

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Prof. de Direito Processual Civil
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul. Consultor
Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

MEDIDAS CAUTELARES

(no Código de Processo Civil de 1973)



1974

*Ao meu mestre em Direito Processual
Civil, Dr. Walter Eduardo Baethgen.*

ÍNDICE GERAL

	pág.
I — Relação de dependência entre o processo cautelar e o principal	11
II — Ação, processo e medidas cautelares	13
III — Competência	17
IV — Petição inicial	21
V — Procedimento	23
VI — Sentença	27
VII — Substituição, modificação e revogação	33
VIII — Resolução e conversão	35
IX — Responsabilidade	39
X — Poder cautelar geral	43
XI — Classificação das medidas cautelares	47
XII — Medidas cautelares litisreguladoras	49
XIII — Medidas submetidas ao regime das cautelares	59
XIV — Medidas cautelares probatórias	63

PREFÁCIO

O advogado nunca é tão advogado como quando obtém medida cautelar. O perigo de dano é iminente. A Justiça é lerda. A ação cautelar é, freqüentemente, a única forma de fazê-la andar depressa, afastando o perigo. Não há, então, tempo suficiente para largos estudos. Urge o pedido certo na hora incerta. Daí a necessidade de se conhecer as grandes linhas das assim chamadas "medidas cautelares".

A matéria não é fácil. Velhas tradições obscurecem os institutos, mesmo num Código de Processo Civil novo, como é o de 1973. Apontam-se como cautelares medidas que nada têm de cautelares. Outras, que evidentemente são cautelares, não são assim consideradas. O resultado é uma disciplinação jurídica inadequada. Normas que o Código considera gerais não são aplicáveis senão a algumas das medidas cautelares. No que deverão atentar os juizes, para que possam exercer o seu ofício, que é o de fazer Justiça. Daí a importância de uma boa classificação das medidas cautelares.

As liminares nas ações possessórias, no mandado de segurança e em outras ações, bem como a proibição de inovar, com a respectiva ação de atentado, encontram aqui, sob a luz do conceito de litisregulação, o seu exato lugar, na ciência processual.

Teoria e prática estão, nesta obra, indissociavelmente ligadas, porque, como bem sabem os bacharéis em Direito, uma boa teoria serve à prática e a prática, sozinha, serve ao caos.

Porto Alegre, dezembro de 1973

José Maria Rosa Tesheiner

I — RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ENTRE O PROCESSO CAUTELAR E O PRINCIPAL

O processo cautelar é *sempre* (?) dependente de outro, chamado *principal*. Pode ser *preparatório* ou *incidente*, conforme seja instaurado antes, ou no curso, do processo principal (Cód. Proc. Civ., art. 796).

O processo cautelar preparatório é dependente de um processo principal que ainda não existe e que, talvez, não sobrevenha nunca. Ora, dependência é uma relação entre dois termos e, portanto, não pode existir havendo um só. Dir-se-á que a relação de dependência se estabelece apenas no plano lógico: entre um processo cautelar preparatório já existente e um outro processo que (segundo se espera) virá a existir. Ocorre, porém, que o futuro depende do passado, mas o passado não depende do futuro...

A que se reduz, então, essa relação de dependência que o legislador afirma existir?

Consideremos os fenômenos dos quais o legislador induziu a regra:

1. O juiz da ação principal é também o juiz da ação cautelar (art. 800).

2. Se a parte não intenta a ação principal no prazo de trinta dias, contados da efetivação da medida preparatória, cessa a eficácia da medida cautelar (arts. 808, I, e 806, combinados).

3. As medidas cautelares conservam a sua eficácia na pendência do processo principal (art. 807).

4. Cessa a eficácia da medida cautelar, se o juiz declara extinto o processo principal (art. 808, III).

5. O indeferimento da medida cautelar não obsta a que a

parte intente a ação principal, nem influi no julgamento desta (art. 810, primeira parte).

Ora, a observação desses fenômenos de forma alguma autoriza induzir-se a regra de que o processo cautelar seja sempre dependente do processo principal, que pode mesmo não existir.

Se é certo que os atos praticados no processo principal podem projetar seus efeitos sobre o cautelar, o inverso também ocorre:

1. Porque é o juiz da ação principal, o juiz é também competente para a ação cautelar incidente. Tratando-se, porém, de ação preparatória, o juiz é competente para julgar a causa principal porque conheceu, antes, da ação cautelar.

2. Se o juiz, no procedimento cautelar, acolhe a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor, fica prejudicado o processo principal (art. 810, segunda parte).

3. A prova produzida em processo cautelar preparatório (produção antecipada de prova, art. 846) influi no julgamento da ação principal, mas a ação principal não pode ter qualquer influência sobre o processo cautelar preparatório, pela simples razão de que este já findou.

Nessas hipóteses, é o processo dito *dependente* que projeta seus efeitos sobre o processo principal. O servo domina o seu senhor!

Na verdade, entre o processo cautelar e o processo dito *principal* não há relação de dependência, relação de servo e senhor, de dominante e dominado. Existe, sim, *comunicação*, de tal sorte que ato praticado num deles pode projetar os seus efeitos sobre o outro.

Para salvar a afirmação do legislador, podemos concluir dizendo que, existindo um processo cautelar e outro principal relativos à mesma lide, entre ambos se estabelece uma relação de *dependência mútua*.

II — AÇÃO, PROCESSO E MEDIDA CAUTELARES

O juiz pode determinar medidas cautelares em a audiência das partes somente em casos excepcionais, expressamente previstos em lei (Cód. Proc. Civ., art. 797).

A tutela cautelar constitui prestação jurisdicional, que não pode ser entregue de ofício: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e forma legais." (art. 2.º).

Quem fala em *ação cautelar* vê alguém, denominado autor, a requerer que o juiz lhe preste a tutela jurisdicional, concedendo ou negando a medida cautelar indicada na petição inicial de um processo constituído com essa finalidade específica.

Quem propõe ação exerce o poder jurídico de exigir do Estado (juiz) uma prestação jurisdicional. A idéia de *prestação* é correlata à de *pretensão*, desde que se entenda esta expressão no sentido de *poder jurídico de exigir uma prestação* * (WINDSCHEID, Bernardo, *Il diritto delle pandette*, trad. por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Torinese, 1925, vol. 1.º, págs. 121-2; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2.ª ed., Rio, Borsoi, 1955, vol. 5.º, §§ 615-17).

A pretensão à tutela jurisdicional, que tem o autor, corresponde, pois, de parte do Estado, a obrigação de prestar a tutela jurisdicional, donde a existência de uma relação jurídica a vincular, pelo menos, dois sujeitos: o titular da pretensão (autor) e o Estado (juiz).

Ocorre, porém, que a prestação jurisdicional somente pode ser entregue a alguém *em face de outrem*. Complica-se, portanto, a relação jurídica correspondente, com o acréscimo de um terceiro sujeito, igualmente necessário, denominado *réu*.

* tb como ato de exigir. -

Este, por sua vez, tem igual direito à prestação jurisdicional, que não lhe pode ser prestada senão em face do autor.

A prestação jurisdicional exigida pelo réu tem, geralmente, o mesmo conteúdo que a do autor, mas com o sinal invertido. O autor exige que o juiz lhe preste a tutela jurisdicional concedendo-lhe, por exemplo, o arresto de bens do réu. Este, por sua vez, exige igualmente que o juiz lhe preste a tutela jurisdicional denegando o pedido do autor. Os pedidos de um e de outro são contraditórios! Como satisfazê-los igualmente? Não haveria solução possível, se a pretensão à tutela jurisdicional não significasse apenas o poder jurídico de exigir uma sentença, com abstração de seu conteúdo.

Sentença é, pois, o ato pelo qual o Estado cumpre a sua obrigação de prestar a tutela jurisdicional, não importando o seu conteúdo. A sentença é sentença ainda que nem sequer aprecie o mérito da causa (art. 162, § 1.º).

Quando alguém exige do Estado a tutela jurisdicional, exerce o que se denomina de *direito de ação*. Mas o réu, em se defendendo, também exige do Estado a tutela jurisdicional. Apesar disso, não é usual dizer-se que está a exercer o direito de ação...

A explicação está em que a tutela jurisdicional não pode ser prestada senão através do processo, relação jurídica que se constitui quando alguém exerce o direito de ação, exigindo que o Estado lhe entregue determinada prestação jurisdicional. Assim, o autor é autor apenas porque tomou a iniciativa; por ter sido o primeiro a exigir a tutela jurisdicional, e não porque tenha um direito diferente do réu. Não se fala em ação do réu, porque ele exerce o seu direito de ação numa relação jurídica processual já existente.

Processo, portanto, é a relação jurídica concreta que surge quando alguém exerce o direito de ação, exigindo que o Estado lhe entregue determinada prestação jurisdicional, em face de outrem.

