

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**JOSÉ ALÂNIO DA SILVA**

**TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR**

MARÍLIA  
2012

**JOSÉ ALÂNIO DA SILVA**

**TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciano Henrique Diniz Ramires

MARÍLIA  
2012

Silva, José Alânio da

Teoria geral do processo cautelar / José Alânio da Silva; orientador: Luciano Henrique Diniz Ramires, SP: [s.n.], 2012.

67 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Teoria geral do processo cautelar 2. Processo Civil

CDD: 341.46



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**José Alânio da Silva**


RA: 42528-1

TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR

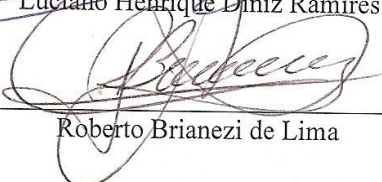
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

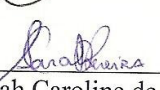
ORIENTADOR(A):

  
Luciano Henrique Diniz Ramires

1º EXAMINADOR(A):

  
Roberto Brianezi de Lima

2º EXAMINADOR(A):

  
Sarah Caroline de Deus Pereira

Marília, 09 de outubro de 2012.

*A Deus, pelos momentos vivenciados  
impossíveis de se traduzir em palavras;*

*A meus pais, José Domingos e Sebastiana,  
pelo apoio e amor incondicional;*

*Aos meus irmãos e familiares, que for-  
mam a base do meu caráter;*

*Aos verdadeiros amigos, que me incenti-  
varam ao longo desta caminhada.*

Agradeço a todos os professores do curso de Direito do Univem.

Agradeço, de modo particular, aos professores Jairo José Gênova e Marco Antonio de Macedo Marçal, cujas aulas me motivaram a aprender, cada dia mais, essa fascinante ciência que é o Direito.

De modo especial, agradeço ao meu orientador, Professor Luciano Henrique Diniz Ramires, cujo conhecimento e habilidade fizeram com que me interessasse pelo ramo processual civil.

Agradeço, de todo coração, à minha família, pela compreensão, solidariedade e demais manifestações de apreço, as quais me ajudaram a superar as situações adversas.

Por fim, agradeço a todos que, de qualquer forma, contribuíram para o presente trabalho.

*O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.*

*Rudolf von Ihering*

SILVA, José Alânio da. **Teoria geral do processo cautelar**. 2012. 67 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

A presente monografia tem como objeto o estudo da teoria geral do processo cautelar, aplicável às cautelares nominadas e inominadas. O processo cautelar, o mais recente dos três tipos de processo (cognição, execução e cautelar), é relativamente novo e ainda carece de estudos e doutrinas, embora o Brasil seja pioneiro ao elencá-lo como um dos tipos de processo. No estudo do tema, abordar-se-ão aspectos gerais relativos ao processo civil, como condições da ação e elementos da ação. Com relação ao tema principal, tratado no segundo capítulo, se estudará as modalidades das cautelares, suas características, classificação, competência, pressupostos e o poder geral de cautela. Por fim, o último capítulo é destinado aos aspectos processuais da ação cautelar, seus requisitos específicos, o pedido, a intervenção de terceiros, recursos e coisa julgada. O Judiciário brasileiro vivencia uma crise no seu papel de atender ao jurisdicionado de forma célere e eficiente, sendo vários os fatores que contribuem para a atual situação, como estrutura inadequada, falta de servidores e magistrados, inúmeros recursos etc. A tutela cautelar, vindo de encontro a essa lentidão jurisdicional, embora não solucione a lide, resguarda a utilidade do direito material, amparado no processo, em razão de fatores alheios à vontade das partes ou em razão da conduta dos litigantes. O estudo mostra-se importante na verificação da efetividade da cautelar, se realmente a sua concessão resguarda o direito do requerente. Com um melhor entendimento e aplicação do tema, a prestação jurisdicional do Estado poderá, se não solucionar definitivamente a lide, ao menos assegurar para que no futuro se efetive.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Cautelar. Teoria Geral das Cautelares.



SILVA, José Alânio da. **Teoria geral do processo cautelar**. 2012. 67 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

#### ABSTRACT

This monograph has as object the study of general theory of the process a precautionary measure, apply the precautionary were named and innominate. The process a precautionary measure, the most recent of the three types of process (cognition, execution and precautionary), is relatively new and still needs studies and doctrines, although Brazil is pioneering the lists it as one of the types of process. In the study of the subject, approach the general issues relating to civil procedure, as conditions of action and elements of the action. With respect to the main theme, treated in the second chapter, we will examine ways of precautionary, its characteristics, classification, competence, presuppositions, and the general power of caution. Finally, the last chapter and for the procedural aspects of precautionary action, their specific requirements, the application, the intervention of third, resources and res judicata. The brazilian judiciary experiences a crisis in its role of serving the jurisdiction over of how quickly and efficiently, and several factors that contribute to the current situation, such as inadequate structure, lack of servers and magistrates, countless resources etc. The tutelage precaution, coming to the meeting this slowness or tribunal, although not troubleshoot the toil, protects the usefulness of the right material, sustained in the process, due to factors beyond the will of the parties or by reason of the conduct of the litigants. The study shows is important in verification of the effectiveness of precaution, if really its grant protects the right of the applicant. With a better understanding and application of the theme, the jurisdictional provision of the State may, if not finally solve the toil, at least ensure that in future actualize.

**Keywords:** Civil Procedure. Relief. General Theory of Remedies.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPC: Código de Processo Civil

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS .....	14
1.1. Introdução.....	14
1.2. Ação.....	15
1.2.1 Condições da ação .....	15
1.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	16
1.2.1.2 Interesse de agir .....	17
1.2.1.3 Legitimidade processual .....	17
1.2.2 Elementos da ação .....	17
1.2.2.1 Partes .....	18
1.2.2.2 Pedido .....	19
1.2.2.3 Causa de pedir .....	19
1.3 Processo e procedimento .....	19
1.4. Os três tipos de processo .....	22
1.5 O processo e o tempo .....	23
1.6 Processo cautelar e medida cautelar .....	25
1.7 Cautelares satisfativas .....	27
1.8 Tutela cautelar e tutela antecipada.....	28
CAPÍTULO 2 – TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR .....	30
2.1. Natureza jurídica das ações cautelares .....	30
2.2. Características.....	30
2.2.1 Acessoriedade ou instrumentalidade .....	30
2.2.2 Autonomia .....	32
2.2.3 Urgência .....	33
2.2.4 Sumariedade da cognição .....	34
2.2.5 Provisoriedade .....	35
2.2.6 Revogabilidade .....	37
2.2.7 Inexistência de coisa julgada material .....	39
2.2.8 Fungibilidade .....	40
2.3 Requisitos .....	41
2.3.1 <i>Fumus boni juris</i> .....	42
2.3.2 <i>Periculum in mora</i> .....	43
2.4 Classificação das ações cautelares.....	45
2.4.1 Quanto ao nome.....	45
2.4.2 Quanto ao momento da propositura .....	45
2.4.3 Quanto à finalidade da segurança.....	46
2.4.4 Quanto à medida preventiva .....	47
2.5 Poder geral de cautela.....	47
CAPÍTULO 3 – ASPECTOS PROCESSUAIS .....	49
3.1. Competência .....	49
3.2. Petição inicial .....	50
3.2.1 Endereçamento e qualificação das partes .....	51

3.2.2 A lide e seu fundamento .....	51
3.2.3 O direito ameaçado e o receio da lesão .....	52
3.2.4 Provas e demais pedidos .....	53
3.3 Liminar e audiência de justificação prévia .....	54
3.4 Intervenção de terceiros .....	55
3.5 Citação e resposta .....	56
3.6 Revelia .....	57
3.7 Audiência de instrução .....	58
3.8 Eficácia da medida cautelar .....	58
3.9 Sentença e recursos .....	60
3.10 Coisa julgada .....	62
3.11 Caução e responsabilidade civil do requerente .....	62
CONCLUSÃO .....	64
REFERÊNCIAS .....	66

## INTRODUÇÃO

A justiça brasileira, de um modo geral, há muito vivencia uma crise em bem desempenhar seu papel fundamental: servir ao jurisdicionado de forma eficiente e célere.

A Constituição Federal de 1988, tida como uma das principais constituições modernas, preceitua em seu art. 5º, inciso LXXVIII, a razoável duração do processo. Entretanto, não faz menção a qualquer prazo, os quais podem ser encontrados em normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil, que, nos artigos 188 a 192, relata diversos prazos.

Em geral, os prazos trazidos pelo CPC são uma forma de garantir a razoável duração processual: contesta-se em 15 (quinze) dias, juiz sentencia em 10 (dez) dias etc. Assim, há um desenrolar natural do processo num espaço de tempo que o legislador considerou razoável.

Entretanto, vários são os fatores que contribuem para a lentidão típica dos processos, como a estrutura precária do Judiciário, a falta de servidores, a sobrecarga dos magistrados, o excesso de recursos, que muitas vezes são utilizados de forma protelatória, dentre outros.

Tendo em vista o problema da morosidade, há medidas judiciais que, embora não solucionem a lide, decidindo o mérito da questão, ao menos visam assegurar a efetividade do direito material do autor: são as chamadas medidas cautelares.

As tutelas cautelares estão disciplinadas no Livro III do Código de Processo Civil, entre os artigos 796 a 889. Contudo, o presente trabalho acadêmico ater-se-á à teoria geral das ações cautelares, prevista nos artigos 796 a 812 do CPC, abrangendo os elementos a ela inerentes.

No primeiro capítulo, tratar-se-á de questões atinentes ao processo civil em geral, tais como as condições e elementos da ação, capacidade postulatória, a influência do tempo no processo, e também conceitos aplicáveis à ação cautelar.

No segundo capítulo, ganhará relevância o objeto da presente monografia. A teoria geral do processo cautelar engloba sua natureza jurídica, seus requisitos, características e sua classificação, bem como o poder geral de cautela.

No terceiro capítulo, serão tratadas as questões processuais da ação cautelar, tais como a competência para apreciá-la, as partes, os requisitos específicos da petição inicial cautelar, a possibilidade de audiência *inaudita altera pars*, liminares, a responsabilidade civil do requerente, sentença, recursos e coisa julgada.

De toda ordem, as cautelares são instrumentos processuais que se destinam a resguardar um direito do qual o requerente alega ser o titular. Não são necessárias discussões

intermináveis nem audiências que se prolongam no tempo; apenas o direito que o autor alega ser titular foi resguardado de eventuais danos.

A justiça brasileira enfrenta problemas em efetivar a prestação jurisdicional num espaço de tempo considerado razoável. Assim, as medidas cautelares têm função essencial para evitar que, pelo tempo, o direito do litigante seja prejudicado.

Então, quais os tipos de litígios em que há a possibilidade de se pedir uma medida cautelar? É possível que uma cautelar seja revogada de ofício pelo magistrado? Qual juízo é competente para apreciar uma medida cautelar?

A pesquisa do tema mostra-se importante ao se identificar os litígios em que as cautelares são mais solicitadas e se realmente a sua concessão impede a efetivação do dano. Com um melhor entendimento do tema, a prestação jurisdicional do Estado resguardará o direito de eventuais danos.

Com um maior conhecimento do assunto, pode o Estado melhorar as leis que tratam das medidas cautelares, até mesmo estendendo sua aplicação para ramos do direito em que não haja tal instrumento.

Observa-se que somente a legislação não impede a ocorrência de danos. As leis civis não intimidam, por exemplo, aquele que quer causar um mal a outrem; é preciso evitar justamente a sua ocorrência, com os meios e recursos jurídicos aplicáveis ao caso concreto. À vítima a reparação do dano é moral e financeiramente aceitável. Porém, é de crucial importância que haja mecanismos para evitar a sua ocorrência.

O objetivo principal é, além de tratar de aspectos processuais que influem na ação cautelar, abordar a sua teoria geral, natureza jurídica, características, requisitos, classificação e o poder geral de cautela.

Pretende-se, também, verificar a viabilidade das medidas cautelares, identificar as consequências processuais de sua revogação, verificar posições doutrinárias acerca do tema proposto, observando qual é a mais aplicada pelos que militam na área e constatar qual ônus processual é aplicado àquele que não ingressa com o processo cautelar no prazo estipulado pela lei.

Para a realização do projeto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo da análise de documentos e bibliografia a respeito do tema, mediante coleta em bibliotecas, pesquisa na internet, abrangendo consulta em livros e artigos específicos acerca do tema e, também, entrevista do tipo não-estruturada.

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa é do tipo qualitativa, eis que visa aprofundar conhecimentos no assunto proposto, utilizando-se da análise, interpretação e compreensão de leis e doutrina.

Segundo o objetivo geral, a pesquisa é descritiva, pois visa caracterizar, conceituar e descrever as cautelares hoje existentes na área cível, utilizando-se de base legal, bibliográfica e doutrinária. Segundo o propósito, a avaliação utilizada é a pesquisa-diagnóstico, visando diagnosticar os meios pelos quais as cautelares são requeridas. Finalmente, segundo o procedimento técnico, a pesquisa será prioritariamente bibliográfica, tendo em vista que será desenvolvida com base em leis e doutrinas.

A pesquisa se desenvolverá por meio da identificação, seleção e coleta de dados secundários, principalmente fontes bibliográficas. A entrevista utilizada será a despadronizada ou não estruturada, com perguntas do tipo aberta, a fim de explorar mais amplamente a questão, com público alvo advogados da área cível.

Primeiramente, serão analisados os dados bibliográficos coletados; após, serão apresentados os dados coletados. A entrevista e a observação complementarão a análise bibliográfica, inclusive dando um aspecto mais real ao tema abordado.

## CAPÍTULO 1 – ASPECTOS GERAIS

Neste primeiro capítulo se estudarão questões processuais gerais, aplicáveis ao processo cautelar, como capacidade postulatória, condições e elementos da ação, distinções entre processo e procedimento, os três tipos de processo elencados na lei, a influência do tempo no desenrolar do feito, dentre outras.

### 1.1 Introdução

A pretensão de acionar o Poder Judiciário a fim de solucionar conflitos oriundos das relações nasce com a violação do direito, a qual se extingue pela prescrição, nos termos da lei – art. 189 do CC.

Aquele que se sentir lesado deve buscar junto ao Estado-juiz, órgão que detém a jurisdição, a solução para o seu litígio, pois ao particular foi vedado a autotutela, isto é, fazer valer seus direitos por meios próprios, inclusive sendo esta conduta tipificada como infração penal – art. 345 do CP.

Exceto em casos expressamente previstos em lei, como nos juizados especiais cíveis cujo valor da causa não exceda a 20 (vinte) salários mínimos e nas ações trabalhistas, o particular não possui capacidade postulatória.

Para que provoque o Judiciário e obtenha uma resposta acerca da lide, deve ele fazer-se representar por advogado, profissional a quem foi conferida capacidade postulatória, ou seja, para atuar em juízo (art. 1º, I, da Lei nº. 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Representando outrem, por meio de procuração, o advogado proporá a ação cabível visando dirimir o conflito. O litigante, contudo, deve preencher determinadas condições para que a ação prospere.

Gonçalves (2008, p. 89) relata que “sem elas, não haverá resposta de mérito, e o autor será considerado carecedor de ação. Haverá um processo, decorrente do direito de demandar, mas não exercício do direito de ação”.

Ausente quaisquer das condições da ação, quais sejam possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*, o feito será extinto sem resolução de mérito – art. 267, VI, do CPC.



