

PROCEDIMENTO CAUTELAR EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. Processo findo. Impossibilidade. Doutrina a respeito.

JACQUES RABELLO RIBAS  
3º Curador de Família e Sucessões

1. Preliminarmente, não há dúvida de que o tema discutido nestes autos se presta a muitas e talvez intermináveis discussões. E isto precisamente porque a *res in judicium deducta* não é comum, não é daquelas que soem prover os arsenais da Justiça. E, com efeito, pelo simples fato de se tratar de uma ação cautelar inominada, gera no espírito do estudioso toda uma gama de indagações e perplexidade, quando se sabe que tal tipo de tutela jurisdicional está dentro do chamado “poder geral de cautela”, conferido ao juiz pelo estatuto adjetivo de 1973.

2. No entanto, cumpre examinar a matéria à luz do caso concreto e dos valiosos subsídios trazidos à colação pelos dois doutos advogados das partes. O MINISTÉRIO PÚBLICO, devendo intervir obrigatoriamente no feito, não pode, sob pena de faltar às suas altas atribuições, escamotear o problema, evitando penetrar nessa penumbra cinzenta que à primeira vista lhe poderia parecer de todo indiferente. Mas não é. Trata-se de uma realidade fática que foi enfocada por uma das partes e que à Justiça cabe se manifestar.

3. A presente ação tem por escopo o pronunciamento do Juiz no sentido de esclarecer as cláusulas. . . , estabelecidas nos autos da separação consensual sob n.º, para o fim de regulamentá-las em definitivo, porquanto há divergência de interpretação entre as partes, ou, quando não isso, um receio unilateral — o da autora. Deu-se ao feito o nome de “medida cautelar inominada de regulamentação de acordo de separação consensual”, com fulcro nos arts. 798 e 799 (fls.) do Cód. de Proc. Civil.

4. Antes da análise das ditas cláusulas, é importante que se discorra sobre o cabimento ou não da medida, considerando que a separação consensual já foi julgada há cerca de sete meses, tornou-se *res judicata*. É que o art. 798 do estatuto processual civil, que serve de base ao pedido, dispõe que “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

5. Destaca o signatário no texto legal duas partes bem conexas entre si: a primeira quando o legislador conferiu ao juiz o poder de determinar medidas provisórias que reputar adequadas (e se pede uma medida definitiva, qual seja a regulamentação daquelas cláusulas); a segunda, por seu turno, estabelece o momento em que é facultado ao juiz determinar essas medidas provisórias — antes do julgamento da lide. E é óbvio que quando o legislador estabeleceu que as medidas provisórias o juiz só as pode determinar antes do julgamento da lide, quis dizer antes do julgamento do processo principal, pois isto está expresso no art. 769 do Cód. de Proc. Civil.

6. Ora, no caso sub judice o processo principal — a ação de separação consensual —, já transitou em julgado, e, s. m. j., qualquer alteração das cláusulas avançadas pelos sepa-

randos, somente em ação ordinária poderia ser viável. E essa conclusão de cristalina evidência decorre pura e simplesmente dos próprios termos do art. 798 do Cód. de Processo Civil, que estribou o pedido.

7. Parece que quem estabeleceu os lineamentos doutrinários da ação cautelar — seja nominada ou inominada — foi CALAMANDREI. Ele afirmava que “as ações cautelares são aquelas com que se quer evitar o perigo decorrente da demora natural do processo, porque todo o processo tem a sua demora e, no curso da causa, ou antes do seu início, podem surgir lesões de difícil ou impossível reparação ao direito do litigante.” (Apud CELSO AGRÍCOLA BARBI, em “O Processo Cautelar no Anteprojeto de Código de Processo Civil”, in *Revista dos Tribunais*, v. 442, p. 302). Essa era a tese clássica de CALAMANDREI e vem sendo aceita pelos códigos modernos: *einstweilige verfügungen* do Direito austríaco e do alemão, *contemp of Court*, dos ingleses e os *provvedimenti d'urgenza* dos italianos (conf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in “Processo Cautelar”, p. 99). Assim, segundo CALAMANDREI, “para que haja uma ação cautelar é preciso, em primeiro lugar, que haja este perigo na demora. Além deste perigo, que é o *periculum in mora*, há necessidade também de que o autor demonstre, não de maneira definitiva, mas pelo menos de maneira satisfatória, que existe o direito que ele pretende obter numa ação de conhecimento ou numa execução. Essa demonstração é chamada por ele de *fumus boni juris*. Se coexistir com o *periculum in mora*, será caso de ação cautelar.” (CELSO AGRÍCOLA BARBI, loc. cit.).