O objeto do processo é a sentença, ato pelo qual o juiz dá por entregue a prestação jurisdicional. Com a sentença, o

processo atinge a sua finalidade e, por isso mesmo, se extingue. "Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa." (art. 162, § 1.º).

Entre a petição inicial do autor, que marca o início do processo, e a sentença, que marca o seu término, existe uma relação de conformidade, porque a sentença tem por objeto o pedido do autor, ainda que seja para denegá-lo por motivos puramente processuais.

A petição inicial aparece-nos, assim, como um ato jurídico de exercício do poder de constituir uma relação jurídica processual (processo), tendo por objeto uma sentença a respeito do pedido dela constante.

Processo cautelar é aquele que tem por objeto uma sentença cautelar.

Em vez de se falar em *sentença cautelar* prefere-se, geralmente, usar a expressão *medida cautelar*, porque de regra não basta o julgamento do juiz, documentado nos autos; é preciso que se execute a decisão.

Além disso, o juiz pode deferir medida cautelar incidentemente, mesmo em processo não cautelar. Assim, sob o ponto de vista do procedimento, a medida cautelar pode apresentar-se:

- a) como ato final de um processo dito cautelar;
- b) como ato praticado incidentemente, no curso de determinado procedimento, como ocorre com as liminares em mandado de segurança, em ação de reintegração na posse, no embargo de obra nova e nas próprias ações cautelares.

Que o juiz não pode proferir sentença cautelar (ato final de um processo cautelar), independentemente de pedido, decorre das normas que vinculam o exercício da jurisdição ao exercício do direito de ação (arts. 2.º e 262).

O art. 797 do Código de Processo Civil vai além: o juiz não pode determinar medidas cautelares, nem mesmo incidentemente, sem pedido de uma das partes. O desenvolvimento do processo por impulso oficial não abrange, salvo disposição em contrário, a determinação de medidas cautelares.

Nada tem o artigo com a observância do princípio do contraditório, que é objeto do art. 804.

Entre os casos excepcionais, em que a Lei expressamente prevê a efetivação de medidas cautelares, independentemente de pedido, podem-se apontar o seqüestro, no processo de inventário, dos bens sob a guarda do inventariante destituído (art. 919) e o arresto de bens do devedor não encontrado, na execução por quantia certa (art. 653).

III — COMPETÊNCIA

A ação cautelar deve ser proposta no mesmo foro e perante o mesmo juízo da ação principal (Cód. Proc. Civ., arts. 800, 108 e 109).

Assim, requerida a busca e apreensão de menor, como preparatória da ação de desconstituição do pátrio poder, competente é o foro do domicílio do titular do pátrio poder (art. 94). Já que os ex-diretores de uma sociedade respondem no foro da administração pelas obrigações decorrentes do exercício de suas funções (art. 100, V, *b*), neste foro é que deverá ser requerido o arresto de seus bens.

Estando a causa principal na superior instância, o Tribunal é competente originariamente para a ação cautelar, competindo ao relator a concessão da liminar, *nos casos urgentes* (art. 800, parágrafo único), isto é, nos casos em que a deliberação a respeito da liminar não possa ser postergada até a próxima sessão do colegiado.

Exceções: ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processa-se no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais (art. 853); a ação de atentado é processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal (art. 880, parágrafo único).

— Argüido de suspeito o juiz da causa principal, seu substituto legal é que é competente para deferir ou denegar a liminar em ação cautelar, enquanto não julgada a exceção.

A exceção de incompetência oposta pelo réu, na ação principal, não obsta a que o juiz conheça da ação cautelar.

As exceções de incompetência, de impedimento ou de suspeição do juiz têm efeito suspensivo (art. 306), ainda que opostas em ação cautelar. Todavia, pode o juiz determinar a rea-

lização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 266).

Juiz relativamente incompetente pode conhecer de ação cautelar preparatória, porque se prorroga a sua competência, se o réu não opõe a exceção correspondente, no caso e prazo legais (art. 114). Oposta a exceção, permanecem válidos todos os atos praticados anteriormente, porque a regra da nulidade dos atos decisórios é restrita às hipóteses de incompetência absoluta (art. 113, § 2.º).

A indicação de duas ou mais ações principais, proponíveis perante juízos diversos, autoriza o autor a propor a ação cautelar preparatória em qualquer deles. Efetivada a medida, há de propor a ação principal perante o mesmo juízo, porque, se a propuser perante outro, evidenciar-se-á que obteve medida cautelar de juiz absolutamente incompetente.

As ações cautelares probatórias têm por escopo a produção de provas ou a documentação de atos de comunicação.

Visam a produção de provas a exibição de coisa ou documento (art. 844), a produção antecipada de provas (art. 846) e a justificação (art. 861), em que a atividade do juiz se cinge aos atos de admissão e de produção de provas. Não é meramente probatória a *posse em nome do nascituro* (art. 877) porque, aí, o juiz faz a avaliação da prova (art. 878).

Visam documentar atos de comunicação os protestos, notificações e interpelações (art. 867) e o protesto de títulos (art. 833). O juiz (ou o oficial, art. 883) se limita a declarar efetuada a intimação, sem se pronunciar sobre os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Os atos praticados pelo juiz, nas ações cautelares probatórias, não são decisórios, no sentido do art. 113, § 2.º, do Código de Processo Civil, pelo que são válidos, ainda que praticados por juiz absolutamente incompetente.

Com maior razão, são válidos se praticados por juiz relativamente incompetente, donde se pode extrair a conclusão de que a ação principal pode ser proposta em foro diverso daquele em que se processou a ação cautelar probatória. Em

outras palavras, não se produz o efeito de prevenir a jurisdição. Assim, por exemplo, nada impede que o autor requeira a produção antecipada de provas no foro do acidente de veículo e a ação principal no foro de seu domicílio (art. 100, V, parágrafo único). Outra solução levaria a consequências não desejadas pelo legislador: suponha-se que alguém, domiciliado em Porto Alegre, seja vítima de um acidente de trânsito em São Paulo. Para propor a ação principal no foro de seu domicílio, como lhe faculta a lei (art. 100, V, b), teria de voltar correndo a Porto Alegre, para obter uma precatória a ser cumprida em São Paulo, onde ocorreu o acidente...

IV — PETIÇÃO INICIAL

Os vocábulos *petição* e *pedido* têm a mesma raiz e estão ambos ligados à idéia de *pedir*. *Petição* indica, de preferência, o ato de pedir, ao passo que *pedido* indica, de preferência, aquilo que se pede: o conteúdo da petição.

Sendo vedado ao juiz agir de ofício, a petição inicial é o primeiro ato do processo.

Sempre que alguém pede prestação, jurisdicional ou não, há petição. O que caracteriza a petição inicial é o seu efeito constitutivo de uma relação jurídica processual (processo).

Porque a tutela jurisdicional somente pode ser prestada a alguém em face de outrem, que deve ser ouvido (princípio do contraditório), a petição inicial contém necessariamente, além do pedido de prestação jurisdicional, o pedido de chamamento do réu a juízo (arts. 282, VII, e 614). O pedido de citação do réu deve ser expresse, salvo nas ações cautelares (art. 801).

A prestação jurisdicional pedida pelo autor consiste numa sentença: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva (pedido imediato) que lhe assegure o bem jurídico, material ou incorpóreo, que é alvo da pretensão (pedido mediato). (Cf. MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1962, vol. 3.^o, pág. 38.)

A petição inicial tem forma escrita, ainda que se trate de ação cautelar (art. 801). Petição inicial oral é petição inexistente. Se houve a redução a termo (o que o Código não prevê), atendeu-se a essa exigência de forma.

Basta que a petição inicial seja escrita para que o juiz tenha a obrigação de despachá-la. O indeferimento liminar constitui sentença, ato de entrega da prestação jurisdicional (art. 162, § 2.^o), extinguindo-se o processo no momento em que essa decisão transita em julgado.

O réu é parte no processo desde a petição inicial. Pode pleitear, do juiz, o seu indeferimento. O juiz não tem o poder de excluir o réu do processo. Ainda que indefira a petição inicial, por entender que o réu não deve ser perturbado, é obrigado a citá-lo, se o autor apela (art. 296). E isso mostra que, efetivamente, o réu está sujeito à ação do autor, independentemente da vontade do juiz. Propondo a ação, o autor exerce não apenas um direito contra o Estado — direito a uma prestação — mas também um direito formativo ou potestativo, em face do réu.

A petição inicial de ação cautelar, como as demais, deve indicar a autoridade judiciária a que é dirigida (art. 801, I), isto é, a indicação, pelo cargo, do destinatário do requerimento contido na petição.

Além disso, deve conter o nome e a qualificação das partes (*personae*, art. 801, II); a exposição sumária do direito ameaçado e dos fatos dos quais resulta o receio da lesão (*causa petendi*, art. 801, IV) e, obviamente, o pedido (*petitum*), embora não o mencione o Código. Por esses elementos é que se identifica a ação.