## 1.2 Ação

Basicamente, a doutrina elenca três teorias que versam acerca do direito de ação:

(i) a teoria imanentista dizia que a ação era o próprio direito em movimento. Seus adeptos confundiam-na com o próprio direito material cujo reconhecimento se postulava. Tal teoria vingava antes de se verificar a plena autonomia do processo em relação ao direito material;

(ii) para os adeptos da teoria concretista, só havia ação quando o resultado fosse favorável ao demandante. Sendo o pedido procedente, podia-se falar em ação;

(iii) após a verificação da autonomia do processo em relação ao direito material, vem a teoria abstratista e diz que o direito de ação está em exigir do Poder Judiciário uma resposta às pretensões a ele dirigidas, independente da existência do direito material (GONÇALVES, 2008, p. 86-87).

A acolhida de uma teoria em detrimento de outra implica diretamente na verificação da existência do direito de ação. Como se observa, tais teorias divergem em vários aspectos. Entre nós, não foi acolhida a teoria abstratista pura.

Gonçalves (2008, p. 87) relata que, no Brasil, terá havido ação quando houver o direito a uma resposta de mérito, o que depende do preenchimento de determinadas condições. Não há, portanto, exercício do direito de ação quando o magistrado extingue o feito sem resolução do mérito. Haverá ação ainda que o resultado final seja a improcedência do pedido. O que se exige é a resposta de mérito.

Saliente-se que, dentre outras situações previstas em lei, há análise do mérito quando o juiz julga procedente ou improcedente o pedido postulado pelo autor, bem como nos casos de reconhecimento da prescrição e da decadência.

### 1.2.1 Condições da ação

São condições da ação, conforme insculpido no art. 267, VI, do CPC, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade processual.

Gonçalves (2008, p. 89-90) relata que as condições devem estar preenchidas no momento da propositura da ação e ao longo de todo o processo, até o julgamento. A ausência de quaisquer delas deve ser reconhecida de ofício pelo juiz e a qualquer tempo, implicando a extinção do processo sem resolução de mérito.

Entre nós foi acolhida, em detrimento da teoria da asserção, a teoria do exame em concreto das condições da ação, pela qual o magistrado verifica a presença das condições da ação na análise da petição inicial e durante toda a instrução processual. Constatada a ausência de quaisquer delas, haverá julgamento sem resolução de mérito.

Assim, mesmo que o demandado já tenha integrado a lide e feita a instrução processual, constatada a ausência de quaisquer das condições da ação não terá havido o exercício do direito de ação, pois se exige uma resposta de mérito.

Segundo preceito do art. 267, § 3º, do CPC, as condições da ação são matéria de ordem pública e o juiz deve conhecê-las de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

### 1.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

Não se pode buscar o Judiciário por meio de ação cuja pretensão seja contrária ao ordenamento jurídico, aos bons costumes e à moral. O magistrado, ao examinar esta condição, deve fazê-lo juntamente com a causa de pedir e com os outros elementos da ação.

Como exemplos, será lícito o pedido se o autor postular a condenação à determinada quantia em dinheiro, mas deixará de sê-lo se a causa de pedir for a vitória em jogo de azar. É lícita e possível a execução com penhor e desapropriação de bens; não o será, contudo, se a executada for a Fazenda Pública, pois, neste caso, a impossibilidade jurídica esta associada à qualidade de quem figura no processo (GONÇALVES, 2008, p. 90-91).

Nesse sentido, veja-se jurisprudência do STJ:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. QUESTÕES SUCESSÓRIAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E LIVROS COMERCIAIS A NÃO SÓCIO. **CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** INOCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA OU ARBITRAL. SENTENÇA ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 9.307/96. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A **possibilidade jurídica do pedido** se traduz em apurar se a pretensão deduzida pela parte mostra-se **compatível** com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da **existência de regulação normativa** que, em tese, possa amparar o pedido, seja em razão da **inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico** (Brasília, 2011, grifo nosso).

Observa-se que, para analisar a possibilidade jurídica do pedido, o magistrado vislumbra duas situações: existência de regulação normativa, ou seja, se a lei prevê tal hipótese, e inexistência ou vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico, isto é, se há proibição à prática do ato.

### **1.2.1.2 Interesse de agir**

Traduz-se no interesse processual que a parte tem em promover a ação. Recorre-se a quem tem jurisdição para sanar o problema, satisfazer o direito, repelir a ameaça, dentro outras hipóteses.

Gonçalves (2008, p. 92) ensina que o interesse de agir é constituído pelo binômio *necessidade e adequação*. A propositura da ação será necessária àquele cujo provimento jurisdicional seja útil. Se por outro modo não se puder obter o bem desejado, terá o autor preenchido esta condição. A adequação traduz-se na escolha do meio processual pertinente: o portador de um título executivo não tem interesse em um processo de conhecimento.

Como exemplos, carece de interesse de agir o credor de título executivo ainda não vencido e o locador que ingressa com ação de despejo tendo o locatário deixado o imóvel.

### **1.2.1.3 Legitimidade processual**

Também denominada *ad causam*, é a legitimidade ordinária para figurar tanto no polo ativo quanto no polo passivo da ação. Em outras palavras, é a legitimidade para ser parte na demanda, de caráter subjetivo e capaz de obter um provimento jurisdicional útil.

Conforme insculpido no art. 6º do CPC, não se pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo em casos admitidos por lei. Caso fosse possível fazê-lo, a decisão judicial não afetaria sua esfera de direitos e não haveria a possibilidade de realizá-la concretamente (GONÇALVES, 2008, p. 92).

A título de exemplo, diz a Súmula 214 do STJ que não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu o fiador do contrato. Caso seja acionado judicialmente, pode ele arguir a sua ilegitimidade com fundamento nesta súmula.

### **1.2.2 Elementos da ação**

São elementos da ação as partes, a causa de pedir e o pedido, e se prestam a identificar e especificar as ações, tornando possível diferenciá-las.

Gonçalves (2008, p. 96) salienta que alterado quaisquer dos elementos, a ação se modifica. A indicação dos elementos deve constar na petição inicial em quaisquer dos processos – cognição, execução e cautelar.

Ao apreciar a causa, o magistrado fica adstrito aos elementos da ação, pelo que pode incorrer, ao analisar os pedidos mediato e imediato, em julgamento *extra petita*, caso dê provimento diverso do que fora postulado, e *ultra petita*, caso o provimento for além do pedido postulado – art. 460 do CPC.

Os elementos funcionam, conforme ensinamentos de Gonçalves (2008, p. 97), como “delimitação objetiva da demanda, vinculando o juiz quando do julgamento. São relevantes também no estabelecimento dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada e permitem delinear as relações que podem existir entre duas demandas [...]”.

Os elementos da ação constantes da petição inicial formarão, junto com os outros requisitos do art. 282 do CPC, os contornos objetivos da lide, pelo qual se delimitam as questões postas em discussão.

### 1.2.2.1 Partes

São partes aqueles que têm capacidade para figurar tanto no polo passivo quanto no polo ativo da demanda judicial. É para quem a tutela jurisdicional é dirigida e em face de quem ela é postulada.

Há, no entanto, alguns casos em que a ação não terá autor, quando o processo puder ser iniciado de ofício, como ocorre com o inventário. Outras ações não terão réu, como nos casos de separação consensual, investigação de paternidade quando o suposto pai já faleceu (por ser de natureza pessoal, essa demanda não pode ser em face do espólio, que é a massa patrimonial do falecido), e as ações declaratórias de constitucionalidade perante o STF, processadas pela Lei nº. 9.868/1999 (GONÇALVES, 2008, p. 97-98).

Em regra, os maiores e capazes podem ser parte em um processo. As partes são denominadas autor e réu, autor-reconvinte e réu-reconvindo, impetrante e impetrado, exequente e executado, reclamante e reclamado etc.

Não são partes o representante do incapaz, o representante da pessoa jurídica, o síndico, quando representante da massa falida, dentre outras hipóteses – art. 12 do CPC.

### 1.2.2.2 Pedido

É o resultado pretendido pelo autor da ação. Em uma ação de reparação de danos materiais, por exemplo, o requerente formula pedido de procedência da ação para condenar o requerido ao pagamento do valor comprovado nos autos.

Gonçalves (2008, p. 98) diz que pedido é a tutela jurisdicional que se pretende obter e o bem da vida almejado. À primeira, dá-se o nome de pedido imediato; ao segundo, pedido mediato. Deve haver correlação entre o pedido e o meio processual pelo qual se busca, pelo que, não sendo correlato, será considerado carecedor da ação, podendo, contudo, retornar a juízo, desta vez formulando pedido apropriado.

O pedido é um dos requisitos da petição inicial (art. 282, IV, do CPC), e deve ser certo e determinado, ressalvado casos em que se admite pedido genérico. Pode também ser alternativo, sucessivo ou cumulado com outros pedidos, ainda que inexista conexão entre eles.

### 1.2.2.3 Causa de pedir

São os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido. É o motivo pelo qual se postula algo em face de alguém.

O autor, na inicial, deve descrever os fatos e os fundamentos jurídicos, mas o juiz deve ater-se somente aos fatos, pois se presume que o magistrado conhece a Lei. Não incorre em julgamento *extra petita* o magistrado que, na sentença, dá provimento com fulcro diverso do postulado; contudo, será *extra petita* a sentença em que, narrado certo fato, o magistrado profere decisão com base em outro, não presente nos autos (GONÇALVES, 2008, p. 99-100).

Embora o magistrado não deva ater-se aos fundamentos jurídicos, estes são requisitos da petição inicial – art. 282, III, do CPC – e devem constar na peça, como expressão de boa técnica processual, sendo que sua inobservância gera a inépcia da exordial – art. 295, I e parágrafo único, I, do CPC.

## 1.3 Processo e procedimento

Vários são os entendimentos e definições acerca de processo e procedimento; porém, todos convergem a um mesmo norte.

Souza (2002, p. 1) nos ensina que o processo “é um conjunto de atos tendentes a fornecer ao juiz os elementos necessários para o julgamento”.

Tal definição reforça a ideia de que a parte deve procurar, por meio das provas produzidas, convencer o magistrado de que o direito lhe pertence. Também se observa, da definição supra, o livre convencimento do juiz na solução do litígio – art. 131 do CPC.

Nas palavras de Gonçalves (2008, p. 104) o processo “constitui-se por uma sequência de atos, indicados na Constituição Federal e nas leis, que devem ser observados por aqueles que integram a relação jurídica processual”.

A Carta Magna limitou-se a indicar princípios gerais, os quais devem nortear as leis processuais infraconstitucionais. Desta forma, a Lei nº. 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis – tem por princípio, dentre outros constantes do seu art. 2º, a celeridade processual, princípio indicado na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII.

Recorrendo-se aos ensinamentos de Souza (2002, p. 6), ele bem define processo e qual sua função dentro de cada um dos tipos que temos no ordenamento vigente ao dizer que “o processo é a figura jurídica através da qual o Estado (jurisdição) põe fim à lide, compondo os conflitos (processo de conhecimento), realizando o direito (processo de execução) ou acautelando situações (processo cautelar), restabelecendo, com isso, a paz entre os litigantes”.

Com o surgimento do processo nasce também uma relação jurídica processual entre aqueles que integram a lide – juiz, autor e réu. Para estes, há uma série de consequências, como, por exemplo, a sucumbência àquele que for vencido e os impedimentos e suspeições do magistrado.

Com relação exclusivamente à ação cautelar, a sua propositura traz consequências da formação de uma nova relação jurídica, ficando sujeitas as partes a direitos e obrigações processuais novas, aos encargos sucumbenciais, à coisa julgada etc. (SOUZA, 2002, p. 7-8).

Segundo prevê a Constituição Federal, em seu art. 22, I, é de competência privativa da União legislar acerca de direito processual. Os atos processuais são regulados por lei federal, em especial pela Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil – e pela Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe acerca dos juizados especiais cíveis.

Com relação ao procedimento, Gonçalves (2008, p. 104) frisa que este é a forma como os atos processuais são encadeados no tempo. Será comum se a sua forma for mais complexa e extensa; será sumário, se mais compacta e célere; e será especial se os atos processuais fogem ao comum.

O legislador elencou como sujeitas ao procedimento sumário, além de outras constantes do art. 275 do CPC, as causas cujo valor não ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos. Outras, como a ação de consignação em pagamento, independentemente do seu valor, sujeitam-se ao rito especial previsto em lei.

Ao contrário do processo, que forma uma relação jurídica processual, o procedimento puro e simples não forma relação jurídica. Daí pode-se perceber que, quando se tratar de processo cautelar, haverá a formação de uma relação jurídica; quando se tratar de procedimento cautelar, não haverá nova relação jurídica (SOUZA, 2002, p. 1).

A medida cautelar, que tem natureza incidental, isto é, trata-se de um pedido acessório que o magistrado deve superar para prosseguimento do feito, não configura nova relação jurídica e não traz ônus às partes.

Souza (2002, p. 6) sintetiza a diferença entre processo e procedimento: “o processo é o conjunto de atos e o procedimento é a forma com que esses atos são realizados”.

Questão interessante é a regra do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, que diz ser de competência concorrente da União e dos Estados ou Distrito Federal legislar a respeito de procedimentos em matéria processual.

Analisando sumariamente o precitado artigo, poder-se-ia chegar à conclusão de que, caso os legisladores estaduais e distrital achassem por bem elaborar um Código de Procedimento, conviveriam no ordenamento jurídico quase três dúzias de Códigos em sintonia com o CPC, cada um ajustando a justiça à sua realidade regional (BUENO, 2011, p. 27-30).

E é esse o melhor entendimento acerca do tema: os legisladores de cada Estado-membro da federação poderiam ditar procedimentos que melhor se adequem às suas peculiaridades locais e regionais, tudo em consonância com o CPC.

Uma crítica que se poderia fazer é a de que a existência de vários Códigos de Procedimento levaria a uma interferência no direito material que, em regra, é de competência privativa da União – art. 22, I, da CF. Entretanto, tal hipótese não merece acolhida. Um procedimento que leve à satisfação de um direito material de forma diferente neste ou naquele Estado da Federação nada diz sobre a existência e os contornos do próprio direito material (BUENO, 2011, p. 29).

Assim, se determinado Estado-membro da Federação prestasse a tutela jurisdicional de forma célere e efetiva, solucionando e pacificando o jurisdicionado com um procedimento diferente, aí se cumpririam, além de outros, os princípios da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF – e da celeridade processual – art. 5º, LXXVIII, da CF.

Um ponto a se indagar seria se à Justiça Federal e à Justiça do Distrito Federal e Territórios se aplicariam os Códigos de Procedimento de cada Estado, ou se deveria haver um Código de Procedimento para a Justiça Federal.

Interessante é a lição trazida por Bueno (2011, p. 30), que diz:

[...] à falta de qualquer regra em sentido diverso, parece ser mais correto o entendimento de que não só o *processo* (e quanto a ele não há dúvida alguma) mas também os *procedimentos* a serem adotados perante a Justiça Federal, de primeira e segunda instâncias, são os definidos em *lei federal*. Enquanto for mantido o Código de Processo Civil e a legislação processual civil extravagante na forma atual, não há chance de ocorrer qualquer lacuna no assunto.

Importante lembrar que a Lei nº. 9.099/1995, que cuida dos juizados especiais cíveis e criminais, se aplica somente à Justiça Estadual de todos os Estados-membros da federação, enquanto a Lei nº. 10.259/2001, que cuida da mesma matéria, aplica-se à Justiça Federal.

