

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

## **TUTELA CAUTELAR NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Graciela Marins

Curso de Mestrado em Direito

das Relações Sociais

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Curitiba

1998

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**BANCA EXAMINADORA:**



**Prof: LUIZ GUILHERME MARINONI**



**Prof: ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA**



**Profª: TERESA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER**

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **PARTE I - TUTELA CAUTELAR**

Capítulo I - Direito de ação e tutela cautelar

Capítulo II - Terminologia

Capítulo III - Tutela cautelar

Capítulo IV - O poder geral de cautela

#### **PARTE II - TUTELA CAUTELAR E DEMANDAS SUMÁRIAS**

Capítulo I - Interesse jurídico

Capítulo II - O procedimento comum (ordinário)

Capítulo III - Procedimentos sumários

Capítulo IV - Procedimento cautelar comum

Capítulo V - Competência

#### **PARTE III - A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Capítulo I - Separação de corpos

Capítulo II - Alimentos

Capítulo III - Busca e apreensão de menor

Capítulo IV - Posse em nome do nascituro

- Capítulo V - Entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos
- Capítulo VI - Afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais
- Capítulo VII - O depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral
- Capítulo VIII- Posse provisória dos filhos nos casos de separação ou anulação de casamento
- Capítulo IX- A guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita
- Capítulo X- Medidas cautelares na união estável
- Capítulo XI- Outras medidas cautelares

## INTRODUÇÃO

A tutela cautelar continua a ser um dos temas mais polêmicos do mundo jurídico processual. Compreendê-la como um sistema coerente e aplicável igualmente em todas as áreas do direito, não é tarefa fácil. Pretendemos, com o presente trabalho, demonstrar a unicidade no trato da tutela acautelatória, aplicável, portanto, nas demandas oriundas do direito de família. Todas as características e princípios informadores da teoria da tutela cautelar são aplicáveis aos diversos ramos do direito, com algumas peculiaridades decorrentes da especialidade do procedimento.

Desde logo, é preciso ressaltar que apesar de o Livro III do Código de Processo Civil tratar exclusivamente do processo cautelar, não existem ali somente medidas de natureza cautelar.

Na oportunidade da elaboração do Código de Processo Civil, atualmente em vigência, o procedimento ordinário não era informado pela possibilidade de concessão da chamada e muito em voga "tutela antecipatória". A alternativa geral para a pretensão urgente que havia, portanto, no estatuto processual, era o processo cautelar. O legislador, considerando a urgência de certas pretensões, principalmente aquelas referentes ao direito de família, situou-as no Livro correspondente ao procedimento cautelar, apesar da sua natureza satisfativa. Utilizou-se de um procedimento rápido para atender pretensões satisfativas, mas urgentes. Tal posicionamento hodiernamente não tem mais razão de ser. O procedimento ordinário, de cognição

exauriente, da busca da verdade material e da declaração de existência ou inexistência de direito é o adequado para atender às pretensões satisfativas.

O presente trabalho não tem por objetivo esgotar a temática, mas sim tentar contribuir para o estudo de um sistema coerente acerca da tutela acautelatória.

**PARTE I**  
**TUTELA CAUTELAR**

**Capítulo I - Direito de ação e tutela cautelar**

**Seção I - A teoria imanentista**

Modernamente o estudo da teoria da ação vem sendo realizado sob a perspectiva publicista. Liga-se seu estudo à problemática da justiça social, ao acesso das minorias aos tribunais, à participação democrática, de instrumento realizador do direito objetivo.

É assaz interessante perceber a evolução das teorias elaboradas em torno da natureza jurídica do direito de ação.

Na teoria imanentista, também chamada de escola clássica ou civilista, cuja autoria é atribuída a Savigny, não se distinguia direito de ação e direito subjetivo material. Podemos dizer que a ação era um prolongamento do direito material.

Em feliz síntese de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, por esta teoria "não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito".<sup>1</sup>

Nesta ordem de pensamento dizer que "A" tem direito contra "B", significa o mesmo que dizer: "A" tem ação contra "B".

---

<sup>1</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, p. 214.

Consistia em elaboração com forte visão privatista.

Na concepção imanentista não se explicou a natureza da ação infundada e a declaratória negativa. Isto porque, com a improcedência da demanda, o direito material é tido como inexistente, e conseqüentemente, na esteira do pensamento de Savigny, não houve ação. Houve o quê, então? O rol de atos processuais realizado até a sentença, não teria explicação?

O mesmo ocorreu em relação à ação declaratória negativa, que objetiva a declaração de inexistência de um direito. Se ação e direito são dependentes e conexos não haveria como pretender declaração de inexistência do direito. Foram questões não explicadas de maneira satisfatória pelos seguidores da teoria imanentista.

Surge, então, na Alemanha a polêmica Windscheid-Müther onde se identificou a autonomia do direito de ação.

São palavras de THEODOR MÜTHER<sup>2</sup>:

"Mesmo quando a ação objetive diretamente o reconhecimento do direito, não se pode afirmar que ela exista em virtude desse direito; existe em virtude da atividade do magistrado, quem também poderia ter-se negado a concedê-la".

Esclarece CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

---

<sup>2</sup> "Aun cuando la *actio* persiga directamente el reconocimiento del derecho, no puede afirmarse que ella exista en virtud de ese derecho; existe en virtud de la actividad del magistrado, quien también podría haberse negado a concederla" (*Polemica Sobre La "Actio"*, p. 218).

