

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCESSO CAUTELAR E SUA DISCIPLINA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 *

HAMILTON DE MORAES E BARROS

Inicialmente, queremos dizer que o Processo Cautelar, tal qual o Despacho Saneador, continua sendo um desconhecido no processo brasileiro e, diversamente do saneador, de existência forçosa, eis que ato obrigatório do procedimento ordinário, o processo cautelar é até desprezado, pois que não tem merecido maiores atenções nem do legislador, nem da doutrina, nem da advocacia militante ou da preventiva, nem, ainda, do Ministério Público e dos juízes.

O que é certo, como se sabe e como tentaremos salientar nestas breves observações sobre o Processo Cautelar, é que ele constitui poderoso instrumento das pessoas, para assegurar a realização efetiva dos seus direitos subjetivos e do Poder Judiciário, para a defesa e a afirmação da ordem jurídica.

A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA NORMATIVA

O Processo Cautelar se impõe como necessidade e se agiganta em préstimos, quando se considera o problema da insuficiência da tutela normativa.

Não basta que o legislador crie normas definindo e disciplinando as relações jurídicas entre as pessoas. Por mais claras, precisas, enérgicas ou indubitáveis que sejam, isso não é suficiente para a tranqüilidade das pessoas, a segurança dos juízos e a paz social.

A tutela normativa se exprime não somente no preceito primário, que impõe a regra de conduta às pessoas, que lhes cria as faculdades, que lhes

(*) Conferência proferida pelo autor, encerrando a série de estudos do C.P.C. de 1973, promovida pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização.

placita as pretensões e as obriga às prestações, como também no preceito secundário, que contém uma ameaça de sanção.

Tudo isso de nada valeria, poderia transformar-se em preciosa inutilidade, se, ao lado da tutela normativa, a seu serviço, não se collocasse a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos e dos direitos individuais, meio não só de serem reconhecidos e proclamados os direitos que se contém no preceito primário, como também, e sobretudo, a aplicação da sanção constante do preceito secundário, se houvera uma especial, ou a sanção genérica do seu reconhecimento e de sua efetivação pela força do Estado.

A ordem jurídica valoriza a interpretação e a decisão judiciais como um pronunciamento de caráter categórico e exclusivo.

Assim, ao lado da tutela normativa, para dar-lhe vida e torná-la efetiva e atuante, quando houver negações, está a tutela jurisdicional e esta, para ser perfeita como se quer, imagina e reclama a existência e a atuação da tutela cautelar.

O TEMPO E O PROCESSO

O ideal de justiça viria a ser a imediata punição do faltoso como também a pronta realização do direito, se negado ou violado.

Isso, é por demais sabido, não é de conseguir-se no plano das realizações e instituições humanas.

Precisa de tempo o titular do direito negado, ameaçado, ou já violado, para demonstrá-lo, pois que tem de, inicialmente, optar entre as várias faculdades que a norma lhe possa oferecer, ou seja, escolher um dos caminhos a percorrer, elegendo, uma, entre as várias ações, no sentido material, de que disponha.

O tempo é, ainda, necessário, para encontrar o advogado e acertar, com ele, a conduta a seguir. Há que coligir a documentação que instruirá a inicial.

De outro lado, tem o réu de ser citado, dispondo, por igual, de tempo para preparar a sua defesa. Podem ocorrer incidentes processuais, com gastos de tempo, dilatando a chegada da decisão. Virá a seguir a colheita da prova técnica. Seguir-se-ão os atos que compõem o devido procedimento até que se chegue ao momento apoteótico da sentença do mérito.

Vem aí a fase dos recursos. Depois dela é que terá lugar a execução, considere-se essa simples fase mereça as galas de ação autônoma.

Entretanto, enquanto dura o processo, variados eventos podem acontecer às pessoas que com ele se ligam ou às coisas sobre que versa. Podem ser alienadas, oneradas, desviadas, ocultadas, danificadas, destruídas ou simplesmente perecer.

E quando chegasse a hora de percutir o processo o mundo exterior, de saltar a decisão do bojo dos autos para se fazer lá fora ato de efetivação, de realização, talvez já não mais houvesse como e onde exercer-se o que o julgado acertou e determinou.

A LIMINAR E A CAUTELA

Para obviar a isso, isto é, aos males que o tempo traz ao processo, dois grandes institutos existem, mercedores ambos de nossa estima e de nossa confiança e esperança: a liminar e a cautela, temas sobre os quais devem debruçar-se os processualistas da minha geração e da que nos segue.