A título de informação, tramita na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo o Projeto de Lei nº. 1.258/2009, cuja origem se deu no Anteprojeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. O citado projeto institui o Código de Procedimentos em Matéria Processual no âmbito do Estado de São Paulo e dá providências correlatas (BUENO, 2011, p. 31).

Uma vez aprovado, cabe verificar o impacto das inovações por ele pretendidas, já que será o primeiro Código de Procedimentos específico para um Estado.

## 1.4 Os três tipos de processo

No ordenamento jurídico brasileiro há três grandes categorias, cada qual relacionada com o tipo de provimento:

(i) o processo de conhecimento, em que as partes buscam, com a sentença proferida pelo magistrado, a razão dos fatos e do direito. Tratado a partir do art. 274 do CPC, o processo de cognição é o mais complexo dos processos, pois nele há uma crise de certeza, a qual se dirimirá pela sentença judicial. Inicia-se com a petição inicial, seguida da contestação do requerido, depoimentos pessoais, instrução probatória, memoriais e da decisão;

(ii) o processo de execução, em que se pressupõe um inadimplemento por conta do devedor que, voluntariamente, não cumpre a obrigação. Tal obrigação pode consubstanciar-se num título executivo, judicial ou extrajudicial. Regulamentado a partir do art. 566 do CPC,



neste tipo de processo o Estado-juiz se põe ao lado do credor, forçando o devedor a honrar a obrigação. No entanto, havendo a possibilidade de se cumprir a obrigação por vários meios, o magistrado deverá optar pelo menos gravoso ao executado – art. 620 do CPC;

(iii) e o processo cautelar, em que se pressupõe uma crise de segurança, no qual se buscam medidas que assegurem o resultado final, afastando os riscos da demora. Regulamentado a partir do art. 796 do CPC, o processo cautelar pode se dar por meio de um processo autônomo, preparatório de uma ação principal, ou através de uma simples petição no bojo de um processo qualquer. Em ambos os casos, a finalidade é a mesma: requerer medidas assecutorias do resultado final do processo (GONÇALVES, 2011, p. 233).

Nota-se que cada tipo de processo possui uma finalidade diversa. O processo cautelar tem por escopo assegurar a efetividade do resultado final de outro processo, mediante ações concretas que resguardem o direito do litigante.

Segundo melhor doutrina acerca do assunto, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo. No entanto, no ínterim entre a propositura da ação e a sentença definitiva frequentemente ocorre variação considerável tanto nas coisas como nas pessoas envolvidas no litígio. Assim, é necessário que haja instrumentos e mecanismos postos a serviço da atividade jurisdicional para contornar os efeitos do processo sobre o tempo (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 501-502).

Esses instrumentos são as medidas de urgência previstas no CPC, dentre as quais estão a tutela antecipada e as medidas cautelares, podendo o magistrado concedê-las sempre que haja fundamento legal para tanto.

## **1.5 O processo e o tempo**

Como visto, o processo é uma sequência de atos destinados a fornecer ao Estado-juiz elementos necessários para formar sua convicção a respeito da lide. Inicia-se um processo pela provocação da parte interessada e se finda, geralmente, com uma sentença. Entre a propositura da ação e o advento da sentença decorre certo tempo, que pode ser maior ou menor, dependendo da complexidade da causa.

Carnelutti (1958, p. 232) apud Silva (2000, p. 20) nos alerta que “o tempo é o grande inimigo do juiz, mas o processo jamais poderá dele livrar-se”.

Assim, o tempo é um fator que há de ser considerado no desenrolar do processo. É natural, porém solucionável, que, com uma estrutura precária, falta de magistrados e servidores, excesso de processos etc., o Judiciário demore em solucionar os conflitos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe dois princípios que à primeira vista podem soar contraditórios: devido processo legal – art. 5º, LIV e LV – e celeridade processual – art. 5º, LXXVIII.

O primeiro, subdividindo-se em princípios do contraditório e da ampla defesa, garante às partes um processo cujos atos são ditados por lei, tal como a citação, a contestação da pretensão inicial do autor, a possibilidade de arrolar testemunhas e praticar todos os demais atos a ele inerentes.

O segundo princípio prega a rapidez na solução das questões judiciais e administrativas. Embora a Carta da República não traga requisitos objetivos do que seria a razoável duração do processo, o Código de Processo Civil dita os prazos, por exemplo, para contestar e/ou reconvir em 15 (quinze) dias, apresentar, até 10 (dez) dias antes da audiência, o rol de testemunhas, e para que o magistrado, em 10 (dez) dias, profira sua decisão.

Como já observado, o processo de cognição é o mais complexo, em que há uma série de atos processuais a serem praticados, tudo visando às partes poderem provar o alegado, e ao juiz convencer-se acerca da questão posta a seu julgamento.

No entanto, como conciliar garantias processuais das partes com um processo célere? Usando das palavras de Gonçalves (2011, p. 234):

Para que nenhum risco houvesse, seria preciso que o provimento jurisdicional fosse imediato, o que é inviável, porque necessário observar as formalidades, que constituem garantias aos jurisdicionados. O juiz precisa ouvir as duas partes, garantir-lhes um contraditório adequado, observar o devido processo legal, permitir que provem as suas alegações, ou façam contraprovas do adversário, para então formar a sua convicção.

Vindo de encontro a essa preocupação, as cautelares, segundo Bedaque (2010, p. 519), “destinam-se à proteção imediata e provisória de determinada situação ou bem, mediante cognição sumária, a fim de que o tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal não comprometa a efetividade do instrumento”.

Vislumbra-se, no conceito acima citado, uma característica importante das cautelares, qual seja a provisoriedade, a qual será tratada no item 2.2.5. A cognição sumária consiste em examinar os fatos superficialmente e, demonstrado os requisitos exigidos pela lei, conceder a tutela pretendida.

A efetividade do instrumento é justamente a efetividade do processo em si. O termo instrumento equivale-se ao termo processo, que é um instrumento pelo qual o Estado exerce sua função jurisdicional. A cautelar, mais do que um instrumento a serviço das partes, é uma medida que pode ser utilizada pela parte ou pelo magistrado para que torne o processo viável e merecedor de toda credibilidade perante a sociedade.

## **1.6 Processo cautelar e medida cautelar**

O CPC utiliza as terminologias processo cautelar, ação cautelar e medida cautelar. Cada uma possui significado próprio e merece estudo para melhor interpretação do assunto aqui exposto.

Tratado no Livro III do CPC, a partir do art. 796, sinteticamente processo cautelar é o “ajuizamento de uma ação cautelar autônoma, em que o autor postula providência assecuratória, protetiva e garantidora daquela que se busca no processo principal” (GONÇALVES, 2011, p. 238).

A autonomia da ação cautelar esta relacionada ao pedido principal. A concessão da cautela pretendida não importa reconhecimento do pedido principal, podendo, inclusive, ser o pedido de fundo julgado improcedente. A autonomia do processo cautelar será melhor exposta no item 2.2.2, quando se tratar de suas características.

Na análise de Souza (2002, p. 5), processo cautelar “é aquele que visa produzir uma medida que servirá de segurança ao processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução”.

A sucinta definição acima reforça a instrumentalidade do processo cautelar: em virtude da ação do tempo sobre pessoas, bens ou provas, busca-se uma medida assecuratória que servirá à instrução do processo principal.

O processo cautelar busca assegurar um resultado útil ao processo principal, outorgando segurança provisória aos interesses dos litigantes, tendo função auxiliadora e subsidiária. No momento em que o Estado-juiz concede a cautelar, ainda não se tem condições de apurar, com certeza, se o direito material subjetivo merece tutela definitiva do mérito. Só com a cognição exauriente, feita no processo principal, é que será possível manter ou revogar a cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 502-503).

Como exemplo, ingressa-se com ação cautelar de arresto havendo uma das hipóteses do art. 813 do CPC, casos em que essa medida servirá à instrução do processo principal. O

Código de Processo Civil prevê o prazo de 30 (trinta) dias para a parte ingressar com o processo principal (art. 806), contados da efetivação da medida cautelar, sob pena de perda da eficácia – art. 808, I, do CPC.

Uma observação importante há de ser feita: o CPC adota a expressão *ação* nos artigos 806 e 808, I. Gonçalves (2008, p. 86-87) define *ação* de duas formas: a primeira, como direito de acionar o Poder Judiciário a fim de afastar o perigo; a segunda, como direito a uma resposta de mérito, o que implica no preenchimento de determinadas condições.

Preenchidas as condições gerais da ação, quais sejam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade, terá o requerente o direito de propor a ação cautelar que melhor atenda aos seus interesses. No entanto, na concessão da cautela pretendida o magistrado não aprecia o mérito; ele observa se há os requisitos constantes do art. 801 do CPC. Portanto, neste caso, a expressão *ação* deve ser entendida como o direito provocar o Poder Judiciário, independente da análise do mérito.

Theodoro Júnior (2011, p. 503) ratifica a posição acima ao definir ação cautelar como o “direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal”.

Medida cautelar, embora com a mesma essência do processo cautelar, é aquela requerida no bojo de um processo em andamento, seja ação de cognição ou de execução, visando resguardar ou assegurar o provimento final.

Ugo Rocco (1977, p. 55-56) apud Theodoro Júnior (2011, p. 504) a define como “providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo [...]”.

Antes da promulgação da Lei nº. 10.444/2002, restava ao litigante, no surgimento de urgência, requerer tutela antecipada ou ajuizar ação cautelar incidental, com a formação de um processo autônomo, em apenso. Com o advento da citada Lei, que acrescentou ao art. 273 do CPC o parágrafo 7º, a tutela cautelar e a satisfativa são hoje consideradas fungíveis, isto é, o juiz pode conceder uma coisa pela outra.

Deste modo, havendo pedido liminar de antecipação de tutela, "o juiz pode, verificando que uma medida cautelar é mais adequada, concedê-la no lugar daquela, sem que sua decisão seja considerada *extra petita*" (GONÇALVES, 2011, p. 241).

A ideia de instrumentalidade do processo é reafirmada pela fungibilidade das tutelas de urgência: mesmo não sendo a peça mais adequada ao caso concreto, o magistrado não a indefere; ele concede a que melhor atende e protege o direito do requerente.

## 1.7 Cautelares Satisfativas

Como se verá adiante, no item 2.2, uma das características das cautelares é que não sejam satisfativas. Isto equivale dizer que não satisfazem a pretensão principal do autor; elas previnem um dano, garantem o provimento final, mas não analisam o mérito da questão principal.

Nas palavras de Souza (2002, p. 51), “[...] a tutela cautelar jamais será satisfativa integral. Ela somente será satisfativa em relação ao pedido de segurança e nunca será satisfativa em relação ao pedido de fundo ou principal”.

Trata-se, portanto, de uma decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC), que satisfaz, ou seja, concede a segurança pretendida pelo autor, mas jamais satisfaz o pedido principal, cuja apreciação se dará pela sentença, após a cognição exauriente.

Gonçalves (2011, p. 236) corrobora o entendimento acima exposto ao dizer que “é da essência das cautelares que não sejam satisfativas. A expressão ‘cautelar satisfativa’ é contraditória”.

Não há se confundir a finalidade do processo cautelar com a finalidade dos outros tipos de processos: naquele, se postula pedido assecuratório da decisão final; nestes, se realiza o próprio direito, por exemplo, indenizando o autor por danos decorrentes de acidente de trânsito ou quitando o devedor sua dívida para com o credor.

Analisando o significado da terminologia satisfação, Silva (2000, p. 39) expressa sua abalizada opinião da seguinte forma:

Nossa compreensão do que seja *satisfação* de um direito corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realizá-lo no plano social. Todo direito e, correlativamente, todo dever que grava o sujeito passivo, obrigado a respeitá-lo e cumpri-lo, têm em seu núcleo um determinado verbo especial, através do qual é possível identificar a respectiva ação (de direito material) que o *realiza*. O credor do mútuo tem seu direito, melhor dizendo, sua pretensão satisfeita com o pagamento. O devedor deverá, portanto, realizá-lo *pagando*. O proprietário que se veja privado do uso e gozo do objeto de sua propriedade poderá *reavê-lo* daquele que injustamente o possui (art. 524 do Código Civil).

De encontro a esses posicionamentos, Batalha (1995, p. 53) admite as cautelares satisfativas sempre que constituírem um fim em si, satisfazendo aos objetivos materiais visados.

Há jurisprudência que admite, sim, medidas cautelares satisfativas, mas somente em casos excepcionais, devidamente autorizados pela lei.

Veja-se a jurisprudência do STJ acerca do assunto:

**PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMODATO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR SATISFATIVA DE BUSCA E APREENSÃO. RETOMADA DOS BENS OBJETO DO CONTRATO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.**

1. A possibilidade de ajuizamento de **medida cautelar satisfativa é medida excepcional no ordenamento jurídico**, devendo haver previsão legal expressa para o seu cabimento.
2. A observância desses preceitos, longe de apego excessivo a formalismo, na verdade resguarda o devido processo legal e assegura o direito pleno de defesa, com possibilidade ampla de produção de provas, pois o processo cautelar, com nítido escopo de garantia e acessoriedade, tem por finalidade apenas assegurar a eficácia do provimento a ser proferido na demanda principal.
3. Com efeito, à ausência de previsão legal, **descabe o ajuizamento de ação de busca e apreensão absolutamente satisfativa**, com o escopo de retomar bens móveis objeto de contrato de comodato, razão pela qual, se inexistente ação de conhecimento ajuizada no prazo do art. 806 do CPC, mostra-se de rigor a extinção da ação cautelar, sem resolução de mérito.
4. Recurso especial a que se nega provimento. (Brasília, 2010, grifo nosso).

Entretanto, apesar de existirem posições que admitem o uso da expressão cautelar satisfativa no sentido de que satisfaz o que nela se postulava, o referencial doutrinário predominante não admite a cautelar satisfativa, pois a sua finalidade é resguardar um direito, e não satisfazê-lo quando da sua concessão.

## 1.8 Tutela cautelar e tutela antecipada

Tanto uma quanto outra pertencem ao gênero das tutelas de urgência. Porém, como se verá a seguir, não têm o mesmo conceito e não se prestam ao mesmo fim.

Theodoro Júnior (2011, p. 511) diz que a tutela cautelar e a antecipada representam medidas de natureza emergencial, executiva e sumária.

Diferenciam-se pelo provimento jurisdicional: a cautelar assegura um resultado útil à demanda futura ou em andamento; a tutela antecipada concede, de forma provisória, o mérito da causa.

Souza (2002, p. 61) diferencia as tutelas cautelar e antecipada, também, pela possibilidade de somente o autor postular a tutela antecipada, enquanto que a cautelar pode ser pedida por ambos. Entretanto, há casos excepcionais em que o requerido também poderá fazer pedidos antecipatórios, como nos casos de pedido contraposto em procedimento sumário (art. 278, § 1º, do CPC), bem como em outros casos de ações dúplices.

Utilizando-se de análise gramatical, o art. 273, “caput”, do CPC diz que a parte poderá requerer os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, ou seja, somente ao autor é facultado pedir tal providência jurisdicional. Como o pedido contraposto não é, tecnicamente, uma petição inicial, seria vedado ao requerido pleitear tutela antecipada.

De modo diverso, na reconvenção haveria a possibilidade de tutela antecipada pedida pelo autor-reconvinte. É que este, embora seja réu no processo conexo, é autor na reconvenção, podendo pedir antecipação da tutela.