"Do embate brilhante dos dois romanistas, o que restou de mais precioso terá sido a idéia, partilhada por ambos, de que no direito moderno a ação é um direito à tutela jurídica, tendo por titular passivo o Estado".<sup>3</sup>

Distinguiu-se claramente direito material de direito de ação, este entendido a partir de então como direito à tutela jurídica.

Lançou-se ao mundo jurídico a característica da ação como direito autônomo.

## **Seção II - A ação como direito autônomo e concreto**

Adolf Wach desenvolveu a teoria da ação como direito autônomo e concreto à tutela jurídica.

Definiu Wach a ação como "o direito daquele a quem se deve a tutela jurídica".<sup>4</sup>

Teve o grande mérito de firmar o conceito de ação como um direito autônomo, ou seja, de existência diversa do direito material por ele pleiteado. E mais: pertencente ao campo do direito público.

Nas palavras de PIERO CALAMANDREI:

"Assim, com esta teoria, a ação se coloca francamente no campo do direito público, como expressão de uma relação que tem lugar não entre particular e particular, mas entre o cidadão e o Estado".<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido R. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 55.

<sup>4</sup> *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol., p. 22.

<sup>5</sup> "Así, con esta teoría, la acción se coloca francamente en el campo del derecho público, f. 8.

Explica, pois, a existência das ações declaratórias negativas, em que se pretende justamente a declaração da inexistência de um direito.

Ao concebê-la como direito concreto à tutela jurídica, Wach condicionou a existência do direito de ação à existência do direito subjetivo material. Assim, só existiria ação quando a demanda fosse fundada, ou seja, julgada procedente.

Na concepção de Wach, o direito de ação seria autônomo. Este, diverso do direito subjetivo material, só teria existência se a demanda fosse julgada procedente.

E no caso da ação resultar improcedente, o que terá havido até a sentença? Todos os atos realizados até a sentença não configurariam exercício do direito de ação? Para Wach e seus seguidores, não.

### **Seção III - A ação como direito autônomo e abstrato - a teoria de Liebman**

Em 1877 é elaborada a teoria da ação como direito autônomo e abstrato, cuja autoria é atribuída a Degenkolb.

Definiu Degenkolb a ação como "um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que,

---

como expresión de una relación que tiene lugar no entre particular y particular, sino entre el ciudadano y el Estado"(*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 243-244).

de boa-fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se".<sup>6</sup>

Partindo do pressuposto da autonomia do direito de ação, traz a novidade de entendê-la como abstrata, ou seja, independente da existência ou não do direito subjetivo material por ela requerido. Assim, mesmo que a demanda seja ao final julgada improcedente, ação houve.

Firma-se, então, as características da ação como autônoma e abstrata.

Imperioso frisar a posição de ENRICO TULLIO LIEBMAN que entende a ação como um direito subjetivo público, abstrato, e instrumentalmente conexo a uma pretensão de direito material. Isolou a categoria das chamadas "condições da ação", adotada pelo nosso Código de Processo Civil, como requisitos para a existência da ação. Para o ilustre processualista italiano e fundador da Escola Processual de São Paulo só haveria atividade jurisdicional quando houvesse julgamento de mérito.

A teoria de Liebman, entretanto, apresenta um ponto questionável: não considera jurisdicional a atividade realizada antes de preenchidas as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse).

Diz o ilustre jurista: "Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido [domanda] para acolhê-lo ou rejeitá-

---

<sup>6</sup> *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol., p. 23. f. 10.

lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [concreta *fattispecie*] deduzida em juízo".<sup>7</sup>

Haveria o que então, se ao final o pedido fosse tido como juridicamente impossível? Sua resposta foi a de que haveria apenas fato. Ora, como bem salienta LUIZ GUILHERME MARINONI "a conclusão de que nesta hipótese há mero fato, e não processo, é de uma artificialidade inocultável".<sup>8</sup>

Na realidade, atividade jurisdicional houve. Somente não existiu julgamento de mérito. Entende-se, pois, atualmente, que as condições da ação seriam requisitos para o julgamento de mérito do pedido e não para a existência do direito de ação, como bem salienta MOACYR AMARAL SANTOS:

"Condições da ação, pois, são requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito".<sup>9</sup>

Com esta ressalva em sua doutrina, continua Liebman a ter a aceitação de grande parte dos juristas brasileiros.

---

<sup>7</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 154.

<sup>8</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 136.

<sup>9</sup>AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 164-165.

#### Seção IV - A ação de direito material e ação de direito processual

Juristas como PONTES DE MIRANDA<sup>10</sup>, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA<sup>11</sup> e LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>12</sup> identificam duas categorias de ação: uma de direito material, outra de direito processual.

Para entendermos a que corresponde a ação de direito material é mister distinguirmos os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação.

O direito subjetivo será considerado como poder de vontade do sujeito de direito. É um *status*. Já quando surge para seu titular a exigibilidade do direito, nasce a pretensão. E o exercício dessa exigibilidade seria a ação.

Nas palavras de PONTES DE MIRANDA "o direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Por que o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade".<sup>13</sup>

E continua o ilustre autor:

"Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa".<sup>14</sup>

O direito subjetivo será dotado de pretensão quando seu titular tiver a faculdade de exigí-lo

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado das Ações*, Tomo I, p. 110.

<sup>11</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 66.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, p. 17-18.