Tratando-se de ação *preparatória*, é necessário, ainda, que se indique a lide e seu fundamento (art. 801, parágrafo único), isto é, o objeto da pretensão a ser deduzida na ação principal e de seu fundamento jurídico; em suma, a indicação do pedido e da *causa petendi* da ação preparada.

Exige-se, também, a indicação das provas que serão produzidas (art. 801, V).

O valor da causa deve constar da petição (art. 259), ainda que a ação não tenha conteúdo econômico (art. 258).

V — PROCEDIMENTO

Em face da petição inicial, primeiro ato do procedimento cautelar, o juiz pode:

a) determinar que o autor a emende, ou complete, no prazo de dez dias (art. 284), exigindo, por exemplo, a indicação do objeto da pretensão principal e de seu fundamento jurídico;

b) proferir sentença de indeferimento (art. 295);

c) determinar (tendo sido requerida a liminar sem prova suficiente de seu cabimento ou necessidade) que o autor produza, nos mesmos autos da ação cautelar, *justificação* (art. 861) da existência do direito ameaçado e (ou) dos fatos dos quais resulta o receio qualificado, a exigir a concessão da medida sem a audiência do réu (art. 804);

d) deferir liminarmente a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; hipótese em que determinará, se for caso, que o autor preste caução de ressarcir os danos que o réu possa vir a sofrer (art. 804);

e) determinar a citação do réu para contestar a ação, no prazo de cinco dias (art. 802).

Conta-se o prazo para a contestação da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (art. 802, I).

A concessão da liminar não priva o réu do direito de defesa, hipótese em que o prazo para a contestação é contado da data da juntada do mandado de execução da medida (art. 802, II), *desde que nele haja certidão do oficial de justiça de que dela intimou o réu.*

Executada a medida, o oficial de justiça, nos dez dias seguintes, procurará o réu três vezes em dias distintos. Encontran-

do-o, procede à intimação e, só então, devolve ao cartório o mandado. Não o encontrando, certifica o ocorrido, competindo ao autor requerer a citação do réu, por edital, dentro de *cinco* dias, contados da data em que foi intimado dessa circunstância (arts. 653 e 654, por analogia, em combinação com o art. 811, II).

O art. 802, II, não dispensa a citação, que é indispensável para a validade de processo de conhecimento, de execução e *cautelar* (art. 214). O que ocorre, apenas, é que a intimação da execução da medida produz os efeitos de citação.

O réu tem o prazo de cinco dias para se defender, *qualquer que seja o procedimento cautelar* (art. 802), inclusive, portanto, na produção antecipada de provas. (No Direito anterior, havia regra expressa, excluindo a contestação nas vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*. (Cód. Proc. Civ. de 1939, art. 684, parágrafo único.)

Na produção antecipada de provas, o réu pode contestar a necessidade da antecipação ou indicar as contraprovas que pretende acautelar. Nesta última hipótese, produzem-se, num só processo, provas que poderiam ser produzidas em dois processos cautelares distintos, com inversão da posição processual das partes.

Não há contestação, nem o réu é citado *para se defender* nos protestos, notificações e interpelações (art. 871) e na justificação (art. 865). Na homologação de penhor legal, o réu é citado para pagar ou alegar defesa, em vinte e quatro horas (art. 874).

Não sendo contestado o pedido, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, devendo o juiz proferir sentença dentro em cinco dias (art. 803). Na produção antecipada de provas, o que se presume verdadeiro é o fato da necessidade da antecipação, e não o fato probando.

Havendo contestação, o juiz designará audiência de instru-

ção e julgamento (art. 803, parágrafo único). Entretanto, pode o juiz proferir sentença independentemente de audiência, se a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência (art. 330, I).

Os autos do processo cautelar devem ser apensados aos do processo principal (art. 809).

VI — SENTENÇA

Dividem-se os atos judiciais em sentenças, decisões interlocutórias e despachos (Cód. Proc. Civ., art. 162).

Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, § 1.º).

Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162, § 2.º). Por *questão incidente* deve entender-se, aí, a relativa a algum ponto da lide, *questão de mérito*, portanto.

Despacho interlocutório é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão controvertida *relativa ao processo*.

Despachos de mero expediente são os que apenas impulsionam o processo.

“Nos despachos ordinatórios, ou de expediente, o juiz se limita a prover a respeito do andamento do processo. É o que se verifica quando o juiz manda citar o réu, determina que se dê vista dos autos a algum sujeito do processo, ou designa data para o julgamento da causa em audiência.” (MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1962, vol. 2.º, pág. 315.)

O Código de Processo Civil se refere expressamente aos *despachos de mero expediente*, no art. 504. A eles se opõem os *despachos interlocutórios*, que são “os que decidem as *questões* controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim”. (LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, vol. 3.º, pág. 30, nota 2. BUZAID, Alfredo, *Do Agravo de Petição*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956, pág. 128.) Logo, por decisão interlocutória se deve entender

aquela pela qual o juiz, no curso do processo, resolve questão de mérito.

Além das sentenças, decisões interlocutórias e despachos, que são atos de conhecimento (atos decisórios), o juiz pratica atos de outra natureza: os atos executivos, que são praticados pelo órgão da execução, mas por mandado e em nome do juiz.

Se o ato que põe termo ao processo é executivo, tem-se uma sentença em sentido amplo, ou melhor, uma sentença executiva.

Apelável (Cód. Proc. Civ., art. 513) é a sentença em sentido estrito. Tanto isso é certo, que da sentença que concede medida cautelar cabe apelação, mas com efeito meramente devolutivo (art. 520, IV), exatamente porque falta ainda alguma coisa — a execução da sentença — que se pode promover na pendência do recurso.

A idéia de que a classificação das sentenças deva atender ao critério de seus efeitos é aceita pacificamente na doutrina, mas não existe, ainda, acordo sobre as espécies a considerar.

Que existam sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias ninguém nega. Que a classificação deva atender ao efeito *predominante* é certo, pois, sem dúvida nenhuma, há declaração nas sentenças constitutivas e condenatórias.

Em face do conceito de sentença do Código de Processo Civil (art. 162, § 1.º), já não é mais possível negar-se a existência da categoria das sentenças executivas, mesmo porque também no processo de execução há entrega da prestação jurisdicional, há um ato que põe termo ao processo. A dúvida se restringe, assim, à existência das sentenças mandamentais e cautelares.

Há lugar para as sentenças mandamentais? Mandamental é a sentença que contém um mandado dirigido *a outro órgão do Estado* (GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, trad. por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, pág. 113). A solução de problema exige que se verifique se esse efeito é ou não redutível a outro.

As sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias

são bastantes em si, porque satisfazem inteiramente a pretensão processual, não exigindo atos ulteriores. Não se pode, portanto, reduzir o efeito mandamental ao declaratório, ao constitutivo, nem ao condenatório.

É possível considerar-se como execução um ato como, por exemplo, o do oficial do registro público que, atendendo a determinação judicial, procede a uma inscrição?

Tudo depende do conceito que se tenha de execução. Os efeitos declaratório, constitutivo e condenatório não cobrem toda a faixa de eficácia das sentenças. Podemos preencher o resíduo apenas com a categoria das sentenças executivas, desde que se considere como execução qualquer ato que implique um fazer o que decisão judicial ordenou. O que não é possível é negar-se a categoria das sentenças mandamentais e, ao mesmo tempo, restringir o conceito de execução, porque então ficam frinchas, por onde escapam algumas sentenças, que não ficam presas na rede da classificação.

Na verdade, o conceito de execução só é restringível na medida em que se amplia o de mandamento. Se entendemos por exemplo, que toda execução é patrimonial, necessariamente temos de classificar como mandamental a sentença que determina a busca e apreensão de pessoa. Se entendemos que toda execução implica em satisfação do direito do autor, necessariamente, temos de classificar como mandamental a sentença que decreta um arresto, ou seqüestro, porque ambos acautelam sem satisfazer a pretensão de direito material.

Essa é a posição de Pontes de Miranda, que parte do pressuposto implícito de que *execução* é tirar *bens* do réu para *satisfazer* direito do autor, daí resultando a natureza mandamental de quase todas as ações cautelares. (V. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, vol. 8.^o, pág. 307.)

Não concordo é com a ampliação do conceito de *mandamento*, a ponto de abranger também os mandados dirigidos ao oficial de justiça, que não é outro órgão do Estado, mas apenas uma longa mão do juiz. O arresto não diverge essencial-

mente da penhora. É também ato executivo. O fato de que o arresto visa acautelar, ao passo que a penhora visa satisfazer, não importa em diversidade de natureza e de efeitos jurídicos, porque a satisfação, aí, é do direito material e, no processo, o que importa (para a classificação das sentenças) é a satisfação da pretensão processual.

A categoria das sentenças cautelares exige idêntico raciocínio: o seu efeito é ou não redutível a outro?

