proc. Civil e Leg. Compl.*, RT, 1979, p. 617.

ao prudente arbítrio do juiz ou do relator. Por outro lado, não há obrigatoriedade de deferimento da suspensão da medida agravada. Conferido efeito suspensivo ao agravo - instrumento, nem o juiz e nem o relator podem revogar, porque a disposição legal é imperativa, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Como é da natureza do agravo de instrumento só o efeito devolutivo, o juiz ou o relator não podem, de ofício, conferir ao recurso efeito suspensivo, que está sempre na dependência de requerimento do agravante. Não há recurso previsto contra a decisão que confere efeito suspensivo ao agravo de instrumento, interposto de decisão que decreta prisão civil, ou que decide as matérias do art. 558. Pode ensejar correção parcial ou reclamação onde for previsto na organização judiciária.

Da decisão que decreta prisão civil liminar, no processo cautelar de apreensão de título de crédito sonegado, por analogia ao artigo 558 do Cód. Proc. Civil, o agravante pode requerer ao juiz de primeiro grau ou ao relator o efeito suspensivo ao recurso, visando impedir a execução da prisão, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS anota, com muita propriedade, que, havendo abuso no decreto ou na manutenção da prisão, o recurso é o *habeas corpus*. Considera abusiva a decisão que mantém aquela prisão cautelar, nos casos em que a lei autoriza o relaxamento ou a cassação, *v.g.*, se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exibir para ser levado a depósito; ou quando o requerente desistir; ou quando não for iniciada a ação penal dentro do prazo da lei; ou, iniciada a ação penal, não for proferido o julgado dentro de noventa dias, da data da execução do mandado - art. 886, Cód. Proc. Civ.

No Supremo Tribunal Federal, é irrecorrível a decisão que aprecia medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade, a teor da Súmula nº 293, *verbis*:

"São inadmissíveis embargos infrigentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais".

Por outro lado, sendo decisão do Pleno ou de turma, a concessão de liminar preventiva não suporta o agravo regimental, porque este recurso é destinado a atacar despacho do presidente do tribunal, de presidente de turma ou relator.

BIBLIOGRAFIA

1. ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS - **Manual de Direito Processual Civil**, Saraiva, v. 5., 1989.
2. THEOTÔNIO NEGRÃO - **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, 19ª edição, Editora Revista dos Tribunais.
3. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR - **Direito Romano Moderno**, Forense, 4ª edição, 1986.
4. MARCOS AFONSO BORGES - **Comentários ao Cód. Proc. Civil**, v. II.
5. J.C. BARBOSA MOREIRA - **Comentários ao Cód. Proc. Civil**, Forense, v. V.
6. ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS - **Manual...**, v. I, 2ª ed., 1988.
7. JOSÉ CAETANO FERREIRA MÚNHOZ - **Dinâmica do Procedimento no Processo Civil**, 2ª ed., Sugestões Literárias.
8. ALEXANDRE DE PAULA - **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência**, Forense, v. VII, 1986.
9. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR - **Processo Cautelar**, 2ª edição, LEUD, 1976.
10. GALENO LACERDA - **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, v. VIII, Tomo I, 2ª edição, 1ª tiragem, 1984.
11. ATOS GUSMÃO CARNEIRO - **Jurisdição e Competência**, Saraiva, 1982.
12. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO - **Teoria Geral do Processo**, RT, 2ª edição, 1979.
13. LOPES DA COSTA - **Medidas Preventivas**, Livraria Bernardo Álvares Editora, 2ª edição, 1958.
14. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - **Código de Processo Civil Anotado**, Forense, 1984.