Ressalte-se que, com o advento da Lei nº. 10.444/2002, que acrescentou o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC, as tutelas cautelar e antecipada tornaram-se fungíveis, podendo o juiz deferir uma pela outra, quando presentes os respectivos pressupostos.

A tutela antecipada será deferida pelo magistrado por meio de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC), da qual caberá agravo, conforme art. 522 do CPC.

## **CAPÍTULO 2 – TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR**

Neste capítulo se estudará a teoria geral aplicável às cautelares nominadas (artigos 813 e seguintes do CPC) e inominadas. Regulamentada nos artigos 796 a 812 do CPC, a teoria geral serve de norte a todos os procedimentos cautelares, demonstrando quais os requisitos para sua concessão, quais suas características, a natureza jurídica das ações cautelares, sua classificação e o poder geral de cautela do juiz.

### **2.1 Natureza jurídica das ações cautelares**

Como demonstrado no item 1.4, as ações cautelares fazem parte do quadro geral das ações, juntamente com as de conhecimento e as de execução, porém com finalidade totalmente diversa destas.

As ações cautelares não se confundem com as ações de conhecimento nem com as ações de execução. Constitui-se em uma ação específica, com caráter de instrumentalidade, que visa a uma providência provisória para, senão sanar, ao menos reduzir a crise de segurança sobre a qual se funda (BATALHA, 1995. p. 82).

A providência provisória surge da necessidade de se proteger pessoas, bens ou provas que se encontram ameaçadas de sofrer lesão. Tal providência pode vir, inclusive, antes de se ingressar com a ação principal – como nos casos de ação cautelar preparatória.

Portanto, a ação cautelar tem natureza jurídica específica, *sui generis*, com objetivos, finalidades, requisitos e rito específicos.

### **2.2 Características**

O processo cautelar tem características que o diferenciam dos processos de conhecimento e de execução. A seguir, se estudará pormenorizado cada uma delas.

#### **2.2.1 Acessoriedade ou instrumentalidade**

A primeira característica deve ser entendida da seguinte maneira: o processo cautelar é acessório em relação ao processo principal, pois o pedido postulado naquele servirá tão-



somente para assegurar o provimento jurisdicional deste. Daí a doutrina falar na natureza não satisfativa das cautelares.

Tendo em vista que o processo cautelar guarda íntima relação com o processo principal e deste é sempre dependente (art. 796 do CPC), a doutrina o qualifica como instrumento do instrumento, pois, ao garantir a eficácia do processo principal, serve ao interesse futuro a ser discutido numa eventual ação de conhecimento ou de execução. E como o processo é o instrumento posto a serviço do Estado, as cautelares são instrumento do instrumento (GONÇALVES, 2011, p. 244).

Pelo princípio da acessoriedade, embora o processo cautelar deva ser proposto por meio de petição inicial e distribuído normalmente ao juízo competente, seus autos deverão ser apensos ao processo principal – art. 809 do CPC.

Batalha (1995, p. 90) define acessoriedade por “[...] servir a ação cautelar a um determinado provimento definitivo, pendente ou futuro. Não constitui um fim processual em si, mas acessório de um processo principal”.

A definição acima, ao dizer que a cautelar serve a um processo pendente ou futuro, reforça a sua dependência com o processo principal. A cautelar não antecipa o mérito da questão, papel das tutelas antecipadas, estas sim de natureza satisfativa, que se regem pelos artigos 273 e 461 do CPC.

Carnelutti (1958, p. 234) apud Theodoro Júnior (2011, p. 504) observa que, em linhas gerais, “[...] o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo cautelar a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante”.

Sendo o processo cautelar instrumento a serviço do processo, e sendo o processo definido como instrumento utilizado pelo Estado para dirimir conflitos, pode-se concluir que o processo cautelar também serve à administração da Justiça, ou seja, garante que futura decisão jurisdicional venha a ser útil e eficiente.

Apesar de ser ponto pacífico na doutrina o caráter acessório do processo cautelar, há quem discorde de tal posição afirmando que “a proteção cautelar pode ser pedida por quem não pretende, jamais, litigar sobre a relação jurídica assegurada e nem mesmo prometa postular uma futura demanda” (SILVA, 1991, p. 60-61, apud SOUZA, 2002, p. 50).

Entretanto, este comportamento deve ser entendido como exceção e não pode, por si só, retirar o caráter acessório, que é inerente às cautelares. O fato de se propor uma cautelar

com a preocupação de ser demandado no futuro já implica na referência a um processo principal, mesmo que este nunca venha a ser postulado.

### **2.2.2 Autonomia**

As características da acessoriedade e da autonomia podem soar contraditórias. Como ao mesmo tempo o processo cautelar é acessório e autônomo em relação ao processo principal?

Ele assim o é, pois exige outra citação do requerido, têm objeto próprio e processamento autônomo. Sua autonomia se dá quanto às condições da ação e aos pressupostos processuais. Pode a ação cautelar ser decidida em um sentido e a ação principal em outro; pode, inclusive, ser vencido em uma e vencedor em outra.

Conclui-se que a autonomia do processo cautelar esta relacionada ao seu julgamento. A concessão da cautelar não implica necessariamente na procedência do processo principal. Segundo Orione Neto (2000, p. 68) apud Souza (2002, p. 47), “a ação cautelar é autônoma e, nessa condição, pode ser acolhida ou rejeitada, conforme seja em si mesma procedente ou improcedente”.

Não se pode perder de vista a existência de três tipos de processos, estando o processo cautelar no mesmo patamar dos processos de conhecimento e de execução.

Carnelutti (1958, p. 355) apud Theodoro Júnior (2011, p. 506) ensina que “a autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais”.

Desta forma, a autonomia que se dá ao processo de cognição anterior ao processo de execução é a mesma que se deve dar ao processo cautelar anterior aos demais tipos de processo. Claríssimo é o art. 810 do CPC, ao dispor que o indeferimento da medida cautelar não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta.

Silva (2000, p. 123-124) entende autonomia sob outro ângulo. Ele exemplifica usando um caso em que o inquilino ajuíza ação de produção antecipada de provas, temendo ser acusado pelo locador de avarias na sua propriedade. Não haveria como o autor da ação cautelar indicar a lide principal (art. 801, III, do CPC), pois inexistente qualquer ação a que a vistoria se pudesse ligar em relação de dependência. Para o autor, a ação cautelar é autônoma no sentido de dispensar a existência de uma lide principal.

Em que pese a abalizada opinião exposta, o referencial doutrinário predominante é de que a autonomia diz respeito ao julgamento da ação cautelar, que não está vinculado ao julgamento da ação principal.

O mais adequado, do ponto de vista jurídico, é que seja proferida sentença no processo cautelar, concedendo ou não o pedido, e só depois venha a ser julgado o processo principal. Entretanto, há magistrados que julgam os dois processos em uma única sentença, com o devido cuidado de examinar tanto o provimento cautelar quanto o principal (GONÇALVES, 2011, p. 245).

Tendo em vista que a natureza do processo cautelar é resguardar o provimento jurisdicional de uma ação futura, nada mais justo que seja apreciado com a urgência que o caso sugere, inclusive com a possibilidade de concessão *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir o demandado – art. 804 do CPC.

### 2.2.3 Urgência

Na concessão da cautelar, o magistrado deve decidir de forma célere e afastar a situação de risco imediatamente, ou em pouco tempo. Do contrário, poderá não haver mais interesse a ser tutelado.

Essa urgência requerida pela cautelar afeta diretamente na forma de cognição com que o magistrado analisa os fatos. Não há tempo hábil para uma análise profunda e nem para colher todas as provas, ou seja, não há tempo para uma cognição exauriente, a qual será feita na sentença do processo principal (GONÇALVES, 2011, p. 245).

Veja-se a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR PARA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS. LIMINAR. INDEFERIMENTO.

1. É possível o manejo de **medida cautelar** originária para obter a antecipação de tutela em recurso ordinário. Para tanto é necessária a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na **urgência** da prestação jurisdicional, bem como a caracterização do *fumus boni juris*, consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. A alegação de que houve desrespeito ao edital do certame, porquanto ocorreu erro na contagem da pontuação obtida no exame psicotécnico, **não foi demonstrada de plano**.

3. Não evidenciada verossimilhança do alegado na presente cautelar e do possível acolhimento do recurso em mandado de segurança, a decisão agravada deve ser mantida.
4. Agravo regimental improvido. (Brasília, 2011, grifo nosso).

Depreende-se, da leitura da ementa acima, que a urgência esta intimamente ligada a um dos requisitos da medida cautelar, o *periculum in mora* que, inexistindo, não há se falar em urgência e tampouco deferimento da cautelar.

#### **2.2.4 Sumariedade da cognição**

Para que a cautelar seja útil e sirva ao fim a que se propõe, é necessário que o magistrado a analise de forma rápida, urgente, célere. Não há tempo hábil para o juiz convencer-se convictamente acerca do alegado.

Assim, a sumariedade da cognição se dá pela análise superficial do caso em concreto. Trata-se de um juízo de valor com poucos conhecimentos, suficientes para convencer o magistrado a respeito da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Para Gonçalves (2011, p. 246), “basta a aparência do direito para a proteção cautelar. Há casos em que a medida precisa ser concedida sem que a parte contrária seja ouvida, quando nem sequer se instaurou o contraditório”.

Em outras palavras, presente a fumaça do bom direito, com a possibilidade do perigo se concretizar, é plausível a concessão da cautelar. Em determinados casos, pode até ser dispensado o depoimento do demandado – art. 804 do CPC.

No entendimento de Souza (2002, p. 60-61), a cognição somente será sumária se deferida provisoriamente em decisão liminar, mas será de cognição plena quando deferida ao final do processo cautelar, por sentença definitiva, após cumpridos o contraditório e a fase probatória.

Havendo pedido liminar em uma medida cautelar, o magistrado terá de verificar se estão presentes os requisitos para a sua concessão (*fumus boni juris* e *periculum in mora*); havendo-os, o juiz defere a liminar e o processo segue para os atos pertinentes. Essa verificação é feita de forma ainda mais sumária com intuito de se constatar a presença de tais requisitos.

Certamente, ao final do processo cautelar, após a contestação do requerido, produção de eventuais provas e demais atos processuais, o juiz terá maiores elementos de convicção e a

sentença virá ratificando a liminar ou revogando os seus efeitos. Essa sentença, cujo processo passou pelo contraditório e pela ampla defesa, é expedida após uma cognição exauriente.

### 2.2.5 Provisoriedade

Justamente porque concedidas em cognição sumária e em caráter acessório, as cautelares são provisórias. Quando da concessão de liminar, o magistrado baseia sua decisão levando-se em conta circunstâncias presentes naquele momento. Podem, no entanto, ocorrer mudanças fáticas, o que ensejariam alteração ou revogação da medida.

Gonçalves (2011, p. 246) adverte que as cautelares não se sujeitam à preclusão, nem a sentença à coisa julgada material. Seus efeitos não se tornam imutáveis, nem poderiam, dada a sua natureza acessória: ao proferir sentença, o juiz está decidindo apenas a lide cautelar, mas não solucionando o litígio.

A determinação do art. 808, III, do CPC reforça o caráter de provisoriedade ao estabelecer que cessa a eficácia da medida cautelar a declaração de extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Ratifica o caráter provisório o entendimento de Theodoro Júnior (2011, p. 505), para quem “as medidas cautelares têm duração *temporal limitada* àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento final ou definitivo”.

Há doutrinadores, entretanto, que não têm este mesmo entendimento acerca do caráter provisório das cautelares.

Souza (2002, p. 55) alega que a medida cautelar só será provisória quando deferida por liminar, e sempre definitiva quando por sentença.

Pode-se admitir que a sentença cautelar é definitiva no sentido de que houve análise do que fora postulado, optando o magistrado pelo procedência ou improcedência, daí não podendo mais ser alterada, exceto nos casos previstos em lei.

Tome-se como exemplo o arresto. De acordo com Theodoro Júnior (2011, p. 505), ele “desaparece e é substituído pela penhora”. Para Souza (2002, p. 59), “em vez de se extinguir, transforma-se em penhora (art. 818 do CPC) e continuará até que se efetive a execução”.

Nota-se que ambos chegam a um consenso, o qual o arresto se resolve em penhora, nos termos do art. 818 do CPC. Desta forma, a medida cautelar atingiu sua finalidade, assegurou um provimento útil ao processo principal.

De fato, emitida a sentença, o juiz só poderá alterá-la para retificar erros materiais, de cálculo ou por meio de embargos de declaração (art. 463 do CPC). Por via de ação rescisória, presentes quaisquer das hipóteses do art. 485 do CPC, a sentença será rescindida e o Tribunal proferirá novo julgamento.

Portanto, a medida cautelar deferida em liminar é provisória, pois esta no aguardo da sentença, esta sim, definitiva. Expedida no processo cautelar, a sentença terá força de lei nos limites da lide e das questões decididas – art. 468 do CPC – e fará coisa julgada formal entre as partes – art. 472 do CPC.

A fim de ilustrar o caráter provisório das ações cautelares, segue jurisprudência do STJ acerca do assunto:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS INCIDENTAL À AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR.**

- A **provisoriedade** e a acessoriedade do processo cautelar decorre do teor do art. 796 do CPC, porquanto sua duração acompanha o tempo de vida do processo principal; a resolução deste soluciona a lide e **esvazia a função auxiliar e subsidiária** daquele.

- Com o trânsito em julgado da sentença proferida no processo principal, **cessa a eficácia da medida cautelar**, nos termos do art. 808, inc. III, do CPC, a qual extingui-se-á.

Recurso especial conhecido e provido. (Brasília, 2007, grifo nosso).

Depreende-se da jurisprudência acima que a provisoriedade do processo cautelar faz-se evidente enquanto corre o processo principal. Levando-se em consideração que houve ingresso de ação cautelar incidental, a medida expedida foi em caráter liminar e, portanto, provisório e acessório.

Um último ponto a ser abordado refere-se à terminologia empregada. Usa-se as expressões temporariedade e provisoriedade como sinônimas. Tecnicamente, não são.

Calamandrei (1945, p. 36-37) apud Silva (2000, p. 64-65) fez a distinção entre temporariedade e provisoriedade, para quem:

[...] *temporário* é simplesmente aquilo que não dura sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de *outro evento subsequente que o substitua*, enquanto o *provisório*, sendo como o primeiro também coisa destinada a não durar para sempre, ao contrário daquele, está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário [...].

Desta forma, seria temporária a tutela deferida na sentença do processo cautelar, e não provisória, visto que a nada a substitui. Tanto o é que o art. 808 do CPC traz os casos de cessação da medida cautelar e, entre eles, não se encontra menção à substituição por outra medida.

Entretanto, esta é uma posição minoritária e a maioria da doutrina e da jurisprudência usa a terminologia provisoriedade como característica das cautelares.

### **2.2.6 Revogabilidade**

A medida cautelar pode vir a ser modificada ou revogada, a qualquer tempo, seja em face da modificação dos fatos e provas que ensejaram a sua concessão, seja para aprimorar aquilo que se decidiu anteriormente.

Com o andamento do processo, tanto do cautelar como do principal, o magistrado vai aperfeiçoando seu convencimento acerca daquilo que lhe é apresentado, o que lhe permitirá, mesmo em se tratando de sentença cautelar, revalidar as medidas de urgência caso perceba que se tenham tornado inadequada, insuficiente, excessiva ou desnecessária (GONÇALVES, 2011, p. 248).