Não tenho dúvida alguma em afirmar a redutibilidade. O efeito condenatório da sentença que condena a prestar alimentos provisionais não é diverso da condenação em alimentos definitivos. A sentença que julga prestada uma caução é declaratória ou constitutiva. O arresto, o seqüestro e a busca e apreensão cabem na categoria das ações executivas, ou das mandamentais. E assim por diante.

Não há, portanto, uma sentença cautelar que se possa acrescentar, como um sexto gênero, às sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais.

Quando se fala em ação ou em sentença cautelar se está a utilizar um *outro* critério de classificação, diverso daquele que serve para distinguir as ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais. É por isso que não é científica a divisão das ações em ações de conhecimento, executivas e cautelares. Utiliza-se um critério para distinguir as ações de conhecimento das executivas, e outro para distingui-las das cautelares.

Na verdade, há duas classificações: de um lado, as ações de conhecimento e as ações executivas e, de outro, as cautelares, que podem ser de conhecimento ou executivas, opostas às ações não cautelares, que também podem ser de conhecimento ou executivas.

A sentença de procedência, em ação cautelar, exige a concorrência de dois requisitos, que constituem a *causa petendi* da medida: a aparência do direito acautelado (*fumus boni iuris*) e o perigo de lesão (*periculum in mora*) desse direito (CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei*

provvedimenti cautelari, Padova, 1936, pág. 63), motivo por que a petição inicial deve conter a exposição sumária do direito ameaçado e indicar os fatos que tornam objetivo o receio de lesão (art. 801, IV).

A sentença tem a particularidade de não precisar se ater rigorosamente ao pedido (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, vol. 8.^o, pág. 311; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, *Medidas Preventivas*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Bernardo Alvares, 1958, pág. 21; PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1856, t. 4.^o, págs. 77 e 50), motivo por que o Código de Processo Civil até omitiu o pedido, no elenco dos requisitos da petição inicial (art. 801).

VII — SUBSTITUIÇÃO, MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO

Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível sentença irrecurável (Cód. Proc. Civ., art. 467). Ora, a sentença cautelar não é imutável, pois a medida cautelar pode ser *substituída* (art. 805), *modificada* e *revogada* (art. 807). Logo, a sentença proferida em processo cautelar não faz coisa julgada (art. 471, II), salvo:

se o juiz acolhe a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810);

quando o autor renuncia ao direito acautelado (art. 269, V);

ou as partes transigem a respeito desse mesmo direito (art. 269, III).

1. A medida decretada poderá ser substituída pela prestação de caução, sempre que esta seja adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (art. 805). A caução pode sempre substituir o arresto (art. 819, II) e o penhor legal. Conforme o caso, pode substituir o seqüestro e a busca e apreensão de coisa. Não pode substituir os alimentos provisionais, por faltar o requisito da adequação: os alimentos provisionais devem ser prestados já, não bastando garantir o seu pagamento, no futuro.

No processo de substituição por caução, inverte-se a posição processual das partes. Indicando, na petição inicial, o valor a caucionar; o modo pelo qual a caução vai ser prestada; a estimativa dos bens e a prova da suficiência da caução ou da idoneidade do fiador (art. 829), o réu, na qualidade de autor, pede a citação do adversário para, no prazo de cinco dias, aceitar a caução ou contestar o pedido (art. 831). Decorrido o prazo, o juiz profere imediatamente a sentença (art. 832) ou designa audiência de instrução e julgamento (art. 833).

2. São exemplos de modificação de medida cautelar a substituição de caução real por caução pessoal e vice-versa; a substituição do fiador ou da coisa caucionada, a alteração do montante dos alimentos provisionais e do exercício do direito de visita (art. 888, VII) e a substituição do “depositário” de incapaz (art. 888, V).

A modificação pode ser requerida tanto pelo autor como pelo réu.

3. A revogação de medida cautelar supõe, via de regra, o reexame da *causa petendi* invocada pelo autor, levando o juiz à convicção de que nunca existiu, ou já não existe mais, o direito acautelado, ou o perigo de lesão.

O retardamento da citação do réu para a ação cautelar não determina a resolução da medida concedida liminarmente (arts. 811, II, e 808). Pode, porém, fundamentar sua revogação.

O procedimento para a revogação é o mesmo utilizado para a decretação. Medida cautelar deferida sem a audiência do réu pode ser revogada sem a audiência do autor.

/

VIII — RESOLUÇÃO E CONVERSÃO

Há *resolução* quando fato superveniente determina, por expressa disposição de lei, a cessação dos efeitos da medida cautelar. Se os efeitos da medida cautelar cessam por sobrevir a definitiva, há *conversão*, que é espécie de resolução (art. 818).

Cessa a eficácia da medida cautelar, se não for executada dentro do prazo de trinta dias (art. 808, II). Não há, na hipótese, responsabilidade por prejuízos. (O art. 811, III, é excessivamente genérico. Como poderá alguém responder pelos prejuízos causados pela execução de sentença, cuja eficácia cessou exatamente porque não foi executada?!)

As demais hipóteses de resolução supõem que o processo cautelar seja dependente de outro, principal: cessa a eficácia da medida cautelar, se o processo principal não é iniciado (art. 808, I), ou se extingue (art. 808, III).

Se o processo principal se extingue com sentença de mérito em prol do autor, há conversão da medida cautelar em definitiva. O arresto se converte em penhora (art. 818). Também se converte em penhora a caução real. Surge, para o credor, a pretensão ao pagamento (exigibilidade), exercível contra o fiador. Os alimentos provisionais se convertem em definitivos, se de outra forma não dispôs o juiz na sentença. O seqüestro se converte no “depósito” da execução para a entrega de coisa certa (arts. 622/623).

A resolução por extinção do processo principal com sentença de mérito em prol do réu, ou por sentença meramente processual, bem como por não intentada a tempo a ação principal, acarreta a responsabilidade do autor pelos prejuízos sofridos pelo réu em decorrência da execução da medida (art. 811, III).

Para que se tenha por proposta a tempo a ação principal

basta que a petição inicial seja despachada pelo juiz dentro do prazo, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara (art. 263).

Tendo havido liminar, conta-se o prazo da data de sua efetivação, e não da data do despacho deferitório da liminar, nem da data da sentença que a final a julgue subsistente.

Propor a ação principal é ônus de quem teve o seu direito acautelado. Cessa a eficácia da medida cautelar, se não propõe a ação no prazo de trinta dias, ainda que o faça a parte contrária.

A resolução pode ser declarada de ofício.

“A perda da eficácia é *ipso jure*. Uma das conseqüências disso é não se precisar de despacho declarativo da não eficácia, menos ainda do despacho constitutivo negativo (nada há que se tenha de desconstituir).” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, vol. 8.^o, pág. 405.)

Qualquer que seja a causa da resolução, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento (art. 808, parágrafo único).

NEM SEMPRE CESSA A EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR, SE O PROCESSO PRINCIPAL NÃO É INICIADO OU SE EXTINGUE.

Os efeitos da posse em nome do nascituro (art. 878) perduram até cessar a gravidez, e não até a extinção de um outro processo, talvez inexistente.

A eficácia da entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II) não fica subordinada à ação principal, porque eles têm direito à posse de seus bens — de uso pessoal — independentemente do resultado da ação principal.

O afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (art. 888, IV) perdura até a data do casamento, e não enquanto pende uma inexistente ação principal.

Perduram os efeitos dos protestos, notificações e interpe-

lações (arts. 867 e 882) ainda que não se proponha a ação preparada. Interrompeu-se a prescrição pelo protesto. Esse efeito não se esvaece por não se propor, no prazo de trinta dias, a correspondente ação condenatória!

A prova produzida antecipadamente (art. 846) ou em processo de justificação não se desconstitui por não se propor a ação principal. Aliás, pode haver justificação sem ser para servir de prova em processo regular: a justificação para simples documento (art. 861).

A exibição de coisa ou documento é ato-fato, impossível de ser desconstituído. O autor viu o documento. Só o tempo, que tudo apaga, apagará de sua memória a lembrança do que viu.

Caução pode ser exigida (art. 830) ou prestada (art. 829) em garantia de contrato, e não em garantia de sentença!

Como, então, se atreve o legislador a afirmar (art. 796) que o processo cautelar é *sempre* dependente de outro?!

IX — RESPONSABILIDADE

Nas ações cautelares *litisreguladoras*, a sentença regula a lide enquanto lide, nada importando que o direito material tenha um regramento diferente, exatamente porque o juiz ignora de que maneira o direito material regula a hipótese. Eu sou senhor e possuidor. O direito material me assegura a posse de meus bens e a faculdade de deles dispor livremente. Não obstante, posso perder a posse direta de meus bens e o poder de deles dispor eficazmente, até que o juiz finalmente julgue improcedente a ação de reivindicação de Aulo Agério, cuja pretensão (eu sei muito bem) é totalmente infundada.