Em monografia com que concorreremos à cátedra de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, versando o tema "Das Liminares do Mandado de Segurança", procuramos dizer, *quantum satis*, da natureza jurídica das liminares, apartando-a da cautela, eis que, no nosso entender, é diversa a essência de ambas.

Para nós — e essa era a tese de então e de agora — a liminar é a entrega provisória e antecipada do pedido, já é decisão satisfativa do direito, embora precária. Conjura os perigos da demora, porém se assenta na mesma fundamentação que irá embasar a sentença definitiva. Não é possível a liminar concedida a quem evidentemente não tenha o direito de base.

As medidas cautelares, exceção dos chamados alimentos provisionais, que já são uma antecipação da sentença, num juízo como que de libação, essas, também chamadas de preventivas, não antecipam nada, são como que neutras quanto ao acolhimento do pedido, muito embora visem a resguardar as pessoas e coisas do processo e a assegurar o êxito da futura execução.

Em rápido e, talvez, imperfeito paralelo, podemos dizer que a liminar antecipa a entrega do pedido, enquanto que a cautela, resguardando as pessoas e coisas do processo, busca assegurar o resultado útil da ação.

Enquanto a liminar já é satisfativa do direito, a cautela cuida de assegurar a sua futura efetivação, procura que o processo não se desenvolva em vão, já que os atentados às partes e às coisas podem frustrar a execução, na integração dos patrimônios materiais ou morais.

DO PROCESSO CAUTELAR E DA AÇÃO CAUTELAR

A primeira afirmação que se pode fazer, é a de que não se pode considerar o direito de cautela como um acessório do direito acautelado, mesmo porque ainda não se sabe se o direito acautelado existe. Vale o símile com o direito de ação. Tem o autor o direito de propô-la, ainda que não tenha o direito material que reclama.

O direito à cautela é um direito contemporâneo da ação principal já proposta, ou anterior a ela, mas que atua mesmo antes da certeza do direito acautelado.

É que, como assinala CARNELUTTI, no "Sistema" (vol. I, pág. 234), "ao lado da justiça e da execução, se apresenta a prevenção (dos danos do litígio) como uma terceira finalidade do processo".

Pode-se dizer, também, que é vencedor na doutrina o ensinamento de que na jurisdição se contém a cognição, a execução e a prevenção.

O processo cautelar se exerce pela ação assecuratória, ou cautelar.

Tem ele individualidade inconfundível e irredutível a outras categorias. Tem objeto próprio, que é a ação acautelatória.

Como observou LIEBMAN, em notas às "Instituições" de CHIOVENDA na tradução brasileira de MENÉGALE (vol. I, pág. 385, nota 1), tem ele uma demanda, uma relação processual, um provimento final. É esse provimento final de rejeição ou de acolhimento. É uma verdadeira ação, correspondente à função jurisdicional acautelatória. Visa a garantir o resultado útil do processo principal.

Surge a ação cautelar com uma finalidade exclusiva e essencialmente processual, qual seja a de assegurar a execução futura, evitando os riscos e os inconvenientes do tempo na marcha do processo, pois que visa a destruir todas as possíveis maquinações de quem pretenda frustrar a vitória vislumbrada do titular do direito que a sentença final irá reconhecer, ou seja, visa a assegurar, se houver, o recebimento da prestação que se contém na pretensão e que a sentença acabaria por dar.

Assim sendo, o processo cautelar não tem por fim direto e imediato a satisfação do direito subjetivo. Serve apenas indireta e imediatamente, ao processo principal, preservando situações, garantindo-lhe o resultado útil.

É por isso que se diz que as medidas cautelares não são satisfativas; resguardam apenas pessoas e coisas para a execução.

Ponto rico de conseqüências é a tese hoje vitoriosa da natureza de ação das medidas cautelares.

Se de ação se trata, em obediência ao *ne procedat iudex ex-officio*, não seriam tais providências de iniciativa do juiz.

É óbvio que não pode o juiz dar coisa não demandada, pois que isso viria violar a proibição das decisões *extra petita* e *ultra petita* (art. 128 e 460).

Com isso, entretanto, não se confunde o poder de repressão que tem o juiz no processo e que poderá traduzir-se em providências tanto punitivas quanto preventivas e ordenativas.

Haverá sempre uma zona em que, para evitar a omissão, terá o juiz de prover, parecendo que raia pela oficiosidade.