8. A doutrina de CALAMANDREI, ao que tudo indica, foi admitida por nossos processualistas. Por exemplo: ensina LOPES DA COSTA que o fim da medida preventiva é “puramente processual: garantir a execução futura para contrabalançar os riscos que pode correr o autor durante a marcha de um processo que não pode logo de início findar.” (In “Direito Processual Civil Brasileiro”, 2ª ed., Forense, v. 1, p. 147). Ainda doutrinariamente, ensina PESTANA DE AGUIAR que “Se o art. 797 só admite a medida cautelar de ofício em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, a está limitando às hipóteses especificamente previstas na norma legal. De outro modo não haveria necessidade de se referir expressamente à autorização legal. Bastaria o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide (grifei), causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798)...”. (Apud HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, in *Processo Cautelar*, p. 100-1). Por outro lado, no Agravo de Instrumento nº 26.713, o eminente Desembargador CRISTIANO GRAEFF JÚNIOR, em voto lapidar sobre o assunto, teve a oportunidade de esclarecer que “O cabimento da medida (refere-se à medida cautelar inominada) está explícito no novo Código de Processo Civil, art. 798, que abriu oportunidade a que se preenchesse essa lacuna pelo anterior apresentada. Quando acontecer casos de natureza prevista nesse dispositivo, pode-se requerer medidas cautelares, como doutrina o Prof. GALENO LACERDA. Cabe, por conseguinte, em tese, a medida, e o pressuposto do art. 798 é de que haja fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide (grifei), cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação. A esse pressuposto se deve adicionar o previsto no art. 801, que trata da lide principal. É preciso que haja um lide principal em que os postulantes da medida cautelar tenham fundadas razões para serem exitosa a sua pretensão no Poder Judiciário” (grifei). Esse voto do ilustre Desembargador CRISTIANO GRAEFF teve acolhida unânime na 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do RS (v. RJTJRS, v. 60, p. 169).

9. Por tudo o que já se disse, é fácil depreender que a tônica na matéria em discussão é esta: caberá sempre medida cautelar nos termos do art. 798, visando determinação judicial adequada quando houver fundado receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, desde que a medida seja impetrada antes do julgamento da lide. Essa oração intercalada dentro do texto — antes do julgamento da lide —

nada mais é do que um pré-requisito para a postulação da medida cautelar com base no citado art. 798 do Código de Processo Civil.

10. Aliás, é ainda HUMBERTO THEODORO JÚNIOR quem enfatiza que são requisitos das medidas cautelares atípicas ou inominadas: a) um interesse na solução eficaz de um lide (esta se traduz na “plausibilidade do direito material”) e b) o fundado receio de dano grave e de difícil reparação, em razão do *periculum in mora*, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide (grifei). (In Processo Cautelar, p. 103).

11. Acena o zeloso e culto patrono da autora, para argumentar e sustentar o seu ponto de vista sobre o cabimento da medida pleiteada, com o disposto no art. 1.111 do Código de Processo Civil, onde se lê que “a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.” Confessa o signatário que o argumento impressiona deveras, principalmente pela sutileza de sua colocação dentro do tema deduzido, tendo em conta o caráter de jurisdição voluntária das separações consensuais. Entretanto, cumpre não esquecer que a enumeração do art. 1.112 do Código de Processo Civil é taxativa, não comportando uma elasticidade que não foi pensada pelo legislador. Logo, o artigo 1.111, ao aludir à possibilidade de modificação da sentença, refere-se naturalmente às hipóteses do art. 1.112, que estão, como o art. 1.111, dentro do Capítulo I, do Título II, que trata dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. A separação consensual foi deslocada para o Capítulo III do Título II, e, portanto, não está englobada no disposto no art. 1.111.

12. Embora o signatário se filie, modestamente, à corrente daqueles que não têm por viável uma medida cautelar, seja típica ou atípica, depois de encerrado o processo principal, mesmo porque o art. 798 do Código de Processo Civil exija que as medidas provisórias que o juiz pode determinar só deverão ocorrer antes do julgamento da lide principal, mesmo assim, vê-se o infra-assinado forçado a reconhecer que não é desarrazoada a tese sustentada pela autora. E tanto não o é que há quem a admita, entre os autores. Assim, por exemplo, o nosso conterrâneo Dr. OVIDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, discorrendo sobre os similares do art. 798 noutras legislações, conclui dizendo que “Depois de todo esse trabalho de elaboração legislativa e doutrinária de outros sistemas jurídicos a que estamos naturalmente ligados, não encontramos razões que justifiquem esta redação do novo Código (e transcreve integralmente o art. 798), prosseguindo: A pergunta que cabe é esta: e depois do julgamento da lide, não haverá mais lugar para o exercício da pretensão cautelar? Inquestionavelmente, sim!” (In As ações Cautelares e o Novo Processo Civil, p. 58-59, Ed. Livraria Sulina, Porto Alegre, 1973). É pena que o novo processualista gaúcho não enverede por outras considerações a respeito de tão interessante tema, limitando-se a fazer aquela afirmativa. E o próprio HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que arrola as condições ou requisitos das medidas cautelares, incluindo o “fundado receio de dano grave e difícil reparação, em razão do *periculum in mora*, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide”, aduz posteriormente, sem maiores comentários e paradoxalmente, que “mesmo depois do julgamento da lide no processo de cognição, se subsistir a lide de pretensão insatisfeita, que autoriza a execução forçada, será cabível a tutela cautelar inominada.” (Ob. cit. p. 103).