As ações cautelares *litisreguladoras* supõem a existência de outra ação, a principal, que já terá sido proposta, ou deverá ser proposta no prazo máximo de 30 dias (Cód. Proc. Civ., art. 806). A eficácia da sentença *litisreguladora* é condicionada à existência da ação principal. Se a parte não intenta a ação principal no prazo de trinta dias, cessa a eficácia da medida cautelar (art. 808, I). Extinguindo-se o processo principal (com ou sem julgamento de mérito) cessa a eficácia da medida cautelar (art. 808, III).

Para que se tenha por *litisreguladora* uma sentença, é preciso, portanto, que concorram dois requisitos: primeiro, que ela regule a lide, isto é, determine o modo como há de ficar a situação de fato, enquanto pender a ação principal; segundo, que a extinção do processo principal importe na cessação da eficácia da sentença cautelar. Se os efeitos da sentença cautelar não desaparecem, apesar de não ser proposta a ação principal, ou se esses efeitos sobrevivem ao processo principal, não há *litisregulação*.

São *litisreguladoras*, entre outras, as ações de arresto, de seqüestro, de busca e apreensão, de alimentos provisionais, de arrolamento e de homologação de penhor legal.

A ação para exigir ou para prestar caução pode ou não ser litisreguladora. A caução substitutiva de arresto (art. 819, II) sem dúvida é litisreguladora. Mas se alguém, que se obrigou a prestar caução para garantir a execução de contrato, propõe ação contra o que se recusa a recebê-la (art. 829), não há litisregulação, porque a caução é para o tempo de duração do contrato e não para o período de litispendência de uma ação principal, que nem sequer precisa ser indicada.

As medidas cautelares probatórias não são litisreguladoras, pois não importam em regulação da lide, nem têm sua eficácia condicionada ao processo principal. Assim, a exibição de coisa ou documento, a produção antecipada de provas, a justificação, os protestos, notificações e interpelações.

Tampouco são litisreguladoras a posse em nome do nascituro (os efeitos da sentença subsistem até a cessação da gravidez, e não enquanto pende uma ação principal, que pode não existir), o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (os efeitos da sentença subsistem até a cerimônia nupcial) e a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (eles têm direito à posse dos bens de uso pessoal, ainda que não seja proposta a ação principal e independentemente de seu resultado).

Havendo litisregulação, é muito forte o vínculo de dependência da ação cautelar em relação à principal, o que se reflete no tema da responsabilidade pelas despesas processuais e pelos danos.

A sentença que julga procedente ação cautelar litisreguladora não deve condenar o réu nas despesas processuais e em honorários advocatícios. Se condena, deve-se entender subordinada a condenação a uma condição suspensiva: se o autor vencer também a ação principal. Efetivamente, se a sentença no processo principal lhe for desfavorável, ele deve indenizar o réu de todos os prejuízos decorrentes da medida (art. 811, I), inclusive as despesas processuais e os honorários advocatícios da ação cautelar!

Julgada, porém, improcedente ação litisreguladora, o ven-

cido deve ser condenado a pagar as despesas processuais e também os honorários advocatícios (art. 20, § 1.º), porque, aí, já não importa o resultado da ação principal: o direito pode existir sem que haja necessidade de cautela.

Somente na ação principal é que o juiz se pronuncia sobre as despesas e honorários advocatícios da produção antecipada de provas, justificação, protestos, notificações e interpelações.

Na exibição de coisa ou documento, a sentença deve condenar o vencido nas despesas e honorários, porque afirma ou nega o direito à exibição, nada importando o resultado da ação principal. A recusa de Numério Negídio a exhibir documento *comum* não se torna justa pelo fato de, em face da exibição judicialmente ordenada, Aulo Agério se convencer de que não tem o direito que pretendia fazer valer na ação principal.

Por análogas razões, o vencido deve ser condenado nas despesas e em honorários, tratando-se de posse em nome do nascituro, afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais e entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos.

Sobre o autor recai o encargo de prover às despesas de conservação da coisa litigiosa, sem que se possa, *a priori*, afirmar o direito ao reembolso, quando vencedor. Assim, se houve seqüestro acautelatório de ação de reivindicação de um cavalo, julgada procedente, não há direito ao reembolso das despesas com sua alimentação, porque incumbentes ao dono.

A responsabilidade pelos danos decorrentes de medida cautelar injusta é objetiva, hipótese em que a indenização é liquidada nos autos do procedimento cautelar (art. 811, parágrafo único), independentemente de condenação anterior; ou é fundada na culpa (*má fé*, art. 16), hipótese em que é necessária reconvenção e condenação em perdas e danos, na ação principal, ou ação ordinária condenatória.

A responsabilidade do autor é objetiva quando decorre da execução da medida (art. 811):

I — se o juiz declara extinto o processo principal sem julgamento de mérito, ou com julgamento de mérito favorável

ao réu (art. 811, I; e arts. 811, III, e 808, III, combinados), desde que isso implique na cessação da eficácia da medida cautelar (art. 808). A mulher que obteve a entrega de bens de uso pessoal, como medida preparatória de ação de desquite julgada improcedente, não tem a obrigação de devolvê-los e, muito menos, a de indenizar;

II — se, obtida liminarmente (art. 804), não promove a citação do réu dentro em cinco dias (art. 811, II). O retardamento da citação não implica na resolução da medida (art. 807). Pode, porém, fundamentar sua revogação (art. 806), surtindo, então, a obrigação de indenizar. Suponha-se que o autor promova a citação do réu, para a ação cautelar, apenas no décimo dia. O juiz não revoga a medida e julga procedentes as ações cautelar e principal. Seria absurdo afirmar-se a responsabilidade do autor pelos prejuízos decorrentes da execução da medida cautelar!

III — se não intenta a ação principal no prazo de trinta dias (arts. 811, III, e 808, I) ou promove a execução de sentença cautelar cuja eficácia cessou (arts. 811, III, e 808, II);

IV — se o juiz acolhe, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 811, IV).

Nos demais casos, a responsabilidade do autor é fundada na culpa, como a do réu e a do interveniente (arts. 811, *caput*, e 16).

A regra da responsabilidade objetiva do autor é, portanto, restrita às ações litisreguladoras executivas: a mulher que obtém alimentos provisionais e perde a ação principal só é obrigada a restituí-los, se agiu de má fé; se o réu tinha a obrigação legal de exhibir documento, não tem direito a indenização, ainda que vença a ação principal; quem protesta, notifica ou interpela só é obrigado a indenizar tendo havido abuso de direito; a mulher investida na posse dos direitos do nascituro não é obrigada a indenizar ocorrendo o nascimento sem vida; o cônjuge que obteve a entrega de bens de uso pessoal em ação de anulação de casamento julgada improcedente não é obrigado a restituí-los, nem a indenizar o seu valor.

X — PODER CAUTELAR GERAL

O Código de Processo Civil divide os procedimentos cautelares em *específicos* e *inespecíficos*.

São procedimentos cautelares específicos: o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, a justificação, os protestos, notificações e interpelações, a homologação de penhor legal, a posse em nome do nascituro, o atentado, bem como o protesto e a apreensão de títulos.

A esses procedimentos cautelares específicos aplicam-se as *disposições gerais* (art. 812).

São também procedimentos cautelares específicos as *outras medidas provisionais* (art. 888), às quais não se aplicam as disposições gerais (argumento do art. 889), salvo se couber.

Além dos procedimentos cautelares específicos, o juiz pode 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 (art. 798), caso em que pode autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (art. 799).

Assim, se empresa de energia elétrica faz passar perto de uma janela de sobrado, ao alcance da mão ou de instrumento pouco longo, um condutor de alta tensão, o juiz pode vedar a ligação da corrente, enquanto a causa não se decide (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, *Medidas Preventivas*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1958, pág. 23).

Pode o juiz proibir a realização de espetáculo ou representação.

“A vedação à prática de determinados atos é medida de alcance incalculável, que pode tolher todos os atos contra direito e que, bem aplicada, virá resolver o problema cautelar para as mutações das situações jurídicas, dentro dos limites impostos pela nossa legislação.” (VILLAR, Willard de Castro, *Medidas Cautelares*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1971, pág. 78.)

Alcance não menor tem a autorização.

O juiz pode determinar o seqüestro, nomear depositário o autor e autorizá-lo a usar o bem seqüestrado.

Pode o juiz, enquanto não se decide sobre os frutos pendentes, autorizar que o adquirente da fazenda os colha, se lhe foi entregue, ou que os colha o alienante, se se recusou a entregá-los, ou, em circunstâncias especialíssimas, que, ali, os colha o alienante, ou, aqui, o adquirente (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, t. 8.^o, pág. 390).

