

PODER GERAL DE CAUTELA

TAMMENHAIN, Juliana Cabral de Oliveira.¹

FERNANDES, Ariane Fernandes de.²

Resumo: A análise do poder geral de cautela no processo cautelar.

Palavras-Chave: Poder cautelar. Processo Cautelar. Poder geral do juiz.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará da efetividade da aplicação do poder geral de cautela do juiz, sendo observada a aplicação através de análise jurisprudencial e o posicionamento da doutrina.

O artigo 798 do Código de Processo Civil assim prevê:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A disposição do citado artigo encontra-se no capítulo das disposições gerais das medidas cautelares por tratar essencialmente da efetivação da cautelar, levando em conta o princípio da fungibilidade, mas não somente nesse aspecto.

Justamente por tratar-se de uma atividade jurisdicional a sua fundamentação encontra guarida também na Constituição Federal, conforme muito bem acentua a doutrina “*A garantia constitucional de que toda ameaça ou lesão a direito pode ser combatida pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) implica também a atribuição de mecanismos para que a atuação do Judiciário, no cumprimento dessa tarefa, seja eficaz. A medida cautelar é um desses mecanismos.*” (WAMBIER, 2008, p.46).

¹ Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba/PR. E-mail: tammenhain.juliana@gmail.com

² Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Advogada. E-mail: arianefo@ig.com.br

Outrossim, o que prevalece nas medidas cautelares é especificamente o caráter assecuratório de um direito e que será possível se preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Destaca-se que o rol das medidas cautelares previstas na legislação não é taxativo “O poder geral de cautela visa suprir as lacunas, oriundas da impossibilidade de prever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar. Daí dizer-se que o poder geral de cautela tem finalidade supletiva, buscando complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão, ao juiz, da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo.” (GONÇALVES, 2008, p.130).

Portanto, diante desta situação, cabe ao Magistrado tomar providências, não sendo possível ao legislador, evidentemente, prever todas as medidas acautelatórias passíveis de serem pleiteadas, por isso, o rol trazido no Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, ou seja, *numerus apertus*.

2. PODER GERAL DE CAUTELA

A efetividade do poder cautelar do juiz pode se verificar de três maneiras, a primeira, quando de ofício, analisando o caso concreto, o Magistrado conceder uma medida cautelar específica, diz-se que é dada de ofício, pois, não depende de provocação das partes ou de quaisquer interessados, sendo imperiosa a observância do juiz naquela situação singular.

A segunda consiste na concessão de medida cautelar atípica ou inominada, ou seja, quando o Magistrado vislumbra a possibilidade de conceder uma cautela que não está prevista no ordenamento jurídico, sendo, porém, mais efetiva para aquele caso específico, isto é possível, justamente porque a legislação não traz rol exaustivo das possibilidades de medidas assecuratórias. Por último, a terceira forma de se verificar o poder cautelar é quando o juiz altera a cautelar que foi requerida por outra mais adequada, esta pauta-se pelo princípio da fungibilidade.

Referido princípio significa justamente a possibilidade de substituição, este princípio já era utilizado no processo civil no âmbito recursal e possui a mesma

aplicação, quando da interposição de algum recurso, desde que observado algumas peculiaridades, se não causar prejuízo as partes, o juiz pode alterar o recurso interposto por outro mais conveniente visando a efetividade.

Portanto, nas possibilidades de aplicação do poder geral de cautela do juiz o ordenamento jurídico procura a efetividade da prestação jurisdicional, sendo que, a perspicácia e análise do Magistrado são essenciais para a medida cautelar ser eficiente.

Na prática a análise do Magistrado é em prol de uma consequência menos gravosa e ao mesmo tempo efetiva, vejamos o exemplo da aplicação da fungibilidade cautelar segundo os doutrinadores Ovídio Baptista (2000,p.147) e Fritz Baur (1985, p.9) *“o autor pede a retirada de uma janela do prédio vizinho, sob o fundamento do direito de vizinhança, e o juiz deixa de deferir a supressão da janela para ordenar a colocação de vidros foscos que impeçam a visão para o prédio do autor”*.³

No exemplo acima o juiz substitui a cautelar por outra medida que teve a mesma finalidade. A jurisprudência pátria também defende a aplicação do poder geral de cautela pelo Magistrado, destacamos julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

MEDIDA CAUTELAR. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. INAPLICABILIDADE. PODERGERAL DE CAUTELA. TUTELA DA EFICÁCIA DO PROCESSO. ART. 798 DO CPC.DECISÃO MANTIDA.1. **O poder geral de cautela, positivado no art. 798 do CPC, autoriza que o magistrado defira medidas cautelares ex officio, no escopo de preservar a utilidade de provimento jurisdicional futuro. 2. Não contraria o princípio da adstrição o deferimento de medida cautelar que ultrapassa os limites do pedido formulado pela parte, se entender o magistrado que essa providência milita em favor daeficácia da tutela jurisdicional. 3. No caso, a desconsideração da personalidade jurídica foidecretada em caráter provisório, como medida acautelatória. Dessaforma, a aventada insuficiência probatória do suposto abuso**

³SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares. Tradução Armindo Edgar Laux**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

da personalidade jurídica não caracteriza ofensa ao art. 50 do Código Civil vigente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 429451 / RJ, 2013/0375646-7, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 09/09/2014. Dje 18/09/2014.) (grifei).

Verifica-se, portanto que, mesmo num eventual confronto dos princípios da fungibilidade e da adstrição do juiz aos pedidos da parte, prevalece a fungibilidade, pois, a efetividade da prestação jurisdicional se sobrepõe.

Nesta ótica, a medida assecuratória deve ser observada para garantir o direito daquele que está a iminência de sofrer uma lesão grave e de difícil reparação. Evidente o caráter assecuratório da medida tanto que o poder geral de cautela permite que o juiz *ex officio* “ordene mediante cautelar, sem instauração de processo cautelar, o que, porém, poderá ocorrer apenas se houver autorização expressa na lei” (SANTOS, 2006, p.280) de acordo com o art.797 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Desta forma, nas palavras da doutrina que “*inerente é a função jurisdicional o poder instrumental do juiz de assegurar o resultado do processo, através de medidas adequadas que não vulnerem as garantias do devido processo legal*” (MARQUES, 1999, p.476).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, pode-se concluir que a tutela de urgência é medida que abrange maior liberdade de atuação do Magistrado, não mais o limitando tão somente aos pedidos, mas sim, efetivando a prestação jurisdicional através da cognição sumária e da observação ao caso concreto.

Como dito anteriormente, o rol das medidas cautelares são exemplificativos, pois, impossível o legislador exaurir todas as condições que a

medida assecuratória poderia ter eficácia, e ainda, caso fosse determinado como rol taxativo, isto resultaria em lacunas na lei e não alcançaria o objetivo da prestação jurisdicional.

Concluí-se que o que realmente deve prevalecer é a essencialidade da medida cautelar, o ideal de se assegurar um direito e impossibilitar uma possível lesão a parte, para tanto, é de extrema importância e deve prevalecer a observação peculiar do Magistrado para decidir quanto à medida mais adequada ao caso concreto com intuito de preservar a efetividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares. Tradução Armindo Edgar Laux.** Porto Alegre: Fabris, 1985.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Processo de execução e cautelar.** 10.ed.São Paulo:Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 1999, vol.5.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STJ, AgRg no AREsp 429451 / RJ, 2013/0375646-7, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 09/09/2014. Dje 18/09/2014.) <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.**10.ed.São Paulo:Saraiva, 2006. Vol.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de.**Curso avançado de processo civil.**9.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.