Como medida de justiça, nada mais certo modificar ou revogar medidas que se tornem ineficazes. De nada adiantaria manter uma medida que, após expedida por cognição sumária e com poucos elementos, não mais atenda à sua finalidade.

Batalha (1995, p. 91-92) leciona que o caráter revogável é da natureza das cautelares, “excetuadas as hipóteses em que a decisão, na ação cautelar, se projeta sobre a substância do direito, por haver certeza e não mera verossimilhança acerca do direito, como são as hipóteses de decadência ou prescrição do direito do autor [...]”.

É que nestes casos, conforme prescreve o art. 269, IV, do CPC, o juiz pronunciará a decadência ou a prescrição e extinguirá o processo com resolução de mérito, pois não há mais pretensão da parte em ver seu direito resguardado.

Theodoro Júnior (2011, p. 505) diz que decorrem “a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução”.

Ressalte-se que, conforme o ensinamento acima exposto, deve ser entendida a presente característica sob duas óticas: a primeira, no sentido de revogar a medida e retirar-lhe a

eficácia, cessando os seus efeitos; a segunda, no sentido de alterá-la e adequá-la a novos fatos ou provas, mantendo-a com os efeitos adequados.

Importante salientar a desnecessidade de provocação da parte interessada para que o magistrado modifique a cautelar concedida. Segundo preleciona Gonçalves (2011, p. 248), “dada a provisoriedade que lhes é inerente e o poder geral de cautela do juiz, não é preciso o requerimento, podendo o juiz, de ofício, avaliar a situação e modificar ou revogar as já concedidas, caso isso convenha à proteção dos interesses dos litigantes”.

No entanto, esse poder do juiz não é ilimitado. Desde que devidamente fundamentada, a decisão que revoga ou modifica a medida cautelar, feita de ofício pelo magistrado, é perfeitamente aceitável, pois, desta decisão caberá recurso, o qual deverá ser interposto diretamente no tribunal – art. 800, parágrafo único, do CPC.

Levando-se em conta que as decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF), Batalha (1995, p. 92) assevera que “o juiz não pode agir com arbitrariedade, devendo embasar a modificação ou o cancelamento da medida cautelar em razões objetivas, perfeitamente configuradas e demonstradas no despacho [...]”.

Assim, embora haja a possibilidade do magistrado agir de ofício e revogar ou modificar a medida cautelar, deve ele fundamentar o porquê desta decisão, dando ciência às partes para, querendo, recorrerem.

Batalha (1995, p. 92) ensina que, além de a medida cautelar poder ser revogada pelo próprio juiz que a concedeu e pelo tribunal, em recurso de apelação, é possível sua revogação por meio de mandado de segurança, presentes os pressupostos deste, nas hipóteses em que o recurso não tenha efeito suspensivo e da sentença possa resultar dano irreparável, ou de difícil reparação, ocorrendo violação de direito líquido e certo por parte da autoridade judicial.

A jurisprudência admite a impetração de mandado de segurança, por se tratar de ação de cunho constitucional e caráter residual.

Veja-se a jurisprudência do TJ/RS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. **AÇÃO CAUTELAR DE PROTESTO JUDICIAL CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS**. DEFERIMENTO DO PROTESTO.

1. Em razão da **ausência de recurso específico** para recorrer de decisão que defere o protesto, o Superior Tribunal de Justiça **admite a impetração de Mandado de Segurança**. Descabimento de interposição de agravo de instrumento.



2. Intempestividade do agravo de instrumento em relação à recorrente JLS Assessoria Técnica Ltda que também inviabiliza o conhecimento do recurso quanto à sua pessoa (arts. 241, I e 522 do CPC).  
Agravo de Instrumento não conhecido. (Porto Alegre, 2011, grifo nosso).

Destarte, admite-se a impetração de mandado de segurança para recorrer da decisão que defere o protesto. Por conseguinte, não se admite tal remédio constitucional contra ato judicial passível de impugnação por meio processual próprio.

### **2.2.7 Inexistência de coisa julgada material**

A coisa julgada constitui-se em um dos efeitos da sentença. Decorrido o prazo para recurso, a sentença torna-se imutável e indiscutível (art. 467 do CPC), denominando-se coisa julgada material.

Gonçalves (2011, p. 248) conceitua coisa julgada material como o “fenômeno que se projeta para fora do processo em que a sentença é dada, impedindo que novas ações sejam aforadas”.

A sentença do processo cautelar preparatório não faz coisa julgada material, pois o magistrado, quando da apreciação do processo principal, faz uma nova análise da sentença expedida e, se for o caso, a mantém, a modifica ou a revoga.

Leciona Theodoro Júnior (2011, p. 547) que, “uma vez que o processo cautelar não cuida de solucionar a lide, nele não há decisão de mérito, de maneira que não se pode cogitar de coisa julgada *material* diante do deferimento ou indeferimento das medidas cautelares”.

Entretanto, a ausência de coisa julgada material não autoriza o autor a repetir, após seu indeferimento, o mesmo pedido, com as mesmas partes e sob o mesmo fundamento. É defeso ao autor, nestes casos, repetir o pedido, salvo por novo fundamento – art. 808, parágrafo único, do CPC.

De acordo com Theodoro Júnior (2011, p. 547), há, no entanto, um único caso em que a sentença do processo cautelar fará coisa julgada material, na hipótese de o juiz entrar no mérito da controvérsia e acolher a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor, nos termos do art. 810 do CPC.

Nos casos de julgamento com resolução do mérito, em que o juiz acolhe a alegação de prescrição ou de decadência (art. 269, IV, do CPC), a sentença faz coisa julgada material e não esta sujeita à modificação ou revogação.

## 2.2.8 Fungibilidade

As tutelas cautelares são, entre si, fungíveis, isto é, o juiz pode deferir a medida mais adequada à situação, mesmo distinta da requerida, sem que sua decisão seja considerada *extra* ou *ultra petita*.

Gonçalves (2011, p. 249-250) relata que há um interesse público na concessão da medida correta, ainda que o direito material subjacente seja disponível, pois o bom funcionamento da justiça será preservado com a adoção de medidas eficientes.

O princípio da fungibilidade das medidas cautelares dá ao juiz condições para melhor conduzir o processo e, assim, prestar a função jurisdicional de forma mais adequada. Nestes casos, o magistrado não está adstrito ao pedido, podendo adequá-lo à situação trazida aos autos.

Para Theodoro Júnior (2011, p. 555), a fungibilidade diz respeito à possibilidade de substituir a medida cautelar por caução ou outra garantia menos gravosa ao requerido, sempre que esta garantia for adequada ao fim da tutela cautelar.

Entretanto, esse é apenas um de seus desdobramentos. Assim, pela característica da fungibilidade, admite-se a substituição da medida cautelar por caução ou outra garantia menos gravosa; o deferimento de outra cautelar que não a pedida, se presentes os pressupostos desta; e a conversão da tutela cautelar em antecipada.

A jurisprudência é pacífica quanto a esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. IMINÊNCIA DE PREJUÍZO A CIDADÃOS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO.

1. Não há, no acórdão recorrido, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não foram malferidos os artigos 515 e 535 do Estatuto Processual Civil.

2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da **admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida**. Agravo Regimental Improvido. (Brasília, 2009, grifo nosso).

Como já explicado, com o surgimento da Lei nº. 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art. 273, as tutelas antecipadas e as cautelares passaram a ser fungíveis, podendo o juiz conceder uma pela outra – e vice-versa – sempre que presentes os requisitos da medida que vier a ser concedida.

Gonçalves (2011, p. 250) adverte que a fungibilidade não pode ser usada para burlar as exigências legais quanto às cautelares nominadas. O juiz, verificando que a parte qualifica de cautelar inominada uma ação em que tudo se pareça com o arresto, deve exigir que demonstre o preenchimento dos mesmos requisitos que o arresto exigiria.

O legislador entendeu por bem conceber as cautelares inominadas, diante da impossibilidade de se prever e especificar todos os casos em que um processo preparatório se faria necessário. Em outras hipóteses, especificou seus pressupostos (arresto, sequestro, produção antecipada de provas), devendo ser observados e cumpridos por aquele que pretenda tal segurança.

## 2.3 Requisitos

Para que o requerente tenha seu pedido de segurança deferido, faz-se necessário o preenchimento de dois requisitos inerentes às cautelares: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, constantes dos artigos 798 e 801, inciso IV, ambos do CPC.

A ação cautelar seria composta, portanto, de cinco condições da ação: as comuns a todas as ações – legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido – e as específicas do processo cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni juris*. O não preenchimento de umas e outras implicaria na extinção do processo sem resolução de mérito (GONÇALVES, 2011, p. 257).

De fato, o profissional que elabora uma ação cautelar procura demonstrar ao magistrado, da forma mais clara possível, a presença dos requisitos específicos, pois estes é que darão sustentação a toda sua argumentação jurídica. É comum a abertura de tópicos exclusivos para se demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Batalha (1995, p. 133) faz uma pequena síntese dos requisitos da ação cautelar:

A petição inicial deverá ressaltar a ocorrência dos pré-requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. São elementos que devem ser alegados com demonstrações objetivas (provas) ou indícios relevantes. O *fumus boni juris* não é evidência de direito, mas razoabilidade e verossimilhança da postulação meritória. O *periculum in mora* deve ser demonstrado com condições de plausibilidade, ou presumido de acordo com *id quod plerumque accidit*, com aquilo que normalmente ocorre.

Assim, havendo indícios de plausibilidade do direito e do receio de perecer ou se tornar ineficaz, estará preenchido os requisitos do art. 801, inciso IV, do CPC.

Frise-se que as condições da ação cautelar não se confundem com o mérito. Aquelas são necessárias para que o magistrado possa examinar a pretensão do litigante. A existência concreta dos requisitos é que constitui o mérito da ação cautelar. O juiz, com base em tais condições, é que julga procedente ou improcedente a ação (GONÇALVES, 2011, p. 257).

As condições específicas, portanto, são elementos necessários para a admissibilidade da ação cautelar. A efetiva existência destes requisitos também constituirá o mérito da ação, não em um juízo superficial, mas sim em cognição exauriente.

### **2.3.1 *Fumus boni juris***

Pode-se definir o primeiro requisito como sendo aquele direito plausível, verossímil, provável, possível de existir.

Silva (2000, p. 75) diz que o *fumus boni juris* deve ser entendido “[...] não como um direito efetivamente existente, e sim como uma simples probabilidade de que ele realmente exista”.

A plausibilidade, saliente-se, se dá para o magistrado, que não tem conhecimentos fáticos acerca do caso e por vezes deve se contentar somente com a versão do autor, como nos casos de audiência *inaudita altera pars* – art. 804 do CPC. O autor, por ser o titular do direito, o vê como algo indiscutível e concreto.

Ugo Rocco (1959, p. 433) apud Theodoro Júnior (2011, p. 512) adverte que a pretensão deve se revelar como um “interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que *prima facie* possam formar no juiz uma opinião de credibilidade [...]”.

A cognição sumária, além de ser característica essencial das tutelas cautelares, se justifica pela urgência que se impõe ao rito cautelar. Não teria razão de existir o processo cautelar se a segurança nele postulada viesse tarde, tornando-se inútil ou ineficaz.

Caso o direito se apresente de indiscutível evidência, não restando nenhuma dúvida para o magistrado, a resposta jurisdicional adequada será a tutela definitiva e satisfativa. Se o juiz pode, com convicção e segurança, proclamar a existência do direito, a demora em protegê-lo seria injustificada (SILVA, 2000, p. 77).

Ressalte-se que, pelo argumento acima exposto, é que se examina se a pretensão alegada pelo autor é plausível. Não se cogita a certeza acerca do direito narrado, e sim sua verossimilhança.

Na análise do *fumus boni juris*, o magistrado deve valer-se do princípio da proporcionalidade, sopesando quais consequências advirão da concessão, ou não, da cautelar. Pode ele, inclusive, atenuar as exigências do *fumus boni juris* quando o perigo da demora for muito grande. Há certa margem de liberdade, porém não há discricionariedade na sua concessão (GONÇALVES, 2011, p. 258-259).

A decisão do juiz, portanto, não é discricionária, mas sim vinculada ao preenchimento dos requisitos da ação cautelar. Presentes os pressupostos específicos, o magistrado é obrigado a deferi-la.

A respeito do princípio da proporcionalidade, o magistrado deve usá-lo quando se deparar com dois ou mais bens jurídicos tutelados, sopesando qual destes bens tem maior relevância para o ordenamento jurídico e preterindo os demais.

Narra Theodoro Júnior (2011, p. 513) que incertezas podem ocorrer, mas não podem impedir o acesso à tutela cautelar. Cogita-se a ausência do *fumus boni juris* quando, pela aparência exterior da pretensão, se vislumbrar a carência da ação ou a rejeição do pedido, pelo mérito. Do mesmo modo, não ocorre a fumaça do bom direito quando se configurar caso de inépcia da petição inicial principal – art. 295 do CPC. Fora destes exemplos, há sempre algum vestígio de bom direito a ser merecedor da tutela cautelar.

Vê-se que os casos de não preenchimento dos requisitos específicos estão ligados ao indeferimento da ação. Se se cogitar a carência, a rejeição do pedido, ou a inépcia da peça inicial, será caso de ausência dos pressupostos da ação cautelar.

### **2.3.2 *Periculum in mora***

O perigo da demora traduz-se em um possível dano, que pode ocorrer em razão da ação/omissão das partes envolvidas no litígio ou do fator tempo, prejudicando sensivelmente o estado das coisas que dizem respeito à lide. Ou seja, o dano, se ocorrer, pode tornar o provimento final ineficaz ou inútil.

Theodoro Júnior (2011, p. 512-513) leciona a respeito do *periculum in mora* dizendo ser um dano potencial, objetivamente apurável, do qual possa resultar perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer transformação dos bens, pessoas ou provas que dizem respeito à lide. Refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, o que não poderá se concretizar caso o dano ocorra.

Assim como ocorre com o *fumus boni juris*, o *periculum in mora* é analisado em cognição superficial. Porém, há a necessidade de o temor ser fundado em razões objetivas ou fatos concretos. A simples alegação da parte baseada em receios subjetivos ou suposições não preenche este requisito.

Segundo Silva (2000, p. 55):

[...] a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do *procedimento ordinário*. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente.

Não se pode perder de vista o objetivo da ação cautelar: buscar medidas judiciais, em razão da crise de segurança, que assegurem o resultado final da lide. Se a ação cautelar tivesse de se submeter ao rito ordinário, a segurança outorgada poderia não servir mais.

Theodoro Júnior (2011, p. 513-514), analisando a disposição literal do art. 798 do CPC, diz que o perigo deve ser fundado, relacionado a um dano próximo, grave e de difícil reparação. Fundado porque deve se basear em razões objetivas; dano próximo ou iminente refere-se à possível lesão que deve ocorrer antes da solução definitiva de mérito; dano grave, aquele que, uma vez consumado, importa em supressão ou inutilização do interesse da parte; dano de difícil reparação pode ser aferido do ponto de vista objetivo – aquele dano que não permita, pela sua natureza, reparação – como subjetivo, o responsável pelo dano não tenha condições econômicas de repará-lo.

Todas essas características se justificam porque a tutela cautelar virá com o fim de impedir, ou ao menos reduzir, a ocorrência do dano. Se o dano não for fundado e iminente, não há razão para se outorgar uma segurança imediata. Do mesmo modo, se a reparação for perfeitamente possível, é de se preferir que o juiz forme sua convicção para só então dizer a quem cabe o direito.