13. À vista, pois, do exposto, MM. Julgador, o MINISTÉRIO PÚBLICO, pelo firmatário, manifesta-se no sentido de que seja indeferida a medida cautelar pleiteada, eis que não se trata de carência de ação, pois esta se cifra na falta de capacidade processual, o que não é o caso da autora, que poderá ajuizar a ação ordinária competente para atingir os seus objetivos.

14. No que tange ao mérito do pedido, parece-me que apenas a cláusula... do acórdão mereceria maiores explicitações, e isto porque as partes resolveram inserir na sua redação o adjetivo “irrestrito”. Tem razão a autora em querer disciplinar as visitas dos pais

aos filhos, de molde a tais visitas não perturbarem nem a vida dela, nem a da prole. O adjetivo “irrestrito” colocado na cláusula, provavelmente deriva do advérbio latino “*restricte*”, ou do verbo “*restringo, is, inxi, ictum, ere*”, e, em ambos os casos, significa restringir, apartar, diminuir (os gastos). Assim sendo, para o vernáculo “irrestrito” passou a ser sem restrições, sem limites. Ora, o direito irrestrito de visitas não pode ser abusivo, nem tomado no seu provável sentido etimológico, senão que deve ser tomado num sentido teleológico e interpretado de acordo com a normalidade da vida da família. O fato de o Requerido manter empreendimentos em várias capitais do País e precisar viajar um ou dois dias por semana, não o autoriza a tumultuar a vida dos filhos e a de sua ex-mulher. Há que observar um regimento de horários, de dias, de situações ou quaisquer circunstâncias que não venham a caracterizar abuso, só porque há uma cláusula que lhe dá o direito irrestrito de visitas. Quanto a isso parece intuitivo que à autora cabe o direito de querer ver esclarecido, ou mudado para uma redação mais clara e específica, o que poderá ser feito através de ação ordinária.

15. Já no que concerne a outra cláusula,... não me parece que haja maiores problemas para a sua inteligência, pois está redigida de uma forma iniludível, que permite à autora saber que perderá o benefício da pensão e da habitação se, em relação à sua pessoa, se caracterizar qualquer das hipóteses ali previstas: novo casamento (o art. 29 da Lei do Divórcio prevê expressamente a perda da pensão pelo credor e a consequente desobrigação do devedor), convívio “*more uxorio*” com outro homem (é motivo de pedido de exoneração de prestação alimentar, conforme acórdão de fl.), e, por fim, a terceira hipótese — convívio permanente não formalizado, significa o mesmo que concubinato, com as mesmas consequências anteriores. Em se caracterizando qualquer dessas hipóteses, assiste ao Requerido o direito de pedir a sua exoneração do compromisso assumido. Os exemplos citados pela autora quanto à cláusula... (fl.), se se configurarem algum dia, lhe darão o direito de reclamar judicialmente, em ação própria, que não uma cautelar inominada, o cumprimento do acordo, o que dependerá de instrução processual — *lata cognitio*, onde as partes aduzirão as suas razões e propiciarão ao Julgador os elementos que irão formar a sua convicção.

16. Com a presente ação cautelar inominada pretende-se evitar que venha a ocorrer aquele tipo de ação. Todavia, quero acreditar que pelo menos em relação à cláusula... é impossível nesta ação, que confere ao juiz poder geral de cautela (art. 798 do Código de Processo Civil), prevenir qualquer litígio futuro.

17. Portanto, o parecer é no sentido de indeferir a medida, pelos motivos expostos na parte preliminar, e, se outro for o entendimento de V. Ex<sup>a</sup>, que se explicita tão somente a cláusula..., com o sentido proposto nos itens I, II e III da fl. dos autos.

É o parecer, sub censura.

Porto Alegre, 25 de agosto de 1980.