O PROCESSO CAUTELAR NO C.P.C. DE 1973

Ditas essas palavras introdutórias, numa tentativa de apresentação e de delimitação do tema, vamos ver, na realmente curta duração de uma conferência, como tratou do assunto o C.P.C. de 1973.

A bem da justiça, diga-se agora o que já foi dito aqui e alhures e que merece ser repetido: o Livro III do C.P.C. de 1973 é um dos pontos altos do diploma. Vale pelo sistema, pela razoável riqueza de normas. Não é perfeito, mas já é um avanço, um instrumento válido e eficaz.

Ao lado dos livros consagrados ao Processo de Conhecimento e ao Processo de Execução e aos Procedimentos Especiais, está o dedicado ao Processo Cautelar. Filia-se, assim, o Código de 1973 a uma posição doutrinária conhecida, a autonomia do processo cautelar, ou a da existência da prevenção como um dos objetos da jurisdição.

Tem o Livro III um título único, o das medidas cautelares. Desdobra-se

em dois capítulos, um que cuida das disposições gerais (796 a 812) e outro que trata dos procedimentos cautelares específicos (813 a 889).

O Capítulo II vai desdobrar-se em 14 secções sobre medidas cautelares típicas, ou nominadas, com os seus procedimentos específicos, sendo que a 15.^a secção anuncia, a título exemplificativo, outras medidas cautelares nominadas, que observarão, entretanto, o procedimento cautelar em geral.

Analisemos, inicialmente, o poder cautelar geral de que dispõe o juiz. Além das medidas cautelares típicas, ou nominadas, expressamente disciplinadas no Código, 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. Diria melhor o art. 798 se, ao invés da aditiva *e*, usasse a disjuntiva *ou*. Não é do espírito do Processo Cautelar o cúmulo de requisitos. Tolerar-se a ocorrência de lesão grave, apenas porque é de fácil reparação, é descurar o princípio da economia processual e agravar o litígio.

Além das cautelares nominadas, ou típicas, poderá o juiz utilizar outras, inominadas, ou atípicas, consistentes em práticas ou abstrações, que vão até o depósito de bens, à prestação de cauções e à guarda judicial de pessoas (799).

Noto, com pesar, que, mesmo vindo das alturas de que provém, não é o C.P.C. de 1973 apurado na linguagem nem rigoroso nos conceitos doutrinários.

Sabendo-se que as medidas cautelares podem surgir no curso da causa, como podem anteceder-las, donde uma divisão lógica e prática entre medidas incidentes e medidas antecedentes, chamou o Código, fiel ao anteprojeto, de *preparatórias* a estas medidas que precedem a ação principal. Não nos pareceu feliz o batizado.

Medidas preparatórias são aquelas que, necessariamente, vêm antes de uma ação, condicionando a existência da ação posterior.

O depósito judicial da coisa vendida é providência do vendedor comercial, quando quiser propor ação para demandar o preço da venda com os juros da mora (Cód. Comercial, 204); do mesmo modo, a notificação do inquilino, para desocupar, sob pena de lhe ser proposta a ação do despejo.

Como a ação cautelar antecedente, a medida preparatória é anterior à ação principal. A preparatória é condição de propositura da ação principal, enquanto esta pode perfeitamente existir sem a ação acautelatória incidente ou antecedente. Como se vê, usou o C.P.C. de um mesmo nome para coisas distintas. A propósito, diferentemente do diploma de 1939, não regulou o depósito preparatório da ação, o que, no nosso parecer, é lacuna; é grave vazio legislativo.

O PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM

As medidas cautelares, nominadas ou não, têm no Código um procedimento comum, disciplinado nos artigos 801 a 803.

Não tendo o C.P.C. uma parte geral, o que se nos afigura uma falha, na sua estrutura, fica mais grave a omissão, no artigo 801, entre as indicações

da inicial, a do valor da causa e a da citação do réu: ambas são necessárias e, por isso mesmo, de exigir-se, caso não faça o autor.

Os prazos deste procedimento cautelar geral se nos afiguram desnecessariamente dilatados. Se os compararmos, no seu conjunto, com os do procedimento sumaríssimo, veremos que neste último, em que é plena a cognição, em que decide o mérito, chega-se mais cedo à audiência de instrução e julgamento. A cautela é nada complexa, ou difícil, requerendo muito da prudência do bom varão. Como procedimento de urgência que é, deveria ser mais célere e pronto o seu andamento.

O recurso que cabe das decisões concedendo, ou negando, a cautela, é a apelação, pois que se trata de sentença.

Recurso único, no sistema de 1973, artigos 513 e 520, não tem essa apelação efeito suspensivo (Art. 520, IV).