Por fim, a crítica que se faz ao artigo 798 do CPC é que, ao lê-lo, tem-se a impressão de que somente a parte, pela conduta humana voluntária, poderia causar lesão ao direito da outra; as advindas de fatos da natureza não seriam merecedoras da tutela cautelar. É perfeitamente possível ação cautelar em virtude de fatos naturais, porém, mesmo nestes fatos, há uma omissão do réu em reparar ou prevenir o dano ou sua continuação (GONÇALVES, 2011, p. 260).

Só na análise do caso concreto é que se saberá se a lesão adveio exclusivamente de fatos da natureza ou se, embora ocorridos por fatos naturais, o requerido poderia ter reparado ou prevenido o dano.

## **2.4 Classificação das ações cautelares**

Classificar implica em agrupar em classes os elementos segundo um critério, sistema ou método. Ao classificar as ações cautelares, o que se busca é salientar seus pontos em comum ou suas divergências.

Uma mesma medida cautelar, dependendo do ângulo em que se analisa, pode aparecer em mais de uma classificação diferente. Pode-se classificar as tutelas cautelares da seguinte forma.

### **2.4.1 Quanto ao nome**

Classificar quanto ao nome importa salientar quais das medidas cautelares estão disciplinadas na legislação, inclusive com suas hipóteses de cabimento, e quais não ostentam nome.

As cautelares às quais a legislação dá nome são as chamadas nominadas ou típicas. As que não ostentam nome, e se enquadram no poder geral de cautela do juiz, são as chamadas cautelares inominadas ou atípicas (SOUZA, 2002, p. 42).

São exemplos de ações cautelares nominadas o arresto, o sequestro, a produção antecipada de provas e o arrolamento de bens, todas especificadas no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, em cujas ações deve-se demonstrar seu cabimento conforme diz a lei.

Na ação cautelar inominada, deve-se demonstrar os requisitos específicos – *fumus boni juris* e *periculum in mora* – a fim de que o magistrado, analisando-os, a defira. Os exemplos trazidos pela doutrina e jurisprudência são a cautelar de sustação de protesto, a cautelar contra riscos de dilapidação de fortuna e a proibição de usar nome comercial.

### **2.4.2 Quanto ao momento da propositura**

Quanto ao momento de sua propositura, a cautelar poderá ser antecedente ou incidente, a depender da existência, ou não, de processo principal. Será antecedente a ação cautelar que é interposta antes da propositura do processo principal; será incidente a ação cautelar que é proposta após a existência do processo principal.

Entre as cautelares antecedentes e incidentes, há, em ambas, uma subclassificação em facultativas e necessárias. Diz-se facultativas as ações cautelares cuja redação da lei nada fala acerca do momento da sua propositura. Diz-se necessárias as ações cautelares nas quais a lei prevê expressamente o momento de sua interposição (SOUZA, 2002, p. 18-19).

Desta forma, é exemplo de cautelar necessariamente antecedente a ação de exibição, pois a redação do artigo 844 do CPC traz expresso que cabe, em procedimento preparatório, tal cautelar. Do mesmo modo, será necessariamente incidente a ação cautelar de atentado (artigos 879 a 881 do CPC), tendo-se em vista que o artigo 879 exige que quaisquer das condutas descritas nos seus incisos sejam praticadas no curso do processo.

Tem-se como exemplos de cautelares facultativas, tanto antecedentes como incidentes, o arresto (artigos 813 a 821 do CPC), o sequestro (artigos 822 a 825 do CPC) e a produção antecipada de provas (artigos 846 a 851).

### **2.4.3 Quanto à finalidade da segurança**

A finalidade do processo cautelar é assegurar a eficácia de outro processo, denominado processo principal. A segurança que se busca na ação cautelar poderá recair sobre provas, bens ou pessoas.

As que asseguram bens compreendem as que visam a uma futura execução forçada e as que procuram manter um estado de coisa. As que asseguram pessoas têm como escopo a guarda provisória ou a satisfação das necessidades urgentes. As que asseguram provas antecipam a sua coleta a fim de serem utilizadas em futura instrução do processo principal (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 507).

São exemplos de ações cautelares que asseguram bens o arresto (art. 813), o sequestro (art. 822), estas visando a futura execução, e o arrolamento de bens (art. 855), que visa manter a coisa no seu *status quo*.

São exemplos de cautelares que asseguram pessoas a posse provisória dos filhos (art. 888, III) – que tem intuito de guarda – e os alimentos provisionais (art. 882) – cuja finalidade é satisfazer as necessidades imediatas do alimentando.



Com relação às que recaem sobre provas, pode-se citar a produção antecipada de provas (art. 846) e a exibição de coisa, documento ou escrituração contábil (art. 844).

#### **2.4.4 Quanto à medida preventiva**

Com relação à medida preventiva, as cautelares podem ser contenciosas, também denominadas jurisdicionais, ou não contenciosas, também chamadas de voluntárias. As contenciosas pressupõem um litígio, um confronto de interesses, pelo qual uma parte encontra resistência da outra. Nas não contenciosas, não há qualquer litigiosidade.

Segundo Theodoro Júnior (2011, p. 509-510), verifica-se uma ou outra pela existência, dentro do procedimento cautelar, de contestação: havendo, a cautelar será contenciosa; inexistindo, a cautelar será não contenciosa.

Tal distinção têm efeitos na sucumbência. O requerente suportará os gastos processuais em se tratando de medidas não contenciosas, como é o caso das ações de vistoria *ad perpetuam rei memoriam*. Será, no entanto, a cargo do vencido, seguindo regra geral do CPC, as ações cautelares contenciosas.

### **2.5 Poder geral de cautela**

A lei, como norma geral e abstrata, por vezes não consegue especificar todas as hipóteses de risco a direito dos litigantes. Diante desta imprevisibilidade, o legislador trouxe, no art. 798 do CPC, a possibilidade de o juiz conceder medidas cautelares, mesmo não expressamente previstas no ordenamento jurídico, que assegurem a eficácia de futura decisão jurisdicional.

Essas medidas caracterizam o poder geral de cautela do juiz, que consiste em determinar medidas provisórias, quer típicas ou atípicas, observando-se seus requisitos específicos, que melhor se adequem ao caso concreto, visando evitar um dano ao direito da parte.

Segundo Gonçalves (2011, p. 251), “o juiz tem o poder de conceder a tutela de urgência apropriada à proteção dos direitos em litígio, ainda que não previstas em lei”.

O poder geral de cautela, assim como a fungibilidade, representam mecanismos para dar maior efetividade e celeridade ao processo cautelar para que alcance a sua finalidade, qual seja a de assegurar o resultado do processo principal.

Para Gonçalves (2011, p. 252-253), o poder geral de cautela do juiz admite certa margem de liberdade, mas não discricionariedade. Presentes os requisitos específicos da cautelar, é dever do juiz concedê-la. O magistrado não pode, por critérios de conveniência e oportunidade, preferir uma medida cautelar em benefício de outra.

Essa liberdade consiste na aferição subjetiva dos requisitos específicos da cautelar. No entanto, a lei não lhe dá outro caminho senão, convencido da plausibilidade do direito e do receio da demora, outorgar a medida que melhor atenda ao interesse da parte.

Questão que suscita dúvida é a que versa acerca da possibilidade do juiz, de ofício, conceder medida cautelar, verificando que o provimento final corre risco. Quanto à tutela antecipada, não há dúvidas, pois o art. 273, “caput”, exige expressamente o requerimento da parte.

Com relação às cautelares, Batalha (1995, p. 66) assevera: “[...] o juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei”.

Assim, embora o magistrado aja de ofício, ou seja, sem provocação da parte, ele o faz resguardado pela lei, que expressamente prevê tal possibilidade. Cite-se como exemplo os artigos 793 e 1.001 do CPC.

Gonçalves (2011, p. 253-254) observa que, não havendo processo cautelar, o juiz não pode instaurá-lo por iniciativa própria, pois assim feriria o princípio da inércia jurisdicional. Porém, quando há processo cautelar autônomo em andamento, entende-se que o juiz pode, de ofício, conceder a segurança mesmo sem requerimento da parte.

É que nestes casos o autor demonstrou uma situação de urgência e pretende ver o seu direito assegurado. Se o magistrado pode conceder a medida cautelar que melhor atenda aos interesses do autor, é razoável o entendimento de que ele também pode deferir a medida cautelar adequada, mesmo sem requerimento da parte.

Conquanto haja a fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar, na ação cautelar o juiz somente pode conceder, de ofício, medida cautelar.

Por fim, importante ressaltar que a questão da concessão de medida cautelar de ofício não se aplica aos processos de cognição e de execução, em que se exige o requerimento da parte interessada para a concessão da cautelar.

## CAPÍTULO 3 – ASPECTOS PROCESSUAIS

Neste último capítulo, pretende-se verificar os principais aspectos processuais de uma ação cautelar, a competência para apreciá-la, a sua propositura, em se tratando de processo cautelar preparatório, a possibilidade da realização de audiência *inaudita altera pars*, a citação e resposta do requerido, a sentença, recursos e a coisa julgada.

### 3.1 Competência

A ação cautelar preparatória deve ser proposta perante a autoridade judiciária cuja competência é a de conhecer da ação principal. A medida cautelar, por ser uma peça incidental, é dirigida ao juízo da causa principal e distribuída por dependência, devendo os autos ser apensados ao processo principal.

Levenhagem (1992, p. 19), cuidando da competência, traz, em síntese, que:

Todas as medidas cautelares previstas no Código e mais as omitidas, mas que sejam necessárias, devem ser requeridas ao juiz que esteja presidindo o processamento da ação principal. Esse é o foro competente, em se tratando de medidas a serem tomadas como incidentes, isto é, quando já em curso a ação principal. Tratando-se de medida de caráter preparatório, ou seja, quando se destinar a fundamentar uma ação ainda a ser ajuizada, o foro competente será aquele que for competente para a ação principal a ser proposta, conforme preceitua o Código.

A regra acima é a básica, prevista no art. 800 do CPC, cuja redação aparentemente não traz dificuldade alguma para o endereçamento da ação inicial cautelar. Contudo, se verá adiante que podem surgir dúvidas.

Souza (2002, p. 66) adverte que a regra contida no art. 800 somente é aplicável nos casos de cautelares contenciosas, como o arresto e o sequestro. Às cautelares voluntárias, como a exibição de documentos e notificações, não se aplica a regra do mencionado artigo.

A ação cautelar voluntária não mantém necessariamente um vínculo com o processo principal e não torna prevento o juízo para futura ação. Pode, inclusive, ser a cautelar proposta em um juízo e a ação principal tramitar em outro.

Com relação à ação cautelar de produção antecipada de provas, a questão é mais complexa. Pelo princípio da identidade física do juiz e de acordo com o art. 132 do CPC, o

magistrado que colher as provas julgará a lide, pois ele tem elementos de convicção relevantes para fazê-lo.

Theodoro Júnior (2011, p. 526) relata que a doutrina e a jurisprudência têm admitido que a regra da fixação de competência do art. 800 não é absoluta. Tendo em vista que a função cautelar é a de eliminar o risco de dano, havendo urgência na qual se mostre inviável o requerimento perante o juízo competente, a medida cautelar pode ser requerida ao juízo do local dos bens em risco de lesão.

Importante ressaltar que, nestes casos em que o juiz, mesmo incompetente, é o único que pode tomar medidas assecuratórias viáveis, não ocorrerá a regra da prevenção.

Ponto interessante é saber se o requerido, quando a ação principal for de competência relativa, deverá arguir exceção de incompetência na ação cautelar preparatória ou se lhe é facultado fazê-lo quando do ajuizamento do processo principal.

Nestes casos, deve o requerido arguir a incompetência, por meio de exceção, na primeira oportunidade que tiver. Não o fazendo, ocorrerá a prorrogação da competência tanto da ação preparatória quanto da principal e tornará preclusa a questão (GONÇALVES, 2011, p. 264-265).

No tocante à competência cautelar em grau recursal, diz o parágrafo único do art. 800 do CPC que, havendo recurso, a cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

Souza (2002, p. 66) observa que a expressão recurso deve ser entendida como eventual recurso de apelação interposto contra sentença. Havendo agravo em face de decisão interlocutória, e inexistindo sentença e apelação, a competência será do juiz de primeira instância.

Pode-se citar, como exemplo de cautelar interposta diretamente no tribunal, a que visa atribuir efeito suspensivo ao recurso dele desprovido.

## **3.2 Petição inicial**

A peça que dá início ao processo tem extrema importância. Ela retira o Estado-juiz da inércia que lhe é típica e delimita os contornos objetivos da lide, contendo, por exemplo, as partes envolvidas, a descrição do fato, o direito que se pretende ver tutelado e o pedido conforme a pretensão do autor.

O art. 801 do CPC traz, em seus incisos, alguns requisitos que devem constar na petição cautelar, sempre escrita, sendo necessário complementá-la com os do art. 282 do mesmo Código, sob pena de o juiz mandar emendá-la ou, até mesmo, indeferi-la.

### 3.2.1 Endereçamento e qualificação das partes

O primeiro requisito da petição inicial cautelar, constante do art. 801, I, é o endereçamento, a qual autoridade judiciária a ação cautelar deve ser dirigida, o que implica no conhecimento das regras de competência previstas no Código de Processo Civil.

Como explicado no item 3.1, a medida cautelar incidental é dirigida ao juiz da causa e distribuída por dependência, sendo apensada ao processo principal (art. 809). A ação cautelar preparatória é endereçada ao juízo cuja competência é a de conhecer do processo principal, como expresso no art. 800.

O inciso II do art. 801 traz a qualificação das partes. Tanto a ação cautelar preparatória quanto a incidental são petições iniciais que requerem qualificação pormenorizada, com o escopo de individualizar os litigantes.

Gonçalves (2011, p. 268), a respeito das partes, lembra que:

Os incapazes deverão ser representados ou assistidos, e o processo exigirá a intervenção do Ministério Público. Se a ação principal versar sobre direito real em bens imóveis, e da cautelar resultar sua constrição, haverá necessidade de integração de capacidade por meio da outorga uxória ou marital, salvo se o bem pertencer exclusivamente a um dos cônjuges, casado em regime de separação absoluta de bens.

Na hipótese de incapazes (artigos 3º e 4º do Código Civil), a lei não lhes atribui capacidade para ser parte, devendo ser representados – no caso de absolutamente incapaz – ou assistidos – no caso de relativamente incapaz.

Conforme art. 82, I, do CPC, compete ao Ministério Público officiar nas causas em que há incapazes, velando pela observância das normas e exercendo seu papel de fiscal da lei.

Com relação à anuência do cônjuge para ações que versem sobre direitos reais imobiliários, a lei exige a sua integração à lide para formar a relação processual (art. 10, § 1º, I, do CPC).

### 3.2.2 A lide e seu fundamento

A ação cautelar é dependente de um processo principal, ou seja, nela se buscam medidas que servirão à instrução do processo de fundo. Por ter esse caráter acessório, a lei exige que, na petição inicial cautelar, se faça referência à lide futura.

Essa exigência, constante do art. 801, III, é indispensável, ainda que o requerente a faça de modo sucinto, superficial, para que o juiz conheça a ação principal.

Theodoro Júnior (2011, p. 538) relata que, na prática, o autor indica a ação principal que pretende propor, com explicitação das partes, pedido e causa de pedir. Não se exige que o autor dê um nome específico à ação, até por que pode não ter definido o remédio processual adequado ao caso. Basta que identifique a pretensão resistida e o resultado prático que pretende alcançar.