Pode o juiz nomear administrador provisório para pessoa jurídica acéfala e, em casos de extrema gravidade, pode mesmo suspender administrador do exercício de suas funções, porque não é taxativa a enumeração dos arts. 798 e 799, tanto que, no art. 1.197, é prevista outra medida cautelar, não contida nessa enumeração: a nomeação de tutor ou curador interino substituto.

A Lei não tolera as gargalhadas do vencido, competindo ao juiz prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (art. 125, III). Se uma das partes pratica ou tenta praticar atos capazes de tornar inútil e risível a vitória da outra, impõe-se a concessão da medida cautelar adequada.

Como pode o juiz cruzar as mãos nas hipóteses que a Lei não previu expressamente, se tem o dever legal de até mesmo suprir as lacunas da Lei?

Sem dúvida, há de ser prudente o juiz, rigoroso na apreciação da probabilidade da existência do direito ameaçado e do perigo da ineficácia prática da sentença definitiva; há de sopesar os danos que a concessão da medida poderá causar com os danos que poderão resultar de sua denegação; poderá exigir caução; mas não deve rejeitar o pedido sob o fundamento de que o legislador não previu a medida solicitada: adequar a Lei ao caso concreto é função do juiz também quando se trata de pretensão à segurança.

XI — CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Se é que a doutrina processual civil já conseguiu caracterizar perfeitamente as medidas cautelares, distinguindo-as das demais, os resultados porventura alcançados não se refletiram no Código de Processo Civil, porque a enumeração legal das medidas cautelares não obedece a um critério científico. Para tanto, seria necessário que o Livro Terceiro do Código enfeixasse *todas* as medidas cautelares e, principalmente, *só* medidas cautelares, o que de forma alguma acontece.

Sob o nome de medidas cautelares, o legislador enfeixa coisas tão díspares como o seqüestro e a produção antecipada de provas. E é patente que a liminar nas ações possessórias (art. 928, que ele não inclui entre as medidas cautelares, aproxima-se muito mais do seqüestro do que a produção antecipada de provas. Há mais elementos comuns entre a liminar em ação de nunciação de obra nova (art. 937) e os alimentos provisionais, do que entre estes e a justificação.

Dentre as medidas cautelares, as mais caracteristicamente cautelares cabem dentro do conceito de *litisregulação*. Algumas nem sequer são cautelares. São medidas que a Lei considera cautelares, para a aplicação, *no que couber*, das normas que regem as medidas cautelares. Outras são atinentes à prova, ou constituem forma de prova. Daí a seguinte classificação:

- a) medidas cautelares litisreguladoras;
- b) medidas submetidas ao regime das cautelares;
- c) medidas cautelares probatórias.

XII — MEDIDAS CAUTELARES LITISREGULADORAS

Muitas meditações tendentes a isolar o “vírus” das medidas cautelares me levaram a concluir: 1.º) que o conceito de *cautela* é demasiadamente amplo e genérico, para que seja útil o tratamento comum de todas as medidas tendentes a acautelar direitos; 2.º) que o lugar próprio das medidas cautelares probatórias é o da prova, e não o das medidas cautelares; e 3.º) que, nas medidas usualmente consideradas como tipicamente cautelares, o que mais importa não é a cautela, mas a *litisregulação*.

Carnelutti viu, nas medidas cautelares, uma regulação provisória da lide (CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uteha, 1944, págs. 243-52). Posteriormente, abandonou essa idéia, por não explicar como e porque a composição provisória da lide poderia ser útil à sua composição definitiva (CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, pág. 356).

O que Carnelutti não viu é que há *sempre* regulação provisória da lide, ainda que ninguém pretenda cautela. A idéia de *litisregulação* aponta para essa realidade de duas faces: quando, para determinado caso, a Lei prevê o seqüestro, há regulação provisória da lide; mas também há regulação provisória da lide, se a Lei nega o seqüestro. A *litisregulação* não existe por ser útil. Existe, porque não poderia deixar de existir: na ação de alimentos, existe *litisregulação*, quer sejam, quer não sejam, devidos os alimentos provisionais. Para que não houvesse *litisregulação*, seria necessário que esses alimentos fossem, ao mesmo tempo, devidos e não devidos.

Sobre o conceito de *litisregulação* escrevi um artigo, publicado na *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande*

do Sul (RCGERS, Porto Alegre, 1972, vol. 3.^o, págs. 55-69). Tento, aqui, tornar mais claro o pensamento.

Ao juiz incumbe aplicar a norma jurídica de direito material que incidiu, pois o processo não é senão um instrumento de realização do direito material. Com a aplicação do direito material, extingue-se o processo; a viagem acaba, quando se chega ao destino. A incidência foi no passado. A aplicação será no futuro. No presente, o que se tem é o processo, a carregar em seu bojo a lide.

Dos dois sujeitos, um que exige e outro que resiste, apenas um tem razão, porque o direito material não admite atos contraditórios, pois quer a paz e não a guerra. O juiz, todavia, que deve julgar a lide segundo o direito material, ignora quem tem razão. Se soubesse, poderia ser testemunha, mas não juiz. Representa-se a Justiça com uma venda nos olhos, porque só aquele que não viu é que pode julgar.

A mesma ordem jurídica, que veda a defesa privada é entrega ao juiz o poder de julgar as lides, também estabelece a proibição de inovar e outorga ao juiz o poder de regular as lides pendentes.

A proibição de inovar está contida, em última análise, na vedação da defesa privada. Da mesma forma, o poder de dizer como deve ficar a lide, enquanto o julgamento não sobrevém, está contido, de certa forma, no poder de julgar a lide.

Assim, não se poderia, de forma alguma, negar o caráter jurisdicional aos atos pelos quais o juiz regula a lide enquanto lide. A diferença, porém, é que ao regular a lide pendente, o juiz não aplica o direito material, já que ignora a sua incidência. Esse direito, que o juiz aplica para servir ao processo, enquanto pende o processo, não poderia senão ser processual.

Há todo um conjunto de normas processuais que regulam, enquanto *sub judice*, as mesmas relações já reguladas pelo direito material. A esse conjunto de normas é que denomino de *litisregulação*.

A norma *litisreguladora* se superpõe à norma de direito

material que acaso incida sobre a mesma relação, suspendendo-lhe temporariamente a eficácia. Como norma jurídica que é, supõe a existência de uma relação interpessoal que, por sofrer a incidência de norma jurídica, constitui uma relação jurídica em sentido amplo. Também implica na existência de relação jurídica num sentido mais restrito, isto é, na existência de uma relação interpessoal, qualificada pelo fato de o Direito atribuir a uma delas (sujeito ativo) algum poder jurídico a que corresponde a sujeição jurídica da outra (sujeito passivo).

A norma litisreguladora geral é a que estabelece a *proibição de inovar*. *Atentado* é o ato ilícito que contravém à proibição. Constitui atentado o ato praticado por uma das partes, na pendência da lide, que importe em violação da proibição de inovar.

A ação de atentado visa a reposição no estado anterior (Cód. Proc. Civ., art. 881).

A proibição de inovar decorre da litigiosidade da coisa, estabelecida pela citação válida (art. 219). Por *coisa litigiosa* não se entenda apenas bem material; é qualquer objeto de direito sobre o qual se litigue. “Não há atentado antes da citação, porque, sem ela, não há pendência da lide. Pode haver atentado depois da conclusão do feito, desde que antes do trânsito em julgado da sentença; se foi ordenado, noutro processo de medida preventiva, o seqüestro da coisa, ou o arresto, ou outra medida, esse processo basta para que se componha a figura da coisa litigiosa; o dever de não inovar é processual.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, t. 8.^o, pág. 377; t. 9.^o, págs. 105 e 107.)

A proibição de inovar impede até mesmo a realização de *obras de conservação na coisa litigiosa ou judicialmente apreendida* (art. 888, I). Entretanto, o juiz tem o poder de autorizá-las, ou mesmo de determinar a sua realização, porque lhe incumbe regular a lide, a fim de que a demora do processo não agrave os danos.

Se a lide decorre do fato de que uma das partes pretende

impedir que a outra faça alguma coisa, somente a sentença pode tornar efetiva a proibição. Aquele que resiste conserva a sua liberdade, no curso do processo. Pode praticar os atos que o pretensor quer impedir, porque o estado de fato que o processo encontrou foi o da liberdade.

Todavia, tal não acontece na *nunciação de obra nova*, ação que é especial exatamente em virtude da necessidade que o legislador sentiu de regular diferentemente a lide, admitindo que o juiz conceda o embargo liminarmente, ou após justificação prévia (art. 937). A infração ao mandado judicial importa, então, em atentado (art. 879).

O réu também conserva a sua liberdade, no curso do processo, se a lide decorre do fato de pretender o autor que ele faça alguma coisa. Entretanto, pode o juiz determinar a imediata *interdição*, ou mesmo a *demolição de prédio*, para resguardar a saúde, a segurança, ou outro interesse público (art. 888, VIII). A interdição é provisória, porque eficaz apenas enquanto pender o processo para decidir se o réu tem ou não a obrigação de demolir. A demolição é medida definitiva. Em um e outro caso, porém, o juiz, fundado em norma processual, ordena que o réu pratique ato, ainda que possa ocorrer que o direito material lhe assegure o direito de não fazer.