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, Tomo I, p. 38.

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Idem*, p. 52.

do sujeito passivo. O típico exemplo é o direito de crédito ainda não vencido. "A" tem o direito subjetivo de crédito em relação a "B". Entretanto, enquanto não vencida a dívida, não existe exigibilidade, não há pretensão.

A pretensão, assim, seria o lado dinâmico do direito subjetivo, assim como a ação processual o é em relação à jurisdição.

Mas e a chamada ação de direito material, quando nasce? Segundo os que aceitam esta categoria jurídica, nasce justamente quando o titular do direito exerce sua pretensão, mas o obrigado não a cumpre. Surge, então, para o titular a faculdade de utilizar-se de meios próprios para que o obrigado satisfaça a obrigação, independentemente da sua vontade.

Cumprida ainda entender a que corresponde a ação de direito processual.

Com a proibição da autotutela privada o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição. Devido a este fato, na maioria das vezes a ação de direito material é veiculada através da ação processual.

A ação processual será apenas o procedimento, o exercício da pretensão à tutela jurídica. O meio pelo qual o jurisdicionado exige do Estado a distribuição da justiça, uma vez proibida a autotutela privada. É movida, assim, contra o Estado.

Já a ação de direito material é movida contra o obrigado.

## Seção V - Ação: direito à adequada tutela jurisdicional

Ressaltadas, portanto, as várias concepções acerca do direito de ação, o importante a frisar é que atualmente ressurgem com intensidade cada vez maior a necessidade de instrumentos jurisdicionais efetivos e adequados à realidade de direito material. Por isso a relevância de situar o direito de ação não como mero direito à tutela jurisdicional, mas sim a uma tutela jurisdicional adequada à pretensão de direito material. Neste sentido salienta LUIZ GUILHERME MARINONI:

"Por outro lado, importa, atualmente, a questão da efetividade da tutela dos direitos, que exige um esforço para a construção de uma idéia que permita uma vinculação mais íntima da ação com o direito material. Essa idéia tem como meta garantir ao cidadão uma tutela que seja adequada à realidade de direito material, e que possibilite a realização efetiva do direito afirmado em juízo. Nessa linha emerge a noção de direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material".<sup>15</sup>

Neste contexto a tutela cautelar ganha relevância como meio extremamente eficaz à efetividade da justiça, pois protege o resultado útil do processo principal.

Com o Código de 1.973 o processo cautelar é elevado a terceiro gênero jurisdicional, juntamente aos processos de conhecimento e de execução.

---

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 121.  
f. 14.

A partir daí a tutela cautelar passa a ser estudada com mais interesse e afinco, mantida à vista situação anterior ao CPC de 1973.

O presente estudo não tem por objetivo esgotar a problemática que envolve o tema da tutela cautelar. Mas, tão somente, alinhar algumas premissas necessárias à sua compreensão.

## Capítulo II - Terminologia

### Seção I - Tutela jurisdicional

Não será demais distinguir categorias jurídicas como tutela, ação, processo, procedimento e medida.

Nas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS a jurisdição "consiste no poder de atuar direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei".<sup>16</sup>

A tutela jurisdicional consiste, pois, na função do Estado de atuar o direito no caso concreto, proporcionando aos jurisdicionados instrumentos adequados à defesa dos direitos. Desde que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela privada, chamou a si a obrigação de realizar coativamente, quando provocado, o direito do jurisdicionado.

---

<sup>16</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 67. f. 15.

Entretanto, a tutela jurisdicional é inerte, ou seja, necessita ser provocada para que atue, conforme estabelece o art. 2º do CPC.

A forma de invocar a tutela jurisdicional dá-se através do exercício do direito de ação.

## **Seção II - Ação**

A provocação da tutela jurisdicional dá-se através do direito de ação. Este consiste no direito subjetivo público de invocar e obter uma tutela jurisdicional adequada, como já visto no Capítulo I.

O processo é o instrumento através do qual se manifesta a própria tutela jurisdicional, suscitada pelo exercício da ação. O jurisdicionado ao invocar a tutela jurisdicional, através da ação, dá início ao processo.

## **Seção III - Procedimento**

O processo, instaurado através do exercício do direito de ação, desenvolve-se através de um procedimento, que se pode entender como a marcha, o modo de manifestar-se do processo.

## **Seção IV - Medida**

Já a medida diz respeito à certa providência determinada pelo juiz. Por exemplo, determina-se o seqüestro de um bem. A providência concreta, ou seja, o seqüestro, é uma medida cautelar.

Feitas as distinções passamos ao conceito de tutela cautelar.

## **Capítulo III - Tutela Cautelar**

### **Seção I - Conceito**

De início percebe-se a complexidade do tema diante das várias posições doutrinárias acerca do conceito da tutela cautelar e sua função no ordenamento jurídico.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA entende que o processo cautelar tem por finalidade a proteção de um direito substancial de cautela. Esclarece o ilustre autor:

"o chamado 'direito substancial de cautela', na perspectiva do processo cautelar, é ingrediente que entra como um dado, como pressuposto a legitimar a outorga da tutela assegurativa; pressuposto este todavia, que não encontrará, jamais, ambiente para ver-se declarado existente na demanda cautelar, permanecendo, mesmo depois da sentença final de procedência

proferida na demanda cautelar, como uma mera hipótese, como uma simples possibilidade de existência efetiva".<sup>17</sup>