A referência à lide principal e seus fundamentos possibilita ao magistrado analisar se é o competente para a demanda, se a medida escolhida é a mais adequada para o caso. Essa referência só é exigida nas cautelares preparatórias, já que nas incidentais se conhece a ação principal e os seus fundamentos – art. 801, parágrafo único.

Gonçalves (2011, p. 269) discute se o autor da cautelar estaria obrigado a respeitar as indicações feitas quanto à lide principal e seus fundamentos. Para ele, o juiz deve tolerar pequenas modificações que não alterem de forma substancial a natureza e o objeto da lide principal.

Se o autor postulasse uma cautelar alegando tal fundamento e, depois, ingressasse com a ação principal alegando outro fundamento que não o apontado na cautelar, poderia prejudicar sobremaneira a parte contrária, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

### **3.2.3 O direito ameaçado e o receio da lesão**

O quarto item a ser cumprido pelo autor da ação cautelar é a indicação, ainda que sumária, do *fumus boni juris*, demonstrando o direito ameaçado, e do *periculum in mora*, explicitando o receio da lesão.

Como dito no item 2.3.1, a fumaça do bom direito é algo provável de existir. Não se exige a sua efetiva existência, pois, neste caso, a tutela seria satisfativa e definitiva. Ao demonstrar o *fumus boni juris*, o requerente indica ao juiz que é titular de interesse jurídico a ser devidamente tutelado na ação principal. Por enquanto, o que ele espera são medidas que assegurem a viabilidade desse direito.

Souza (2002, p. 68) explica que a existência de um e outro constitui o mérito da ação cautelar, e será sob este aspecto que o juiz se pronunciará acerca da procedência ou improcedência da ação, nos termos do art. 269 do CPC.

Embora também sejam exigidos tais requisitos no pedido liminar, a diferença se dá pelo tipo de cognição exercida pelo juiz: na análise da liminar, a cognição é ainda mais superficial do que na análise do mérito da ação cautelar.

Tendo em vista essa superficialidade na cognição, a lei traz a possibilidade de o juiz, quando do deferimento da liminar, exigir caução do requerente, visando ressarcir eventuais prejuízos que o requerido possa vir a sofrer – art. 804.

Gonçalves (2011, p. 270) relata que pode haver cumulação de pedidos cautelares, respeitados os requisitos do art. 292, bem como medidas para assegurar direitos sujeitos a condição ou termo.

Assim, pode-se ingressar com uma ação cautelar preparatória visando resguardar um direito do qual o requerente ainda nem é o titular, mas que, por força de lei, pode praticar todos os atos destinados a conservá-lo – art. 130 do CC.

### **3.2.4 Provas e demais pedidos**

O inciso V do art. 801 diz que o requerente deve indicar, na inicial, as provas que serão produzidas. Não se exige que o autor especifique, na petição inicial, tais provas, porque após a contestação do requerido é que se saberão quais pontos precisam ser provados. Na prática, protesta-se por todos os meios de prova em direito admitidos.

Há três requisitos elencados no art. 282 que não constam no art. 801: o pedido, com suas especificações, o valor da causa e o requerimento para a citação do réu.

Gonçalves (2011, p. 271) diz que o pedido e o valor da causa são indispensáveis também nas cautelares. O valor da causa deve ser aquele correspondente ao benefício patrimonial advindo da tutela. O requerimento para a citação do réu, embora deva ser formulado, é dispensável, pois com a propositura da lide subentende-se que o autor pretende que o réu seja citado.

O autor, mais do que narrar os fatos e apresentar os fundamentos, precisa externar qual a providência espera do Judiciário. Pode ser que dos fatos resultem vários direitos, mas nem todos interessam ao autor. O magistrado, por sua vez, analisará o pedido do autor, julgando procedente ou improcedente.

Ademais, ressalte-se que é caso de indeferimento da petição inicial, por inépcia, a ausência de pedido ou quando este for juridicamente impossível (art. 295, parágrafo único, I e III, do CPC).

Souza (2002, p. 69) observa que o valor da causa será maior na ação principal, onde se busca a satisfação de um direito. Na ação cautelar, esse valor será menor, pois nela se busca a segurança para a realização daquele direito.

Embora não esteja inserido no rol do art. 801 do CPC, o valor da causa é obrigatório nas ações cautelares, conforme entendimento doutrinário.

### **3.3 Liminar e audiência de justificação prévia**

A ação cautelar tem intrínseco um pedido de segurança, cujo provimento, se satisfeito na sentença ao final do processo, pode não ser mais útil ao fim a que se destina, em razão da ação do tempo ou de atos praticados pelas partes envolvidas no processo.

Diante deste quadro, pode o requerente usar um instituto processual denominado medida liminar, que adianta os resultados que só viriam ao final do processo, com a sentença.

Os requisitos para a concessão da medida liminar coincidem com os requisitos para a concessão da medida cautelar. Presentes o receio da ineficácia da medida (*periculum in mora*) e a relevância do fundamento (*fumus boni juris*), o magistrado, liminarmente, concederá o pedido da parte.

De acordo com Gonçalves (2011, p. 243), a liminar é a medida processual concedida em cognição sumária, pela qual o juiz determina uma providência cautelar, garantindo a efetividade do processo.

No processo cautelar, conforme redação do art. 804 do CPC, é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando se verificar que este pode torná-la ineficaz. Em ambos os casos, a medida será cumprida e, só depois, o réu será citado para apresentar sua defesa.

As liminares, então, podem ser concedidas de plano ou após justificação prévia. No caso de o juiz, pela leitura da inicial e dos documentos que a acompanham, se convencer a respeito do pedido liminar, este será deferido de plano.

Por outro lado, visando tomar uma decisão mais segura, pode o juiz marcar audiência de justificação prévia, à qual comparecerá o requerente e suas testemunhas a fim de produzir as provas necessárias, exclusivamente, ao deferimento da liminar.

Gonçalves (2011, p. 275) salienta que nesta audiência o juiz buscará elementos para formar sua convicção a respeito do preenchimento dos requisitos para a concessão da liminar



*inaudita altera pars*. Explica também que tal audiência não fere o contraditório; ele é adiado para um momento posterior.

Para conceder a liminar, a análise do juiz é ainda mais superficial do que para julgar o mérito da ação cautelar, visto a urgência que a liminar impõe. Diante desta situação, a lei permite ao juiz exigir caução (art. 804), que tem natureza de contracautela, para garantir eventuais danos que o requerido possa sofrer.

Silva (2000, p. 146) assevera que o valor a ser fixado na caução deve corresponder aos danos que possam ser causados pela efetivação da medida. As decisões que impõem ao autor caução de valor equivalente ao direito acautelado não têm base legal nem jurídica.

Da decisão a respeito da liminar cabe agravo de instrumento, na forma dos artigos 522 e seguintes do CPC, situação em que o agravante pode postular efeito suspensivo ao recurso (art. 527, III, do CPC). Não se cogita interpor agravo retido, tendo em vista a lesão de difícil reparação que a parte pode vir a suportar.

### **3.4 Intervenção de terceiros**

O Código de Processo Civil traz, entre os artigos 50 e 80, as formas processuais pelas quais um terceiro pode integrar a lide, denominada intervenção de terceiros. O processo cautelar, específico que é, admite somente algumas dessas formas de intervenção.

Theodoro Júnior (2011, p. 528-529) admite as figuras da assistência e da nomeação à autoria na ação cautelar. Por outro lado, rejeita a oposição, a denúncia da lide e o chamamento ao processo no procedimento cautelar.

É que a assistência (artigos 50 a 55), conforme redação do parágrafo único do art. 50 do CPC, tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento. Assim, nada obsta a que o terceiro auxilie a parte já na tutela cautelar.

Com relação à nomeação à autoria (artigos 62 a 69), esta visa corrigir o polo passivo da ação, e pelos princípios da economia e da celeridade, nada mais correto que a parte na cautelar seja a que efetivamente deva responder pelos atos.

A oposição (artigos 56 a 61) não tem lugar nas ações cautelares, posto que o terceiro oponente pretende o mesmo bem jurídico que autor e réu, e no processo cautelar ainda não há disputa acerca dos bens.

Conquanto não caiba oposição, Silva (2000, p. 142) admite que um terceiro, cujo bem sofra ou esteja ameaçado de sofrer constrição – arresto, sequestro, busca e apreensão –, intervenha no processo cautelar por meio de ação incidental de embargos de terceiro.

Na oposição, o oponente busca uma sentença que exclua o direito das partes originárias, direito este que a sentença cautelar não aprecia. Nos embargos de terceiro, o embargante se opõe à execução da medida cautelar, evitando, por exemplo, o arresto de um bem que lhe pertença.

A denunciação da lide (artigos 70 a 76), que pressupõe o exercício do direito de regresso, e o chamamento ao processo (artigos 77 a 80), na qual integram a lide os devedores solidários e o devedor principal e outros fiadores, na fiança, pressupõem ação de cunho condenatório, natureza esta que inexistente na ação cautelar.

Embora comungue da mesma posição adotada por Theodoro Júnior, Gonçalves (2011, p. 272) admite, em determinadas situações, a denunciação e o chamamento na ação cautelar quando se vislumbrar a necessidade de o terceiro vir a compor a lide. O réu deve indicar ao juiz que pretende, na ação principal, fazer a denunciação ou o chamamento ao processo do terceiro, e pedir que, devidamente notificado, acompanhe a produção de provas na lide cautelar.

Nesta hipótese, o mais adequado é que o terceiro acompanhe a produção de provas na ação cautelar para que, sendo futuramente denunciado ou chamado ao processo principal, possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Silva (2000, p. 142) explica que o denunciado, na denunciação da lide, exerce dois papéis distintos: o de réu, na ação regressiva que contra ele poderá mover o denunciante, e o de assistente do denunciante, na ação principal. O primeiro é incompatível com a natureza da lide cautelar.

Sendo assim, o terceiro que ingressar na lide cautelar por ter sido denunciado exercerá a figura de assistente do denunciante.

### **3.5 Citação e resposta**

Após análise quanto à presença dos requisitos da petição inicial cautelar, o magistrado a receberá e mandará citar o requerido para responder aos termos da inicial no prazo de 5 (cinco) dias, indicando as provas que pretende produzir – art. 802.

O prazo para resposta tem início a partir da juntada aos autos do mandado de citação ou do mandado de execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificção prévia – parágrafo único do art. 802.

Na hipótese de liminar, o autor deverá promover a citação do réu (art. 811, II), isto é, fornecer elementos para que a citação se concretize, não podendo ser punido por fatos alheios à sua vontade, tais como os decorrentes da estrutura do Judiciário.

Ao prazo de defesa aplicam-se os artigos 188 – prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público – e 191 – prazo em dobro para contestar, recorrer e falar nos autos quando houver litisconsortes com diferentes procuradores.

Gonçalves (2011, p. 282) lembra que a citação válida no processo cautelar produz todos os efeitos do art. 219 do CPC, ou seja, torna prevento o juízo, induz litispendência, faz litigiosa a coisa, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Mesmo na ação cautelar, em que não se busca reconhecimento de nenhum direito material, o requerente, ao propô-la, pratica ato inequívoco demonstrando preocupação em proteger seu direito. E ainda que a citação seja ordenada por juiz incompetente, ela interrompe a prescrição – art. 202, I, do CC.

Theodoro Júnior (2011, p. 542-543) relata que, no prazo de defesa, o réu poderá apresentar contestação, na forma dos artigos 300 a 303, e exceções de incompetência, impedimento ou suspeição, disciplinadas nos artigos 304 a 314. Não cabe reconvenção, pois não há, na ação cautelar, direito material ao qual o réu possa se opor.

Na contestação, o réu deverá impugnar os requisitos para a concessão da tutela cautelar, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, demonstrando que inexistente a urgência e a necessidade da proteção pretendida pelo autor.

Também poderá, no prazo de defesa, impugnar o valor da causa e apresentar exceções, que serão autuadas em apenso.

### **3.6 Revelia**

O réu deve contestar a ação, sob pena de ser declarado revel, isto é, os fatos alegados pelo autor reputar-se-ão verdadeiros – art. 319. Na ação cautelar, o prazo para o requerido apresentar sua contestação é de 5 (cinco) dias. Não o fazendo, incorrerá na revelia e o juiz decidirá em 5 (cinco) dias – art. 803.

Theodoro Júnior (2011, p. 543) enumera os efeitos da revelia no processo cautelar. Para ele, são efeitos de ordem processual: a) os atos processuais correrão sem a intimação do requerido, enquanto não tiver patrono nos autos – art. 322; b) o juiz decidirá em 5 (cinco) dias, independentemente de instrução probatória. O efeito de ordem substancial constitui-se na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente – art. 803.

Tais efeitos, previstos na legislação, se justificam porque a contestação é tida como um ônus processual. O requerido não é obrigado a contestar a lide; porém, não o fazendo, sofrerá os efeitos mencionados.

### **3.7 Audiência de instrução**

Após a fase postulatória, em que requerente e requerido apresentam seus argumentos e pedidos, e não sendo o caso de julgamento antecipado da lide – art. 330, a fase seguinte é a probatória. Nesta etapa, as partes produzirão as provas necessárias para seus interesses.

Souza (2002, p. 74) diz que a fase probatória no processo cautelar é, em tudo, parecida com aquela prevista para o processo de conhecimento. São cabíveis todos os meios de provas admitidos em direito, como a confissão, o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a perícia, as vistorias, dentre outros.

Incumbe ao juiz sanear o processo, isto é, fixar os pontos controvertidos para que as partes saibam quais provas devem produzir. Só então é que elas podem especificar quais meios de prova usarão.

### **3.8 Eficácia da medida cautelar**

Dois dispositivos tratam da eficácia da medida cautelar. Dado o caráter provisório que lhes é inerente, ela perde sua eficácia após um determinado tempo ou é substituída por decisão definitiva.

Pela regra geral do art. 807, as medidas cautelares conservam sua eficácia em duas situações: por até 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida, ou por tempo indeterminado enquanto perdurar o processo principal. Em ambas as situações, a qualquer tempo elas podem ser modificadas ou revogadas.

Tais prazos são contados conforme prescrição do art. 184 do CPC e têm aplicação somente nas medidas cautelares preparatórias, conquanto nas incidentais o processo principal já se encontra em andamento.

O primeiro prazo – 30 (trinta) dias – é para que o requerente proponha a ação principal, mantendo, assim, a eficácia da medida que lhe foi concedida. Sendo a ação proposta dentro do prazo, a medida cautelar vigera até o final da ação, podendo, entretanto, vir a ser revogada ou modificada.

Nos casos de suspensão do processo, a medida cautelar manterá a sua eficácia, salvo decisão judicial em contrário – art. 807, parágrafo único.

Gonçalves (2011, p. 278) distingue revogação e perda da eficácia da medida cautelar, embora os efeitos sejam os mesmos. A primeira é resultado de alteração nas circunstâncias, enquanto a segunda é ou sanção àquele que se beneficiou, mas não tomou providências necessárias para mantê-la, ou consequência da extinção ou da improcedência do pedido cautelar ou do principal.

A medida cautelar perde sua eficácia, conforme redação do art. 808, I, se o requerente não ingressar com a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

Ressalte-se que somente as medidas contenciosas é que perdem sua eficácia após o decurso do prazo estabelecido; as que não trazem coerção, por não prejudicar o requerido, mantêm-se eficazes mesmo após 30 (trinta) dias.