A maioria das pretensões visam à prestação de quantia em dinheiro, *líquida* ~~ou~~ *ilíquida*; de coisa certa ou em espécie, móvel ou imóvel; ou mesmo de pessoa, como, por exemplo, a pretensão dos pais que reclamam o filho de quem ilegalmente o detenha (Cód. Civ., art. 384).

Também há pretensões que visam à prestação de declaração de vontade e, até mesmo, a decretação de inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo federal ou estadual (Emenda Constitucional n.º 1, art. 119, I, 1).

A litisregulação responde principalmente às seguintes indagações:

- a) Enquanto se ignora se o réu deve o dinheiro, a coisa ou a pessoa exigida pelo autor, deve o objeto da pres-

tação permanecer com o réu, ser entregue ao demandante ou ficar em poder do Estado?

- b) Enquanto se ignora se foram ou não satisfeitos os pressupostos de criação, modificação ou extinção de relação jurídica (ou de eficácia de norma jurídica) como deve ela ser havida?
- c) Pode omitir-se o réu, enquanto se ignora se ele deve o ato exigido pelo demandante? Pode o réu praticar o ato cuja abstenção é exigida pelo autor, enquanto se ignora quem tem razão?

A regra geral, ~~ainda que não expressa em texto de lei~~, é que o mundo fático somente deve sofrer alteração, em decorrência de processo, após o trânsito em julgado da sentença nele proferida. Sua aplicação não apresenta dificuldades, porque independe de qualquer ato, resultando simplesmente da inércia.

As demais hipóteses são excepcionais. Por isso mesmo, exigem norma expressa (ainda que geral). Também exigem ato: ou do próprio demandante (justiça de mão própria); ou do detentor ou possuidor do objeto da prestação, que o pratique atendendo a um ônus processual, ou a dever imposto por sentença; ou do juiz (sentença executiva *lato sensu*).

Litisregulação por ato do demandante ocorre, por exemplo, quando o credor, ao qual a Lei defere pretensão à constituição de penhor (Cód. Civ., art. 776), havendo perigo na demora, faz efetivo o penhor, antes de recorrer à autoridade judiciária (Cód. Civ., art. 779). A constituição do penhor depende de ato judicial (sentença constitutiva, com eficácia *extunc*) e, embora se ignore se procede ou não a pretensão, permite a Lei que o credor se apossa da coisa. O Código de Processo Civil concebe a *homologação de penhor legal* como medida cautelar (Cód. Proc. Civ., art. 874), provavelmente preparatória, donde a consequência: desconstitui-se o penhor, não sendo proposta a ação principal no prazo de trinta dias (art. 808, I).

As vezes, o próprio demandado entrega o objeto da pres-

tação ao Estado, ou mesmo ao demandante, atendendo a dever, ou a ônus, decorrente de norma processual litisreguladora.

É o que ocorre, por exemplo, quando o réu paga alimentos provisionais. A ação de alimentos provisionais (arts. 852/854) tem nítido caráter litisregulador, porque visa obter uma condenação eficaz apenas durante o período em que se ignora o *quantum* dos alimentos devidos ou mesmo a existência da obrigação de prestá-los.

É o que também ocorre quando o réu deposita o título ou seu valor, na ação de apreensão de título. Em princípio, essa ação é executiva e não-cautelar. Há pretensão à restituição de título, satisfeita pelo juiz mediante sua busca, apreensão e entrega ao possuidor esbulhado. A prisão é meio coercitivo que atende à necessidade de cooperação do réu. Sua inclusão entre as ações cautelares atende a uma alternativa que configura nítida hipótese de litisregulação: o réu pode obstar à prisão exibindo o título para ser levado a depósito (art. 886, I), bem como com o depósito de seu valor e das despesas feitas. Tal depósito somente cessa quando transita em julgado a sentença na ação declaratória ou de cobrança do título (art. 887).

O exame da ação de caução mostra o quanto é insatisfatória a idéia de cautela para explicar as medidas cautelares. Efetivamente, “certa preventividade, implícita no étimo *caução*, é ineliminável do conceito. Em toda caução, ainda convencional, ela aparece”. Não obstante, existe a “ação de caução não cautelar”! (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, t. 8.^o, págs. 455 e 459.)

Elimina-se essa contradição, que consiste em afirmar que há medidas que acautelam sem serem cautelares, com a observação de que toda caução é cautelar, mas nem toda caução é litisreguladora.

A observação é necessária, porque o procedimento da ação de caução é o mesmo, num e noutro caso, mas os efeitos jurídicos não são idênticos. Suponha-se que um contrato contenha cláusula de prestação de caução. Aquele que é obrigado a dar

caução pode requerer a citação da pessoa a favor de quem tiver de ser prestada (art. 829), a fim de que aceite a caução (art. 831), ou conteste o pedido. Constituída a caução, sua eficácia não cessa por não se propor a ação principal, no prazo de trinta dias (art. 808, I), pela simples razão de que não há ação principal a ser proposta. A situação é bastante diferente, por exemplo, da caução prestada para obstar à execução de arresto (art. 819, II).

Quando alguém presta caução para garantir a exeqüibilidade de eventual condenação, há litisregulação por ato do demandado, que é autor, na ação de caução (art. 829).

Também há litisregulação, mas por ato do demandante, no *depósito preparatório de ação*, que é regido pelo art. 829 do Código de Processo Civil, pois é modalidade de *caução*.

A ação para exigir caução (art. 830) é ação cominatória, eventualmente cautelar, como na hipótese de se exigir a prestação de caução, sob pena de seqüestro. Mais comumente, porém, tratar-se-á de medida meramente submetida ao regime das cautelares, cujas regras se lhe aplicarão apenas no que couber, por se tratar de ação autônoma.

Também pode ocorrer que, em obediência à norma litisreguladora, o juiz se aposse do objeto da prestação, através de ato do oficial de justiça, seja para entregá-lo a depositário (posse indireta do Estado), seja para entregá-lo ao demandante.

O apossamento, pelo juiz, nem sempre importa em se tirar fisicamente a coisa das mãos do demandado, que pode permanecer como possuidor direto, a título de depósito. O que sempre ocorre é que se restringe a posse do demandado.

Sempre que há restrição à posse, eficaz enquanto existe litispêndência, há litisregulação.

O ato pelo qual o juiz restringe a posse do demandado para, posteriormente, no mesmo processo, satisfazer a pretensão do demandante, em lugar do demandado, é dito executivo. É cautelar quando constitui objeto específico de processo cautelar, sem que se possa negar a natureza executiva do ato. (PONTES DE MIRANDA considera-o *mandamental*, porque restringe o con-

ceito de execução. O ato de restrição da posse é executivo apenas quando tem por fito a satisfação, e não mero acautelamento.)

Quando é dinheiro o objeto da prestação do demandado, o ato pelo qual o juiz lhe restringe a posse de tantos bens quantos necessários para o pagamento chama-se *penhora*, se executivo (art. 659) e *arresto*, se cautelar (art. 813).

Quando é coisa certa o objeto da prestação, a *imissão na posse*, tratando-se de coisa imóvel, e a *busca e apreensão*, tratando-se de coisa móvel, são atos executivos (art. 625). A medida cautelar correspondente é o *seqüestro*.

A medida cautelar denominada *busca e apreensão* (art. 839) é modalidade de seqüestro.

Modalidade de seqüestro é também, agora, o *arrolamento cautelar de bens* (art. 855), pois que se nomeia depositário (art. 858). É seqüestro de uma universalidade de bens.

O processo civil tem se preocupado predominantemente com os bens, esquecido de que as pessoas são mais importantes do que as coisas. Daí a marcada insuficiência, no Código de Processo Civil, das normas atinentes às relações regidas pelo Direito de Família. Há uma secção para o seqüestro; a posse provisória dos filhos mereceu apenas um inciso de um artigo. Há uma secção para o arresto; o direito de visita está regulado na parte final de um inciso. Trata-se a busca e apreensão de pessoa da mesma forma que a busca e apreensão de coisa. Os alimentos provisionais, sim, estão regulados em secção própria, porque, enfim, é de dinheiro que aí se trata. Reflete-se, assim, no Código de Processo Civil, a escala de valores de nossa civilização.

A litisregulação de pessoas, que se contrapõe à litisregulação de bens, compreende: o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, VI), os provimentos judiciais referentes à posse provisória dos filhos (art. 888, III), à sua guarda e educação, e ao exercício do direito de visita (art. 888, VII); o depósito de incapazes (art. 888, V) e a busca e apreensão de pessoas (art. 839).