No mesmo sentido ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA: "(...) parece então que se torna realmente possível sustentar a posição de que existe um direito substancial de cautela, que permite que se possa exigir proteção, não a outro direito, mas a uma pretensão idealmente atribuída ao sujeito pelo direito objetivo e que pode se exercer como autêntico direito subjetivo, de natureza material ou processual".<sup>18</sup>

Já para CARLO CALVOSA<sup>19</sup> a "tutela cautelar jurisdicional não é totalmente um meio de tutela instrumental em relação ao processo, nem muito menos que os procedimentos e provimentos cautelares, por sua própria natureza, devem ser considerados em relação de instrumentalidade com o juízo definitivo de mérito. A tutela cautelar jurisdicional, não diversamente de cada outra expressão da tutela jurisdicional, é direcionada a assegurar e proteger as situações subjetivas, da possibilidade da transgressão e a fazer certo aos titulares das situações subjetivas favoráveis que o interesse

---

<sup>17</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 81.

<sup>18</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da Cunha. *A lide cautelar no processo civil*, p. 117.

<sup>19</sup> "Questa constatazione aprirá la via alla dimostrazione che la tutela cautelare giurisdizionale non é affatto un mezzo di tutela strumentale rispetto al processo, né tantomeno che i procedimenti ed i provvedimenti cautelari, per loro specifica natura, debbano essere considerati in rapporto di strumentalità com il giudizio definitivo di merito. La tutela cautelare giurisdizionale, non diversamente da ogni altra espressione della tutela giurisdizionale, é volta ad assicurare a proteggere le situazioni soggettive, dalla possibilità della trasgressione e a far certi i titolari delle situazione soggettive favorevoli che l'interesse ritenuto normativamente rilevante e prevalente sarà, in concreto, soddisfatto", *La Tutela Cautelare*, p. 140-141.

considerado normativamente relevante e prevalente será, em concreto, satisfeito".

Outro é o entendimento de LINO ENRIQUE PALACIO:

"Mediante o cumprimento de alguma das medidas que podem ser decretadas nesta classe de processos (cautelares) a parte interessada obtém a eliminação desse risco, e fica assegurada, pela mesma, a utilidade prática da função judicial desenvolvida no processo principal".<sup>20</sup>

ENRICO TULLIO LIEBMAN entende a atividade cautelar como aquela que "se destina a assegurar, a garantir o curso eficaz e o resultado útil das outras duas, concorrendo assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição".<sup>21</sup>

A corrente majoritária no Brasil, entende que a tutela cautelar tem por função assegurar o exercício útil da jurisdição, ou seja, a eficácia do processo principal. Neste posicionamento encontram-se GALENO LACERDA<sup>22</sup>, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>23</sup>, J.J. CALMON DE PASSOS<sup>24</sup>, BARBOSA MOREIRA<sup>25</sup>, TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM PINTO<sup>26</sup>, entre outros.

---

<sup>20</sup> "Mediante el cumplimiento de alguna de las medidas que pueden decretarse en esta clase de procesos (cautelares) la parte interesada obtiene la eliminación de ese riesgo, y queda asegurada, por lo tanto, la utilidad práctica de la función judicial desarrollada en el proceso principal", *Derecho Proceso Civil*, Tomo I, p. 308

<sup>21</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 216.

<sup>22</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 4.

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Cautelar*, pág. 16.

<sup>24</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Tomo I, p. 54-55.

<sup>25</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual - Quinta Série*, p. 15-16.

<sup>26</sup> ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina de. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, p. 136.

Nesse sentido também a jurisprudência:

"Processual Civil. Ação Cautelar. Garantia e Eficácia do Processo Principal.

I - Não têm as medidas cautelares a função de proteger o direito da parte mas, tão só, de garantir a eficácia e a utilidade do processo principal ante a iminência de situação de perigo ou risco da parte que venha a sair vitoriosa no julgamento da lide.

II - Pedido indeferido".<sup>27</sup>

Consideramos, pois, na esteira do pensamento majoritário, que a função do processo cautelar é assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional.

## **Seção II - Requisitos da cautela: *Fumus boni iuris* e *periculum in mora***

Exige o art. 798 do CPC, para a concessão de medidas cautelares, "haver **fundado receio** de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao **direito da outra lesão grave e de difícil reparação**" (grifos nossos).

Quando o dispositivo refere-se "ao direito da outra" está dispondo sobre o *fumus boni iuris*, apesar da manifesta imprecisão terminológica. Seria melhor se o legislador utilizasse a expressão "aparente direito da outra". Isso porque poderá ocorrer que no processo

---

<sup>27</sup> STJ - 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, unânime, D.J.U. de 16.11.92  
f. 20.

principal reste evidenciado a inexistência do direito afirmado como existente pelo autor da cautelar.

O *fumus boni iuris*, requisito essencial da ação cautelar, refere-se à aparência, à verossimilhança, à plausibilidade do direito alegado. Trata-se de juízo de aparência e não de certeza. Não cabe ao processo cautelar declarar a existência ou inexistência do direito material, mas sim a mera probabilidade de sua existência.

Já quando o art. 798 exige "fundado receio de lesão grave e de difícil reparação" para a concessão da cautela, está prevendo o *periculum in mora*. Trata-se também de requisito essencial à procedência da ação cautelar.

O *periculum in mora* configura-se como a situação de perigo ao resultado útil da tutela jurisdicional. Perigo este grave e iminente, justificador da urgência da medida.