A segunda hipótese de perda da eficácia é se a medida não for executada dentro de 30 (trinta) dias – art. 808, II. Seguindo o mesmo raciocínio, as que implicam restrições de direitos devem ser executadas no prazo supra.

Saliente-se que o requerente deve fornecer elementos para que a execução da medida se concretize, se viabilize. Os fatos alheios à sua vontade, como os decorrentes da máquina judiciária, não podem ser imputados ao requerente.

A última hipótese de cessação da medida cautelar pode gerar dúvidas. Cessa a eficácia da medida se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito – art. 808, III.

Gonçalves (2011, p. 281) ensina que, no caso de procedência da ação principal, mesmo que haja recurso, a medida será substituída pelo provimento final. Em caso de improcedência da ação cautelar, da ação principal ou a extinção sem julgamento do mérito, eventual medida deferida será revogada.

Pela distinção feita anteriormente acerca da revogação e da perda da eficácia, os casos enumerados nos incisos I e II do art. 808 do CPC são sanções impostas ao requerente, pois não praticou ato destinado a manter a eficácia da medida. A hipótese do inciso III do mesmo artigo pode ser ou sanção ou consequência da extinção do processo principal.

A vedação contida no parágrafo único do art. 808 não tem relação com a coisa julgada material; ela deriva do *bis in idem*, norma geral de direito aplicada ao processo civil que impede repetição acerca do mesmo fundamento (GONÇALVES, 2011, p. 278).

Por fim, a doutrina diverge acerca da natureza dos prazos de eficácia da medida cautelar: para uns, trata-se de prazo decadencial; para outros, prazo preclusivo. Admitindo ser o prazo de natureza decadencial, o requerente perde o próprio direito à segurança cautelar. Admitindo ser o prazo preclusivo, por se tratar de uma figura de direito processual, o autor perde a oportunidade de realizar o ato.

Diante dessa divergência, melhor se mostra o ensinamento de Gonçalves (2011, p. 279-280), para quem prevalece o entendimento de ser o prazo decadencial, implicando na perda do direito à cautela, permanecendo intacto eventual direito material que lhe pertença.

Conforme artigos 207 a 211 do Código Civil, à decadência não se aplicam as normas a respeito da suspensão ou da interrupção, salvo se autorizadas em lei. A renúncia à decadência é nula e deve ser conhecida de ofício pelo juiz, quando estabelecida por lei.

### **3.9 Sentença e recursos**

A sentença, seja ela com ou sem julgamento do mérito, põe fim ao processo cautelar. Nas hipóteses elencadas no art. 267 do CPC, a sentença será sem julgamento do mérito. Nestes casos, o requerente pode ingressar com nova ação cautelar, desde que a irregularidade que ensejou a extinção do processo seja sanada – art. 268 do CPC.

Nas situações previstas no art. 269 do CPC, a sentença será com julgamento do mérito. Na maioria dos casos, a decisão judicial será pela procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor. Há, no entanto, outras hipóteses de resolução do mérito, tais como o reconhecimento da decadência e da prescrição.

Gonçalves (2011, p. 283) ressalta que o mérito da ação cautelar diz respeito à efetiva existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Comprovados no processo, a sentença será pela procedência do pedido e conseqüente deferimento da medida cautelar ou de outra

que seja melhor ao caso, em razão do poder geral de cautela. Inexistindo um ou outro, a sentença será improcedente, e eventual liminar concedida no curso do processo ficará sem efeito.

A sentença que julgar improcedente a ação cautelar não interfere no julgamento da ação principal – art. 810 do CPC. A parte pode sair vencida em uma ação cautelar preparatória e vencedora na ação principal, pois o que se pleiteia nesta é o reconhecimento de um direito material e, naquela, apenas medida protetiva.

Contudo, caso o juiz reconheça, na sentença que decidir o processo cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição, a pretensão do autor estará prescrita ou decaída, motivo pelo qual ele não poderá ingressar com a ação principal. Tal sentença, mesmo emitida em um processo cautelar, fará, excepcionalmente, coisa julgada material.

Silva (2000, p. 187), tratando da sentença cautelar no que se refere à sua classificação quanto à natureza da eficácia, diz que ela é formada por, no mínimo, duas características: é mandamental porque nela há uma ordem; é declaratória, em dose menos intensa, uma vez que o juiz nada declara com força de coisa julgada e que seu julgamento baseia-se na verossimilhança do direito alegado pelo autor.

A parte que se sentir lesada pelo disposto na sentença pode, contra ela, interpor recurso de apelação, que será recebido pelo Tribunal apenas no efeito devolutivo, conforme redação do art. 520, IV, do CPC.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça admite, em casos excepcionais, atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido, se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Veja-se jurisprudência daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. NECESSIDADE DE PLENA DEMONSTRAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, em casos excepcionalíssimos e restritamente considerados, conferir-se **efeito suspensivo** a recurso que normalmente não o possui, desde que presentes, simultaneamente, os requisitos do **fumus boni iuris e do periculum in mora**.

2. Em cognição sumária, verificada a inexistência, no caso ora em análise, do fumus boni iuris e do periculum in mora, pressupostos específicos da ação cautelar, torna-se inadmissível a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial.

[...]

4. Por isso, a medida cautelar deve ser parcialmente acolhida para condicionar o levantamento dos valores pleiteados à prestação de garantia, real ou fidejussória, a ser apreciada pelo Juízo de piso. (Brasília, 2010, grifo nosso).

Em face da sentença cabem, também, embargos de declaração nas hipóteses do art. 535 do CPC. Admite-se, ainda, a interposição de recurso especial, para o STJ, quando o acórdão proferido pelo tribunal se enquadrar em uma das situações previstas no art. 105, III, da CF. Da mesma forma, é cabível recurso extraordinário, ao STF, nos casos de ofensa à Constituição Federal – art. 102, III, da CF.

### **3.10 Coisa julgada**

Após o trânsito em julgado, a sentença, em regra, apresenta dois fenômenos. O primeiro é a coisa julgada material, que é o fato de ela se tornar imutável e indiscutível – art. 467. O segundo fenômeno denomina-se coisa julgada formal, que é a impossibilidade de se recorrer da decisão judicial pela via recursal.

Gonçalves (2011, p. 283) relata que “não há coisa julgada material na cautelar, dada a sua natureza provisória e sua função acessória, ainda que o juiz julgue o mérito do pedido cautelar”.

Como tratado no item 2.2.7, a inexistência de coisa julgada material é uma característica das ações cautelares. Ao decidi-la, o magistrado limita-se a dizer se o pedido formulado pelo autor é procedente ou improcedente, com base no que fora apresentado nos autos.

Há, contudo, uma hipótese, trazida pela lei, em que a sentença cautelar fará coisa julgada material. Diz o art. 810 que, no caso de o juiz reconhecer, no processo cautelar, a prescrição ou a decadência do direito do autor, este não poderá intentar a ação principal.

### **3.11 Caução e responsabilidade civil do requerente**

A caução é um instrumento que se presta à garantia do requerido, em razão de a medida cautelar, injustamente, causar-lhe prejuízos. Em duas situações, a lei traz a possibilidade de o juiz, a seu prudente arbítrio, exigir que o requerente preste caução.

A primeira, constante no art. 804, existe em razão de a liminar ser deferida em cognição sumária e sem ouvir o réu. O juiz, ao decidir com poucos elementos probatórios, pode exigir que o requerente preste caução a fim de ressarcir o requerido de eventuais prejuízos.

A segunda, disciplinada no art. 805, possibilita ao juiz, de ofício, ou às partes, mediante requerimento, substituir a medida cautelar por caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que se revelar adequada e suficiente.



Gonçalves (2011, p. 286) ensina que a caução do art. 804 é distinta da do art. 805. A primeira tem natureza de contracautela, cuja função é reparar eventuais prejuízos do réu. A segunda tem natureza substitutiva; o juiz concede a medida cautelar mas verifica que a caução garante os direitos do autor, trazendo menores prejuízos ao réu.

A responsabilidade civil do requerente, tratada no art. 811 do CPC, é objetiva: ocorrendo quaisquer das causas previstas no citado artigo, o requerente responde pelos prejuízos suportados pelo requerido e, cumulativamente, por litigância de má-fé – art. 16.

Gonçalves (2011, p. 287) entende ser aplicável a responsabilidade objetiva também às tutelas antecipadas. Fazendo uso da hermenêutica, embora o art. 811 se refira ao processo cautelar, a responsabilidade objetiva deve estender-se às tutelas antecipadas. Em ambas, a cognição é sumária, fundada em plausibilidade ou verossimilhança, e se a lei prevê a responsabilidade objetiva nas cautelares, assim também deve ser nas tutelas antecipadas.

Ante os argumentos acima expostos e a fungibilidade presente nas tutelas de urgência, tal entendimento é perfeitamente aplicável. Por fim, o parágrafo único do art. 811 diz que, para restar caracterizada a responsabilidade do requerente, a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar, a fim de que o requerido demonstre o prejuízo suportado.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho acadêmico teve como objeto o estudo da teoria geral do processo cautelar. Buscou-se, da forma mais clara possível, expor os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-los.

A pesquisa baseou-se, sobretudo, em material doutrinário e jurisprudencial. Foram pesquisados desde os autores clássicos até os mais atuais, confrontando-os sempre que apresentavam posições distintas. O uso de jurisprudência teve o fito de dar um aspecto prático ao tema, demonstrando a visão do Judiciário a respeito do processo cautelar.

Em suma, o primeiro capítulo tratou de assuntos pertinentes ao processo civil em geral, tais como os elementos e as condições da ação, a distinção entre processo e procedimento, dentro outros.

Destaca-se, neste capítulo inaugural, a questão da cautelar satisfativa. Uma menor parcela da doutrina a admite sempre que satisfazer o que nela se postulava. Por outro lado, o referencial doutrinário majoritário não a qualifica como satisfativa, porque a cautelar sempre servirá a um processo futuro, mesmo que não venha a ser intentado.

Merece destaque, também, o tópico que cuida, ainda que brevemente, das tutelas de urgência, cujas espécies, a tutela antecipada e tutela cautelar, embora apresentem diferenças, tornaram-se fungíveis com o advento da Lei nº. 10.444/2002.

No segundo capítulo foi apresentada a teoria geral do processo cautelar. Cuidou-se de expor as características da ação cautelar, sua natureza jurídica, os requisitos específicos, suas classificações e o poder geral de cautela.

Saliente-se o item que trata dos fundamentos específicos do pedido cautelar: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* constituem o mérito do processo cautelar e, uma vez presentes, o magistrado deferirá a cautela.

Outro ponto a se destacar é o poder geral de cautela atribuído ao magistrado: deu-se mais dinâmica, celeridade e eficiência ao processo, características estas necessárias à estrutura processual que tenha por fim compor as partes e solucionar conflitos.

No terceiro capítulo, predominam temas atinentes ao procedimento cautelar. Destaca-se a necessidade de complementação dos requisitos da petição inicial cautelar, presentes no art. 800, com os da petição inicial em geral, elencados no art. 282, ambos do CPC.

Saliente-se, ademais, a audiência de justificação prévia. Trata-se de uma audiência específica do procedimento cautelar, cuja finalidade é de dar ao requerente a oportunidade de provar o alegado a fim de obter medida liminar.

Frise-se, por tratar de exceção à regra, a característica da sentença cautelar de não fazer coisa julgada material. Em regra, a sentença mantém-se efetiva enquanto perdurar o processo principal e, somente na hipótese de o juiz reconhecer a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor, é que fará coisa julgada material.

O entendimento que predomina é de que as cautelares servem tão-somente às relações privadas. Durante a pesquisa, observou-se que esta é apenas uma de suas aplicabilidades. Conquanto não abordado no presente trabalho, as medidas cautelares servem também ao interesse público.

O primeiro exemplo é a Lei nº. 8.429/1992 que, em seu art. 16, dá ao Ministério Público a possibilidade de, em uma ação de improbidade administrativa, requerer ao juízo o sequestro dos bens do agente ou terceiro investigado, na forma dos artigos 822 e 825 do CPC.

O segundo exemplo é a Lei nº. 8.397/1992, que institui a medida cautelar fiscal autorizando a Fazenda Pública a requerê-la contra o sujeito passivo do crédito tributário ou não tributário. Nestes dois casos acima, a medida cautelar não esta a serviço da parte, mas sim a serviço, respectivamente, da sociedade e do Fisco.

O objetivo principal foi alcançado, uma vez que se procurou enfatizar os aspectos relevantes do tema e enfrentar os assuntos controversos, demonstrando, primeiramente, as divergências doutrinárias e, em seguida, o que prevalecia tanto nos livros quanto nos tribunais.

Os resultados obtidos foram satisfatórios. Chegou-se à conclusão de que a medida cautelar é um importante instrumento a serviço da parte cujo direito esteja ameaçado. Suas peculiaridades a tornam célere e capaz de assegurar o resultado almejado. Também se revelou importante medida a serviço do próprio Judiciário, uma vez que viabiliza a eficácia de futura prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza. **Cautelares e liminares**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995. 399 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 616 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **Recurso Especial nº. 846.767 – PB (2006/0095959-2)**. Recorrente: A. L. R. Recorrido: A. A. da S. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2007. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600959592&dt\\_publicacao=14/05/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600959592&dt_publicacao=14/05/2007)>. Acesso em: 15/03/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.003.667 – RS (2007/0260394-7)**. Agravante: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A. Agravado: Companhia Municipal de Saneamento Comusa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702603947&dt\\_publicacao=01/06/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702603947&dt_publicacao=01/06/2009)>. Acesso em: 20/03/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **Recurso Especial nº. 540042 – CE (2003/0028628-0)**. Recorrente: Cervejaria Astra S/A. Recorrido: Francisco Alexandre de Brito. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300286280&dt\\_publicacao=24/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300286280&dt_publicacao=24/08/2010)>. Acesso em: 01º/03/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **Medida Cautelar nº. 17.192 – RJ (2010/0139786-6)**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Recorrido: Triunfo Agro Industrial S/A e Outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 2 de setembro de 2010. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001397896&dt\\_publicacao=18/03/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001397896&dt_publicacao=18/03/2011)>. Acesso em: 11/08/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, **Recurso Especial nº. 270.169 – MG (2000/0077415-4)**. Recorrente: Lhano Nelson. Recorrido: Antônio Luciano Pereira Neto e Outros. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 17 de novembro de 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000774154&dt\\_publicacao=24/11/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000774154&dt_publicacao=24/11/2011)>. Acesso em: 04/03/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **Agravo Regimental na Medida Cautelar nº. 18.058 – AC (2011/0110101-0)**. Agravante: Daniel Lennon Almada Silva. Agravado: Estado do Acre. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101101010&dt\\_publicacao=01/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101101010&dt_publicacao=01/02/2012)>. Acesso em: 12/03/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 11ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento nº. 70044262756**. Agravante: Deavile Angela Dresch dos Santos e Outro. Agravado: Jean Franco Fernandes. Relator: Desembargador Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Porto Alegre, 3 de agosto de 2011. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70044262756&num\\_processo=70044262756&codEmenta=4275560&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044262756&num_processo=70044262756&codEmenta=4275560&temIntTeor=true)>. Acesso em: 19/03/2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento especiais do Código de Processo Civil ; Juizados Especiais., vol. 2, tomo II**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1 : teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar : volume 3**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Medidas cautelares e ações especiais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil – volume 3 – processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Teoria geral do processo cautelar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VADE MECUM / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 11. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.