Para analisar o uso de tal recurso nas ações cautelares, invocarei LOPES DA COSTA: "Como recurso em processo de ação preventiva, a apelação será como carro de bois que fosse buscar um médico distante para um caso de urgência. Quando for aviada a receita e o remédio vier, é possível que o doente já tenha sido enterrado".

Não afeitaria o Código o Legislador, se, ainda, a respeito, dispusesse, resolvendo, de antemão, questões que por certo surgirão. Assim, conviria que tivesse tornado claro estabelecer a ação cautelar litispendência somente para outro processo da mesma medida; que, quando antecedente, torna preventivo o juízo para a causa principal e faz litigiosa a coisa, interrompendo a prescrição e constituindo em mora o devedor.

Também conviria estar expresso que a ação cautelar não admite reconvenção, eis que não há direito de base oponível. Ainda, que descabe a reunião de processos, para julgamento na mesma sentença, quando se tratar da ação cautelar e da ação principal. Tal sugestão nos vem da leitura do artigo 809 do C.P.C., quando manda que os autos do procedimento cautelar sejam apensados aos do processo principal. Decorre a norma sugerida da natureza dos processos cautelar e de conhecimento. Aqui, decide o juiz com base em certeza; ali, pela simples plausibilidade. Um é o processo fim; o outro é meio de assegurar o êxito do primeiro.

Ponto interessante no Código de 1973 é a fungibilidade das cautelares. Com efeito, por direito expresso no art. 805, a medida decretada poderá ser substituída pela prestação de caução, sempre que seja essa adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Sendo certo que a caução aqui virá no lugar da medida já decretada, não se vai formar um novo processado lateral; não se vai abrir um novo procedimento cautelar específico e incidente, apensado ao outro procedimento cautelar geral ou especial. A caução — de interesse exclusivo do réu na ação cautelar — será por ele oferecida em substituição à medida já decretada e nos autos da ação que concedeu a medida. Será a caução, aqui, não um processo autônomo, mas um incidente na execução de outra ação cautelar.

Outro ponto alto do diploma de 1973 é a fixação da responsabilidade do autor na ação cautelar. Adotou o C.P.C. de 1973 a teoria da responsabilidade objetiva, prescindindo do dolo ou culpa.

Além da responsabilidade geral de qualquer parte, que pleitear de má-fé, definida esta a caracterizada no elenco de condutas vitandas do art. 17, na linguagem do art. 811, “o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida”, especificando, a seguir, os casos em que isso ocorrerá.

Parece-nos ter havido aqui um cochilo do Codificador. O art. 811 filia a responsabilidade ao prejuízo que causar a execução da medida. Diz que responde o autor, se ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos previstos no art. 808, sendo que, um deles é, exatamente, a não execução da medida dentro de 30 dias.

O Código estatui, a seguir, que a execução será liquidada nos autos do procedimento cautelar, o que é de louvar-se, em homenagem à economia processual.

Também é de louvar-se a faculdade consignada no art. 804 de conceder o juiz a medida cautelar como liminar, ou após justificação, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz.

Como análise da linguagem do Código, encontramos na primeira parte do artigo um merecimento e um defeito. O merecimento é chamar de réu o réu da ação cautelar, evitando o equívoco “*requerido*” dos artigos 801, 802, 803 e 811.

O defeito é aquela expressão: “após justificação prévia”. Se a medida é tomada *após* justificação, é evidente que essa justificação é *prévia*. Ainda aqui, é grato salientar que o projeto distingue a *liminar* da *cautela*. A cautela é o objeto da ação, do processo cautelar. É o seu pedido. Ela resultaria, afinal, da sentença na ação cautelar. Entretanto, sua entrega é antecipada provisoriamente, e feita liminarmente.

Na segunda parte do artigo 804 vamos encontrar o instituto da contracautelante — a concessão liminar da cautela ou ante a sua concessão após justificação, sem que se ouça a outra parte. Tal contracautela consiste na determinação *ex-officio* do juiz ao autor de prestar caução real ou fideijusória de ressarcir danos que o réu possa vir a sofrer.

Ainda aqui, não será feito autônomo a caução, mas simples incidente no processo de concessão da medida pleiteada e obtida.

A COMPETÊNCIA

A competência para conhecer do pedido cautelar e para concedê-lo é, de regra, do mesmo juiz da causa principal, seja a ação cautelar incidente, ou antecedente. Infeliz e omissivo foi o parágrafo único do art. 800, quando diz que “nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”.