É comum na doutrina referir-se ao *periculum in mora*, como "perigo na demora do processo", seguindo concepção chiovendiana. Entretanto, tal conceituação é imprópria. Como salientou o prof. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

"não é propriamente, como pensava CHIOVENDA, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo, em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional".<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, p. 28. f. 21.

Não é a demora do processo que caracteriza o *periculum in mora* e autoriza a concessão da cautela, mas sim a existência da situação de perigo.

Tal entendimento pode ser exemplificado através de uma medida cautelar de inalienabilidade de bem, visando à garantir a exeqüibilidade de futura sentença em ação de cobrança. Dure o quanto durar a ação principal de cobrança, tal demora não autorizará a concessão da cautela. Apenas se o réu ameaçar vender o bem que suportaria a suposta execução da sentença, é que a cautela poderá ser deferida.

Daí a impropriedade em referir-se ao *periculum in mora* como perigo na demora do processo.

No mesmo sentido a jurisprudência:

"O *periculum in mora*, de natureza iminentemente processual, como um dos requisitos à concessão do acautelamento, viu-se baralhado com o instituto da mora pertencente ao direito material, ou seja, a tardança no adimplemento de uma obrigação.

A demora em tais circunstâncias, pelo atraso na resolução contratual e pagamento da obrigação de indenizar decorrente de prejuízos impostos, não caracteriza o referido pressuposto, visto como situação objetiva de perigo para o processo".<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> TJPR - 2ª Câm. Civ., rel. Des. Altair Patitucci, Ac. nº 11.385, in D.J.U. de 07.08.95.  
f. 22.

### Seção III - Características do processo cautelar

#### 1. A autonomia

O nosso Código de Processo Civil, editado em 1973, dividiu o processo jurisdicional em três espécies: de conhecimento, de execução e cautelar. O processo cautelar, disposto no Livro III, ganha evidência, como terceiro gênero jurisdicional e vem a tona a questão da sua autonomia.

O processo cautelar é autônomo no sentido de possuir finalidade e regras específicas em relação aos processos de conhecimento e de execução.

Tem finalidade diversa, pois como já ressaltado, protege o resultado útil da tutela jurisdicional. Já o processo de conhecimento objetiva a declaração da existência ou inexistência do direito material. E o processo de execução visa à realização do conteúdo de um título judicial ou extrajudicial.

O procedimento cautelar também é próprio como adiante se demonstrará.

Daí a sua autonomia.

A crítica que se fazia para negar a autonomia do processo cautelar, consistia na "dependência" existente em relação ao processo principal, segundo disposição do art. 796. Entretanto, não há exatamente dependência entre o processo cautelar e o principal. Há apenas uma necessária coordenação, pois o julgamento da cautela não depende do julgamento do processo principal. É autônomo em relação a este.

A esse respeito bem salienta ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA que "a dependência não se revela essencial para o exercício da função jurisdicional, sendo pertinente à eficácia temporal do seu provimento, não à sua formação, tampouco à sua validade".<sup>30</sup>

## 2. A sumariedade

O processo cautelar abarca pretensões urgentes. Necessita, pois, de instrumental que permita decisões rápidas. Daí a razão porque possui um procedimento abreviado com cognição sumária.

Não se investigará a existência ou inexistência do direito material alegado, o que somente ocorrerá mediante cognição exauriente. No processo cautelar há uma cognição rápida, aparente.

O próprio art. 798 quando refere a "fundado receio" está prevendo a cognição sumária. A cognição no processo cautelar terá por objeto apenas a existência de um "receio" de lesão ao resultado útil do processo principal. É um juízo de probabilidade, de verossimilhança.

Interessante é a classificação de KAZUO WATANABE<sup>31</sup> sobre os modos de utilização da técnica da cognição. Para ele a cognição pode ser vista em dois

---

<sup>30</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 137/138.

<sup>31</sup> WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 83 e segs.  
f. 24.

planos: a) horizontal, referente à extensão ou amplitude do objeto litigioso; b) vertical, quanto à profundidade da análise do objeto litigioso.

Segundo o autor, no plano horizontal, a cognição tem por limites os elementos objetivos do processo, ou seja, questões processuais, condições da ação e mérito. Nesse plano a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.

Já no plano vertical a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).

Neste sentido o processo cautelar seria de cognição plena e sumária.

FERRUCCIO TOMMASEO assinala com propriedade acerca da sumariedade no processo cautelar:

"(...) o caráter cautelar de um determinado provimento pode ser também fundado sobre o modo pelo qual ele se forma e, em particular, sobre o modo pelo qual se forma o convencimento do juiz no ato da concessão da medida requerida. Na verdade, a separação de uma função declaratória do âmbito da tutela cautelar é provada pelo tipo de juízo que se desenvolve no seu interior e que se resolve sempre em uma valoração de verossimilhança, fundada sobre um cálculo de probabilidade de existência do direito acautelado".<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup>"(...) il carattere cautelare di un determinato provvedimento può essere anche fondato sul modo in cui esso si forma e, in particolare, sul modo in cui si forma il convincimento del giudice all'atto della concessione della misura richiesta. Invero, l'estraneità d'una funzione dichiarativa dall'ambito della tutela cautelare è provata dal tipo di giudizio che si svolge nel suo interno e che si resolve sempre in un valutazione di verosimiglianza, fondata su un calcolo di probabilità dell'esistenza del diritto cautelando" (*I Provvedimenti D'Urgenza*, p. 176).