O casamento obriga ao *debitum conjugale*, à comunidade

de residência, à assistência de um cônjuge ao outro e, à guarda e educação dos filhos. Se uma das partes vai propor, ou já propôs, ação de desquite, de nulidade ou anulação de casamento, ou declaratória de sua inexistência, surge o problema de se determinar em que pé ficam essas relações, enquanto o juiz não julga (litisregulação). Pode, então, o juiz impor a um dos cônjuges o afastamento temporário da morada do casal (art. 888, VI), dispor sobre a posse provisória dos filhos (art. 888, III), ou sobre sua guarda e educação, bem como regular o exercício do direito de visita (art. 888, VII). A respeito da assistência interconjugal durante a separação dispõe a sentença que fixa os alimentos provisionais.

Se o juiz defere provisoriamente a guarda de incapaz a quem não é nem pai, nem mãe, nem tutor ou curador, compõe-se a figura do depósito de incapaz (art. 888, V). A ação principal é, geralmente, a de destituição do pátrio poder ou a de remoção de tutor ou curador.

A busca e apreensão de incapaz pode constituir ato de execução de decisão cautelar ou definitiva. Assim, por exemplo, se o juiz defere a um dos cônjuges a posse provisória dos filhos ou decide entregá-los a terceiro, em caráter definitivo, executa-se a decisão mediante mandado de busca e apreensão, que constitui, então, ato de execução, *lato sensu*, inconfundível com a medida cautelar de busca e apreensão.

Pode também ocorrer que se proponha ação para obter em definitivo a posse de incapaz (ação de busca e apreensão) sem caráter cautelar. Tem-se, então, o que Pontes de Miranda chama de ação de vindicação, que não se identifica com a de reivindicação, porque incapazes são pessoas e não coisas. Ação de vindicação, sem ser ação de reivindicação, para a qual é legitimado ativamente só quem alega e prova ser o titular do pátrio poder, ou o tutor, ou o curador, ou quem tem a guarda de incapaz. (V. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, t. 8.^o, pág. 356.) Trata-se, aí, de medida meramente submetida ao regime das cautelares. Suponha-se, por exemplo, que alguém, à força, ou furtivamente, subtraia

dos pais ou do tutor o filho ou tutelado. Seria demasia exigir a propositura de duas ações: a cautelar, para reavê-lo incontinenti, e a principal, para que o juiz decidisse definitivamente sobre a guarda do incapaz. Tal não é necessário, porque nas medidas submetidas ao regime das cautelares há o aproveitamento do rito sumário das medidas cautelares para a obtenção de fins não cautelares, o que exclui a incidência das normas que supõem litisregulação.

Havendo lide de não casados pela posse dos filhos comuns, bem como de casados e separados de fato que não queiram desconstituir a sociedade conjugal, o interessado em obter a posse do incapaz tem de propor ação ordinária, para que o juiz disponha definitivamente a respeito. Mas, para obter *imediatamente* a posse, tem de propor, preparatória ou incidentemente, a ação cautelar de busca e apreensão, medida tipicamente litisreguladora. Aí, é a proteção da pessoa do incapaz que afasta a cega aplicação de algumas normas processuais. Assim, por exemplo, se o juiz concedeu a busca e apreensão, porque provado que o menor correria risco de vida em mãos da parte contrária, o simples decurso do prazo de trinta dias (art. 808, I) não é razão bastante para que se tenha por ineficaz a medida.

XIII — MEDIDAS SUBMETIDAS AO REGIME DAS CAUTELARES

Tais medidas não são cautelares, embora tenham por fundamento o perigo de dano. São medidas que o Código de Processo Civil submete ao regime das cautelares, principalmente para o aproveitamento do rito sumário das medidas cautelares. Tal submissão é necessariamente parcial, porque sua natureza exclui a incidência de certas normas que regem as medidas cautelares, notadamente as que limitam sua eficácia ao período de litispendência (art. 808, I e II). Na verdade, as medidas cautelares propriamente ditas são litisreguladoras e é por isso que têm sua duração limitada ao período de tempo que vai da emanção do ato cautelar ao definitivo.

As medidas cautelares, diz Calamandrei, não são apenas temporárias. São provisórias. Temporário é simplesmente aquilo que não dura sempre. Provisório é aquilo que se destina a durar até que sobrevenha um evento posterior, em vista e à espera do qual permanece, entretanto, o estado de provisoriedade. Das medidas cautelares se diz que são provisórias, porque seus efeitos jurídicos não são meramente temporários, mas têm sua duração limitada àquele período de tempo que vai da emanção do ato cautelar ao definitivo.

Nem basta a provisoriedade para distinguir as medidas cautelares, porque nem tudo o que é provisório é cautelar.

De outro lado, continua Calamandrei, é preciso não confundir tutela preventiva com tutela cautelar. Em certos casos, o Direito admite que se possa invocar a tutela jurisdicional antes da lesão de um direito subjetivo, pelo só fato de que a lesão se anuncie próxima e provável. Fala-se, então, em tutela preventiva, em oposição à tutela repressiva. Aqui, porém, nos

encontramos diante de casos de tutela ordinária, com efeitos definitivos.

Tutela cautelar há somente quando, através de uma medida judicial, se afasta o *periculum in mora*, isto é, não o genérico perigo de dano que, em certos casos, se pode obviar com a tutela ordinária (preventiva), mas o perigo daquele ulterior dano marginal que poderia derivar da demora do procedimento ordinário, da medida definitiva. É a demora desta que se procura tornar inócua com uma medida cautelar que lhes antecipe provisoriamente os efeitos.

Nisto, pois, está a essência das medidas cautelares: antecipação provisória de certos efeitos da medida definitiva (principal), com o fim de prevenir o dano que poderia decorrer da demora da mesma. (Cf. CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.)

→ Não são, portanto, cautelares, ainda que submetidas (parcialmente) ao regime das cautelares, aquelas medidas que não têm sua eficácia condicionada resolutivamente ao advento de outra medida.

Assim, por exemplo, as cauções constituídas para assegurar o cumprimento de contrato, cuja eficácia permanece até a extinção do contrato, e não até que cesse a litispendência.

Assim também a busca e apreensão de menor obtida pelo pai contra o raptor, já que seria absurdo exigir-se, no caso, a propositura de outra ação, principal.

Também entram nessa categoria a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II), o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (art. 888, IV), e a posse em nome do nascituro (art. 877).

O cônjuge e os filhos têm direito à posse dos bens de uso pessoal, qualquer que seja o resultado da ação principal. A medida é, pois, definitiva.

A eficácia da sentença que determina o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos

pais permanece até a realização da cerimônia nupcial. Não está condicionada resolutivamente ao advento de outra sentença.

A posse em nome do nascituro cessa com o nascimento. A incerteza é quanto ao nascimento com vida, e não quanto ao conteúdo de outra sentença. A tutela é preventiva e provisória, mas não há ação principal a ser proposta, porque não há litisregulação.

Ao contrário, a demolição de prédio é litisreguladora, pelo menos quando determinada liminarmente, porque se procede à demolição, enquanto se ignora se procede ou não a pretensão do autor à demolição. Julgada improcedente a ação, o autor deverá reconstruir ou indenizar.

XIV — MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS

O lugar próprio dessas medidas é o da prova, motivo por que me limitarei, aqui, a fazer algumas ligeiras observações.

Das medidas probatórias, umas são atinentes à prova, a saber: a exibição de coisa (Cód. Proc. Civ., art. 844), a produção antecipada de provas (art. 846) e a justificação (art. 861).

Outras são forma de prova, a saber: os protestos, notificações e interpelações (art. 867) e o protesto de títulos (art. 882).

A colocação dessas medidas entre as cautelares provoca problemas que só encontram solução com o afastamento da incidência de normas contidas nas *disposições gerais* das medidas cautelares, notadamente a do art. 808.

Parece evidente, por exemplo, que a eficácia do protesto interruptivo da prescrição não cessa, por não se propor a ação de cobrança no prazo de trinta dias. Também parece evidente que a prova constituída antecipadamente não se desconstitui por não se propor a ação principal no prazo de trinta dias. Efeito da interpelação é constituir o devedor em mora e parece evidente que a mora não desaparece pelo fato de não ser proposta a ação principal no prazo de trinta dias. Também parece evidente que a denúncia de contrato comunicada à parte contrária por notificação judicial não deixa de produzir seu efeito extintivo, por não se propor a ação principal, no prazo de trinta dias. Tampouco se pode afirmar que perde o direito de regresso, por não propor a ação principal no prazo de trinta dias, o credor que tempestivamente protestou o título.

Na verdade, não se pode regular adequadamente um conjunto heterogêneo de institutos, tais como os que são atualmente englobados sob a denominação comum de medidas cautelares, motivo por que concluo o presente trabalho com a afirmação de que a idéia de cautela deve ser substituída pela de litisregulação, o que importará na colocação das medidas cautelares probatórias no seu devido lugar, que é o da prova.