E se não houver sido sorteado o relator, pois que o tribunal está em férias coletivas? Não seria o caso de atribuir tal competência ao presidente? Além disso, os tribunais são colegiados. Os colegiados julgam, sem processar coletivamente, e, em contrapartida, o relator processa, sem julgar individualmente, monocraticamente.

E no tempo em que já cessou a competência do juiz da causa principal e ainda não se firmou a do juízo *ad quem*? Quem conhecerá? Desprezou o Código a chamada competência residual do juiz de primeira instância que continua até que se firme a do Juízo do julgamento do recurso.

Que quer o Código? Pretende que o relator julgue sozinho por todo o colegiado? Ou quer dizer que ele processe tão somente, concedendo liminarmente a cautela e determinando a contracautela? A segunda solução nos parece a mais certa, a mais conforme ao nosso sistema judiciário.

Proclama o art. 807 que as medidas cautelares conservam a eficácia na pendência do processo principal, mas podem a qualquer tempo ser revogadas ou modificadas.

Surgidas em processo de ação, podem ser revogadas ou modificadas, não *ex-officio* ou a requerimento simples e por mero despacho, mas com obediência ao procedimento cautelar comum. Cabe ao que sofreu a medida, alegar e provar que as coisas e as circunstâncias mudaram. Esse processo é ainda contencioso. Será uma ação cautelar em sentido inverso.

Outro ponto interessante do Código de 1973 é o em que consagra a desinflúência do desfecho do processo cautelar sobre a ação principal.

De fato, o processo cautelar quer, afinal, a segurança das partes, das pessoas e das coisas da ação principal.

Se nenhum risco as ameça e, por isso, não prospera a ação cautelar, não quer isso dizer que, necessariamente, seja inviável a ação principal, pois que tem esta outros pressupostos processuais e outras razões de procedência. A tese contrária seria a consagração dos julgamentos liminares e de plano, fora do devido processo e com os decretos de procedência e improcedência sem a plena postulação, demonstração e cognição.

A exceção que o Legislador abriu à regra, de que a negação da cautela não influi no julgamento da ação principal, a não ser que o juiz acolha na ação cautelar a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor, é legítima, a todas as luzes. Sendo inviável a ação principal, não há porque cercá-la de segurança, nem existe maior mal em decretar desde logo os seus funerais. O que existe de processualmente interessante, aí, é o deslocamento da cognição, do processo principal para o dependente, seja prévio ou contemporâneo, e o julgamento antecipado e influente do fato do mérito.

MEDIDAS CAUTELARES "EX-OFFICIO"

Além de conceder ou negar as medidas cautelares pedidas na ação cautelar, sejam elas nominadas ou atípicas, tem o juiz no processo um poder cautelar geral (C.P.C. art. 798).

Esse poder vai ao ponto justo de outorgar-lhe o Código a faculdade de determinar medidas cautelares "sem a audiência das partes". Embora com os temperamentos de "só em casos excepcionais" e "da autorização expressa da lei", nós temos a cautela determinada de ofício no art. 797.

Em realidade, se respigarmos o texto do diploma de 1973, iremos encontrar casos expressos de cautela determinada de ofício.

Assim, estando suspensa a execução (art. 793), poderá ordenar o juiz providências cautelares urgentes.

No art. 1000, § único, deve determinar o sobrestamento da entrega do quinhão do herdeiro que tem sua qualidade contestada, até que em ação própria isso se decida.

Igualmente, no art. 1001, manda reservar em poder do inventariante o quinhão do herdeiro excluído, até que se apure nos meios ordinários a sua condição.

Também de natureza cautelar e decretada de ofício é a reserva de bens em poder do inventariante, para pagar ao credor, não havendo concordância sobre o pedido de pagamento, quando será ele remetido para os meios ordinários.

Caso, ainda, de medida cautelar de ofício se nos afigura, não ordenada pelo juiz, mas determinada pela lei, é a do artigo 653. Ali se manda que, na execução por quantia certa contra devedor solvente, o oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

Saltando, agora, para a análise da disciplina das medidas cautelares nominadas, verificamos que, ao tratar do arresto, foi o projetista dessedentar-se no velho Reg. 737 que, no ponto, reviveu, inclusive no subjetivismo dos requisitos como o “intenta ausentar-se”, ou alienar bens, ou ausenta-se, ou tenta ausentar-se *furtivamente*...

Entendo que foi rigoroso demais o C.P.C. ao exigir, como condição de concessão do arresto, a “prova literal da dívida líquida e certa”. Isso é quase a frustração parcial desta cautela.