### 3. A provisoriedade

Todas as medidas cautelares são provisórias, pois duram somente enquanto permanecer a situação de perigo ao resultado útil do processo principal.

Uma vez desaparecida a situação de perigo, desaparece a utilidade da cautela. Daí a razão do disposto no art. 808, III que prevê a cessação da eficácia da medida cautelar em caso de extinção do processo principal. Se o processo principal for extinto, a cautelar protegeria o quê?

É imperioso aqui referir a distinção feita por CALAMANDREI<sup>33</sup> entre provisoriedade e temporariedade. Provisório é o que não dura para sempre, mas é substituído por outro evento. Temporário é o que não dura para sempre, mas não é substituído por outro.<sup>34</sup>

Por esta razão firmou-se a característica da provisoriedade da medida cautelar, em vez de temporariedade. A cautela seria, segundo CALAMANDREI, substituída pelo processo principal.

### 4. A instrumentalidade

O processo é instrumento da jurisdição.

---

<sup>33</sup>CALAMANDREI, Piero. *Introduzione Allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, pág. 10.

<sup>34</sup> É o texto original: "*Temporaneo* é, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sè stesso durata limitata: *provvisorio* è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga um evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo".

Seja de conhecimento, de execução ou cautelar. É através do processo que a jurisdição atua, aplicando o direito ao caso concreto.

Neste sentido não haveria porque elencar a instrumentalidade como característica própria do processo cautelar.

Ocorre que o processo cautelar é dotado de uma instrumentalidade em maior grau. Isso porque é instrumento do instrumento. Como já referido o processo cautelar visa à proteção do resultado útil do processo principal. É um instrumento garantindo a eficácia de outro instrumento, o processo principal.

Podemos dizer, assim, que a instrumentalidade no processo cautelar é qualificada.

## **5. A fungibilidade**

A característica da fungibilidade diz respeito ao provimento cautelar e está prevista nos arts. 805 e 807. Devido à fungibilidade, a medida cautelar pode ser substituída ou modificada a qualquer tempo e até mesmo de ofício, por medida menos gravosa para o réu desde que atinja o objetivo de segurança ao resultado útil do processo principal.

## **6. A revogabilidade**

Trata-se de característica inerente ao provimento cautelar e não propriamente ao processo. Está prevista no art. 807, o qual estabelece a possibilidade de revogação das medidas cautelares a qualquer tempo.

A revogação da cautela pode ocorrer no curso do processo cautelar ou até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, desde que deixe de existir a situação perigosa. Neste caso o pedido será autuado em separado e apenso, pois tratar-se-á de outra ação.

## **7. A acessoriedade**

O processo cautelar é acessório do processo principal, uma vez que tem por objetivo proteger o resultado útil deste.

Segundo o art. 796 haveria uma relação de "dependência" entre o processo cautelar e o principal. O legislador, no entanto, exagerou nas cores ao referir-se à dependência entre a cautela e o processo principal.

O processo cautelar não é dependente do processo satisfativo, mas tão somente acessório. Tanto é assim que o julgamento da ação cautelar poderá ser procedente, enquanto que a sentença do principal improcedente ou vice-versa.

Daí a existência apenas de acessoriedade entre ambos.

## 8. A unitariedade

O processo cautelar é unitário porque nele se realizam atos de conhecimento e de execução, independentemente de outro procedimento.

Uma vez proferida a sentença em processo cautelar, não há necessidade de interposição de processo de execução, porque se trata de sentença unitária, com eficácia mandamental.

### Seção IV - Cautelaridade e satisfatividade

Um dos problemas que mais agita o mundo jurídico, atualmente, é a distinção entre medida cautelar e medida satisfativa.

De início vale ressaltar que a medida cautelar está ligada à proteção do resultado útil do **processo principal**. Já a medida satisfativa está ligada à realização **de direito material**. São, portanto, categorias jurídicas contrapostas. Vale o velho jargão: "o que acautela não satisfaz, o que satisfaz não acautela".

Outro ponto importante a salientar é que ao nos referirmos à satisfatividade, podemos estar falando de satisfação de direito, ou de satisfação ocorrida apenas no mundo dos fatos.

O direito realiza-se voluntariamente no mundo social. Se "A" tem um crédito em relação a "B" e este, na data do vencimento, paga a importância devida a "A", o direito realizou-se voluntariamente. Houve a

f. 29.

satisfação voluntária do direito de "A", tanto fática quanto juridicamente.

Entretanto, nem sempre ocorre esta realização voluntária do direito. Surge, então, a necessidade de provocação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação e conseqüente início do processo jurisdicional. E a satisfação do direito, no processo jurisdicional, quando ocorreria?

As duas principais correntes sobre o assunto entendem que a satisfação ocorre com: a) declaração da existência ou inexistência do direito; b) a decisão interlocutória de adiantamento ou antecipação da prestação jurisdicional.

Como adeptos da primeira corrente podemos citar CHIOVENDA<sup>35</sup>, FRITZ BAUR<sup>36</sup>, VICTOR A. A. BOMFIM MARINS<sup>37</sup>.

Na segunda corrente, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA<sup>38</sup>, CARLOS A. ÁLVARO DE OLIVEIRA e GALENO LACERDA<sup>39</sup>.

Para entendermos quando se dá a satisfação de direito no processo jurisdicional, impõe-se a distinção, como já referido, entre a satisfação ocorrida no mundo dos fatos e a no mundo do direito.

