

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às *medidas cautelares*, em termos gerais, e às *medidas liminares*, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar – desde que promovida de forma maliciosa ou por erro grosseiro pela parte vindicante – nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

“A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa (A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar) – CPC de 1939, art. 688, parágrafo único” (J. CRETELLA JR., in *Comentários às Leis do Mandado de Segurança*, art. 7º, II e III, p. 193).

Nesses casos – ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto –, nem mesmo a chamada *caução em garantia* ou *contracautela*, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o art. 804 do CPC/73 (e exigida ou não ao sabor do prudente arbítrio do juiz), pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não-produção do *periculum in mora inverso*.

“A contracautela não é *conditio sine qua non* do deferimento da medida liminar e sim providência destinada a evitar o *periculum in mora* resultante da

concessão imediata da providência cautelar. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão (...)" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, in *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1976, vol. 4, p. 370).

É evidente, entretanto, que, em certas situações, a *caução*, ou *contracautela* exigida pelo julgador, perfaz-se em providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a plena viabilidade do mesmo, no sentido da efetividade final do *decisum* meritório objetivado; como também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o equilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

(Conforme salienta GALENO LACERDA (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Das Disposições Gerais - Art. 804, Rio de Janeiro, Forense, pp. 345-346), *caução constitui meio genérico de garantia*. O Código usa a expressão "*caução real ou fidejussória*", já empregada pelo Código Civil nos arts. 419 e 729, para abranger as duas espécies destacadas pela doutrina. Como exemplos de *caução real*, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos arts. 789 e segs. do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também *cauções reais* os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As *cauções fidejussórias* possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza.

Qualquer destas modalidades serve à *contracautela*, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT 500/112 e 114.)

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de "regra geral" que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada.

(É oportuno registrar o fato de que o *condicionamento compulsório da liminar à caução prévia* existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC federal).

Também, vale frisar que, embora o Código de 1939 não cogitasse da caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente, como condição de deferimento liminar da medida inominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16.5.73, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos” (RT 456/122.).

“Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que o art. 804 do CPC *encerra norma meramente facultativa e não imperativa*” (Ac. unân. 5.564 da 1ª Câm. do TJPR, de 10.3.87, no Agr. 517/86, rel. Des. **Oto Luiz Sponholz**; *Adcoas*, 1988, nº 116.596)

“Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução é ato que fica a critério do juiz (...)” (Ac. unân. da 1ª Câm. Do TJSC, de 8.11.88, no agr. 4.727, rel. Des. **Protásio Leal**; *Jurisp. Cat.* 62/204).

“(…) O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão pertence exclusivamente à discricção do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma a exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbítrio do magistrado, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador.(…)”

Desde que conscientizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa ao direito da parte contrária” (do voto do juiz **Ney Paolinelli**, rel. do ac. unân. da 3ª Câm. do TAMG, de 25.11.86, no Agr. 5.002; *RJTAMG* 29/73)

“A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como *contracautela eventual*, representa *mera faculdade atribuída ao julgador*, a quem se reserva, no exame de cada caso concreto, prudência e discricção na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos – art. 811, do CPC – não implica, necessariamente, no dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes” (Ac. unân. da 4ª Câm. do 1º TACivSP, de 28.5.86, no agr. 357/84, rel. juiz **José Bedran**; JTACivSP 99/16)

É importante registrar, no entanto, que uma parcela minoritária da doutrina, e especialmente da jurisprudência, tem entendido de forma diversa, no sentido da absoluta vinculação do magistrado ao deferimento automático da medida liminar pretendida quando efetivado ou mesmo simplesmente requerido o depósito integral do *quantum* em discussão. *Algumas decisões judiciais de 2ª instância chegaram até mesmo a admitir que o depósito do valor de um eventual tributo, objeto de possível discussão judicial, é um direito efetivo do autor que, inclusive, independe de medida cautelar.*

“O ato judicial que nega o depósito preparatório, para discussão do débito, além de violar o disposto no art. 151, II, do CTN, submete a parte ao risco da execução fiscal que ela pretende evitar.

Não havendo prejuízo para o Fisco com o depósito da importância, que afinal lhe será entregue, devidamente corrigido, caso vença a demanda, impõe-se a concessão da segurança para que seja expedida a guia do depósito.” (MS 89.02.13214-5/ RJ - rel. Des. Fed. **Clério Erthal**).

Não podemos deixar de registrar, por outro lado, que há entre nós aqueles que simplesmente defendem a doutrina segundo a qual – presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que ausentes os demais pressupostos da relevância do fundamento do pedido e da não-produção do denominado *periculum in mora inverso* e, até mesmo, do requisito previsto no art. 804 do CPC (no caso de ação cautelar) – não poderá o magistrado exigir qualquer tipo de caução, por tal prática poder vir a neutralizar o objeto da cautela, considerando que “somente aqueles que tivessem situação econômica e financeira estável poderiam obstar o risco, objeto último da tutela cautelar”, além de genericamente alegarem que “o depósito de valores (para efeitos de caução), por não possuir expressa previsão legal, desvirtuaria o próprio espírito da lei

relativa às medidas liminares e demais providências de natureza cautelar” (cf. a respeito CELSO AGRÍCOLA BARBI, 1987, pp. 214-215; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO *et al.*, in *Curso de Mandado de Segurança*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 110).

Entendemos, *data maxima venia*, que os autores que sustentam este ponto de vista (posição minoritária na doutrina e na jurisprudência) cometem o erro de entender, de forma restritiva, o conceito amplo de **cautela**. Como já afirmamos – amparados na doutrina de GALENO LACERDA – “caução constitui meio genérico de garantia” que, por esta razão, transcende ao aspecto puramente financeiro. Por outro lado, em sendo genérico, também permite a modalidade de depósito do *quantum* em discussão até o julgamento do mérito como é, inclusive, uma praxe na Justiça Federal.

Características das providências cautelares. 2. Requisitos e efeitos das medidas cautelares. 3. As medidas cautelares típicas previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante. 4. Da possibilidade de efeitos de medidas cautelares em favor do processo penal. 5. Do ônus da prova. 6. Cláusula de poder geral de cautela. 7. Da nulidade das providências cautelares.

3. Eficácia do processo cautelar

Das circunstâncias ainda esclarecidas nos dois artigos, a essência de *cautela* na atuação de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito individual ou coletivo não considerado, é de que a cautela processual é aquela que ela pode sofrer, ou seja, medidas aplicadas ao processo civil e criminal, por ocasião do processo penal.

Fundar na eficácia do processo significa dizer que quanto à prestação jurisdicional definitiva, considerar, aqui, também, que tal prestação se encontra plenamente assegurada ao titular do direito, por meio de que se assegure ao Estado, há segurança jurídica, todos os resultados de prestação jurisdicional, desde que posto a certeza de que a situação será, por consequência, a mesma de que vive de forma unitária.

Para tanto, o rito do processo civil e criminal, bem como o rito do processo penal, devem proporcionar, desde o início, a quem tem um direito individual ou coletivo não considerado, a prestação jurisdicional definitiva, por meio de que se assegure ao Estado, há segurança jurídica, todos os resultados de prestação jurisdicional, desde que posto a certeza de que a situação será, por consequência, a mesma de que vive de forma unitária.

(*) REIS FRIEDE, Mestre e Doutor em Direito, é Magistrado Federal e ex-Membro do Ministério Público e autor da obra *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica*, 5ª ed., Ed. Forense Universitária, RJ (810 ps.)