Nós sabemos que, em matéria obrigacional, a liquidez da dívida já trás implícita a idéia de certeza. Se não é certa, não pode ser líquida. Se já é líquida, isto é, determinada quanto ao seu valor, é porque já é certa.

Dívidas, entretanto, existem, que são certas, não sendo, entretanto, líquidas nem constantes de prova literal. Estão tais dívidas desprovidas da proteção cautelar? Poderia o Legislador, *a priori*, dispensar a cautela, desintencionando-se do seu pagamento? É o caso das ações de dano, tema de nossos dias, tão numerosas e variadas elas são.

A prova testemunhal e a prova pericial, como se sabe, são bastantes para a produção da certeza sobre todos os fatos da causa principal. Não se compreende, assim, que ela seja esvaziada de préstimos e virtudes a tal ponto que não sirva para fundamentar a sentença cautelar, num processo acessório, em que o tema de decisão é a necessidade da cautela, a segurança da futura execução.

Não existe prova literal do dano. Enquanto não vem a sentença condenatória, os causadores do dano, como na vivência dos delitos de automóvel, vendem tudo: o veículo, a casa, a geladeira, a televisão, não havendo, depois, o que penhorar. Uma justificação que evidenciasse o dano a sua causação, o seu agente poderia perfeitamente placitar o arresto.

A responsabilidade do inquilino pelo incêndio do prédio, presumida no art. 1.208 do C. Civil, também justifica a medida cautelar do arresto.

Inexiste, entretanto, a prova literal da dívida ou a sentença condenatória que a substitua, mesmo quando o julgado está sujeito a recurso. Esse rigor de requisitos para a concessão do arresto impede a sua atuação exatamente onde ela se faz mais útil e necessária, se não for imperiosa. Esse é um ponto em que, no nosso entender, deve ocorrer reforma, para armar a providência da plenitude de seus préstimos.

Disposição particularmente feliz tem o novo Código relativamente à prova cuja colheita foi antecipada. Cumpre insistir em que as vistorias e os depoimentos *ad perpetuam rei memoriam* são uma produção antecipada de provas. No regime anterior, como os autos eram entregues a quem requeresse a medida, se a prova lhe fosse desfavorável, nunca mais eram vistos esses autos... Conjura o novo diploma o expediente, mandando que os autos permaneçam em cartório e facultando aos interessados o fornecimento das certidões que quiserem. O Código dá, assim, vida e aplicação prática ao princípio da comunidade da prova, isto é, o de que ela pode ser utilizada por qualquer parte, ou por terceiro, ou pelo M.P., e não somente por quem a produziu.

Existente ao estrangeiro e vinda do Direito Português, havia no Anteprojeto uma inovação interessante, a suspensão das deliberações sociais, (Seção IV, art. 889 e 890) quando violassem a lei, o estatuto ou o contrato. Somente seria possível na pendência de ação anulatória. Poderia o Juiz indeferir o pedido, se, no seu prudente arbítrio, verificasse que o prejuízo da suspensão iria ser maior do que o da execução da deliberação. Tal medida já não aparece no Projeto enviado ao Congresso Nacional, nem foi restabelecida ali.

Entendemos que uma tal cautela pode e é de ser dada pelo juiz, usando do seu poder cautelar geral. Ao invés de *nominada* e prevista expressamente pelo Legislador, é de pedir-se e obter-se como medida atípica.

Ressalte-se, ainda, que entre as medidas nominadas explicitadas a título de exemplificação no art. 888, a que figura sob o número VIII — a interdição ou a demolição de prédio, para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público — não estava no projeto BUZARD, nem é medida cautelar processual. É cautela da Administração. Esses propósitos eram até, no Código de 1939, casos de ação cominatória. A propósito, lamentamos, também, a supressão da ação cominatória.

Neste limitado exame do Processo Cautelar e de sua disciplina no C.P.C. de 1973, deixamos para o fim o problema das provisionais.

Elas são mais liminares do que cautelares.

Ante a necessidade urgente do credor da obrigação alimentar, em obediência ao princípio do *venter non patitur dilationem*, muito embora se reserve ao juiz o poder de decidir depois e até de modo diverso, condena o devedor a pagar ao credor desde logo uma antecipação do que poderá resultar da condenação e da liquidação.

Depois, em decisão definitiva, mediante cognição plena, é que irá estatuir sobre a existência e o montante do crédito. (*An debeatur e quantum debeatur*).