A satisfação fática é aquela que proporciona ao autor um contentamento, uma satisfação pessoal e até, às vezes, uma fruição provisória sobre

---

<sup>35</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol, p. 222.

<sup>36</sup> BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, p. 49.

<sup>37</sup> MARINS, Victor. A. A. B. *Tutela Cautelar - Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*, p. 76/77.

<sup>38</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. III, p. 22.

<sup>39</sup> ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos A. e LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 579.

determinado bem, **mas que ainda não é definitiva** porque não existe a certeza quanto à existência do alegado direito.

Podemos citar como exemplo o caso de uma ação de reintegração de posse de um automóvel, em que foi concedida liminar. O autor do pedido ficou satisfeito e fruirá do automóvel provisoriamente. Trata-se de uma satisfação fática. Não implica ainda em satisfação de direito, porque por ocasião da sentença o pedido poderá ser julgado improcedente, declarando-se inexistente o direito do autor à reintegração na posse do veículo. Não poderia haver satisfação de um direito que ainda não foi declarado existente e portanto poderá não existir.

Daí porque nosso entendimento de que satisfação jurídica somente ocorrerá com a declaração da existência ou inexistência do direito. Pressupõe-se, portanto, a necessidade de sentença com cognição exauriente em que exista eficácia declaratória, mesmo que não preponderantemente.

Esta distinção não quer dizer que a satisfação jurídica não implique em alteração no mundo dos fatos. É claro que com a satisfação do direito há modificação fática *lato sensu*.

Entretanto, quanto à satisfatividade meramente fática, ainda não jurídica, há modificação do estado de fato sem o reconhecimento da existência do direito que a autorize. Poderíamos nos referir a tal satisfação fática, como sendo *stricto sensu*.

Neste sentido concluí-se que a ação cautelar poderá implicar em uma satisfação fática (como no caso de deferimento de liminar), mas nunca em satisfação

jurídica, porque a sentença cautelar não declara a existência ou inexistência de direito.

O velho jargão, permanece, pois, no seguinte sentido: "o que acautela não satisfaz juridicamente, o que satisfaz juridicamente, não acautela".

#### Capítulo IV - O PODER GERAL DE CAUTELA

##### Seção I - Conceito

O poder cautelar geral do juiz está previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz determinar medidas cautelares que não estejam especificamente previstas, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Trata-se de previsão que dá completude ao ordenamento jurídico, pois seria impossível o legislador elencar especificamente todas as situações que necessitassem da tutela cautelar.

Com o art. 798 autoriza-se tanto o magistrado a determiná-la, quanto às partes a requerer medidas inominadas, ou seja, não previstas especificamente pelo Código.

São exemplos marcantes do exercício do poder geral de cautela a sustação de protesto, a suspensão de assembléia societária, a inalienabilidade de bens, etc. Todos são pedidos corriqueiros no mundo jurídico e fundamentados na previsão do art. 798.

## **Seção II - Breve retrospectiva histórica do poder geral de cautela no direito brasileiro**

O Brasil recebeu, no início, o sistema jurídico de Portugal. Desde então, nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas havia previsão de medidas com caráter acautelatório.

Já com o Regulamento 737, de 1850, as medidas acautelatórias vinham previstas no título dos processos preparatórios, preventivos e incidentes.

O CPC de 1939 tratou da matéria no Livro V destinado aos processos acessórios. No art. 675 tratou especificamente do poder cautelar geral.

Era o conteúdo do art. 675: "Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I - Quando do estado de fato da lide, surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II - Quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III - Quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa".

Na República com cada Estado elaborando o seu Código de Processo Civil não houve grande modificação quanto ao tratamento dos processos cautelares.

Com o Código de Processo Civil de 1973 é que se deu real importância ao tema. Elevou-se o processo cautelar a terceiro gênero jurisdicional, reconhecendo-lhe

autonomia, ao lado dos processos de conhecimento e de execução.

Já ressaltava BUZAID: "O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que se distingue das duas primeiras funções do processo civil, sem entretanto excluí-las. O seu elemento novo está na prevenção".<sup>40</sup>

O Livro III do novo CPC, entretanto, apesar de ter sido intitulado de Processo Cautelar, não contempla somente medidas cautelares, mas também medidas satisfativas.

O próprio BUZAID, autor do anteprojeto do CPC de 1973, alertou que o Livro III arrolara não somente procedimentos cautelares, mas todas as medidas preventivas e conservativas, todas sob o rótulo de processo cautelar.<sup>41</sup>

Regula, pois, o nosso Código atual o poder geral de cautela em seus artigos 798 e 799. É a letra do art. 798:

"Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

E ainda o art. 799:

---

<sup>40</sup> *apud* SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, p. 19-20.

<sup>41</sup> *apud* SANCHES, Sydney. *Ob. cit.*, p. 19.  
f. 34.

"No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução".

Pelo exposto, bem se vê o desenvolvimento que tem ocorrido no direito processual brasileiro. Poucos são os países que têm um sistema jurisdicional como o nosso. Tal desenvolvimento talvez tenha ocorrido em grau bastante acelerado pela inexistência no Brasil do contencioso administrativo vigente nos países europeus.

Acerca do contencioso administrativo explica MARCELLO CAETANO:

"Na acepção mais geral, entendem os autores por contencioso administrativo o conjunto das contestações jurídicas a que dá lugar a ação administrativa, ou então o conjunto das regras relativas aos litígios organizados que a actividade da Administração pública suscita, sejam quais forem as jurisdições a que são submetidas".<sup>42</sup>

O contencioso administrativo, nos países europeus, é excluído do âmbito de incidência dos tribunais judiciais, diferentemente do que ocorre em nosso ordenamento.

O avanço derradeiro do direito processual, no referente ao processo cautelar, veio em 1988 quando a Constituição Federal previu em seu art. 5º, XXXV a tutela preventiva *lato sensu*, dispondo que "a lei não

---

<sup>42</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, p. 1208.  
f. 35.

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito".

### **Seção III - O poder geral de cautela no direito comparado**

#### **1. No direito alemão**

O direito alemão conheceu do poder cautelar sob o aspecto da segurança para a execução. Utilizava-se-o para assegurar a futura execução.

A previsão estava nos parágrafos 935, 938 e 940 da Z.P.O., respectivamente:

"Poderão ser decretadas medidas provisionais de segurança em relação ao objeto litigioso, quando houver receio de que, por uma modificação do estado atual, se frustrará ou se dificultará a realização do direito de uma parte".

"O Tribunal tem o direito de determinar, a seu arbítrio, as medidas que reputar necessárias para o objeto de que se trate, principalmente impondo seqüestro, impondo a uma parte a obrigação de realizar um ato ou de omití-lo, a proibição de não vender, gravar ou hipotecar uma propriedade".

"Permite-se a adoção de medidas cautelares para regular um estado provisional, respeitante a uma relação jurídica controvertida, se tal regulamento se considerar necessário para evitar prejuízos de monta ou atos de força que a ameacem, ou por outros motivos, especialmente quando se tratar de relações jurídicas permanentes".

Bem se nota, pois, a possibilidade de o juiz decretar medidas, a seu critério, asseguratórias do direito da parte.

Por outro lado, previu também o Código de Processo Civil alemão medidas cautelares nominadas, tipificadas para cada caso pela própria lei (§§ 916, 917 e 918 da Z.P.O.).

## 2. No direito italiano

No atual Código de Processo Civil italiano que vigora desde 1942, pretende-se a existência de um poder geral de cautela no disposto no seu art. 700:

"Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha fundado motivo de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja este ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode pedir ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os direitos da decisão, ou melhor, os efeitos da decisão na causa principal".

O Código italiano possui, portanto, medidas cautelares nominadas, mas também um poder geral de cautela. Dedicou um parágrafo inteiro ao trato das medidas cautelares (§32).

Salienta GIOVANNI ARIETA:

"Não parece possa duvidar-se que, da inequívoca afirmação contida na Relazione, se percebe transparecer uma mau enconberta satisfação seguida da

introdução no nosso ordenamento de um poder geral de cautela que permita ao juiz em cada caso determinar provimentos cautelares genéricos, ditos provimentos de urgência, adequados às necessidades das circunstâncias, que objetivem manter imodificado o estado de fato por toda a duração do procedimento ordinário".<sup>43</sup>

### 3. No direito Francês

*Référé* é a medida geral de cautela prevista no art. 806 do *Code de Procédure Civile*. É utilizada nos casos de urgência ou que apresentem dificuldades na sua execução.

Para a concessão do *référé* exige-se três condições: a) competência do tribunal civil para conhecimento da matéria de fundo (mérito); b) urgência; c) e ausência de prejuízo ao pedido principal (art. 809).

### 4. No direito inglês

No direito inglês é grande o poder de atuação do juiz no processo. Há uma participação muito ativa do magistrado, o qual tem a iniciativa quanto às

---

<sup>43</sup>"Non sembra possa dubitarsi che, dalle inequivoche affermazione contenute nella Relazione, si senta trasparire una mal celata soddisfazione a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento de un potere di cautela che consenta al giudice in ogni caso de prendere provvedimenti cautelari generici, detti provvedimento di urgenza, adeguati alle necessità delle circostanze, che valgano a mantenere immutato lo stato di fatto per tutta la dura a del procedimento ordinario", I Provvedimenti D'Urgenza, p. 26.

provas e comparecimento de testemunhas; interrogatório (dos advogados e representantes das partes); discute e dialoga com eles, interrompe os debates, adverte os jurados.

Através da medida denominada *contempt of court* o juiz toma providências urgentes no processo, chegando até à prisão, inclusive dos advogados.

Segundo WILLARD DE CASTRO VILLAR<sup>44</sup> "a *contempt of court* é uma instituição consuetudinária e atribui à magistratura o poder sem outras limitações que sua própria discricção e o peso da opinião pública, para castigar os atos que tendem a diminuir ou atacar a autoridade da lei, a prejudicar as partes que litigam e as suas testemunhas durante o processo, ou, ainda, criam obstáculos aos debates".

Pode-se dizer, assim, que o poder geral de cautela é inerente ao sistema jurídico inglês, atuando em todas as áreas do direito (seja civil ou criminal) e zelando pela boa administração da justiça.

## 5. No direito norte americano

No direito norte americano, dotado de sistema diverso do nosso, pois baseado nos chamados "casos", procura-se identificar a aplicação de um poder geral de cautela no instituto denominado "contempt of court" consistente no poder do juiz de determinar medidas contra o desrespeito ao tribunal.

---

<sup>44</sup>VILLAR, Willar de Castro. *Medidas Cautelares*, pág. 38.  
f. 39.

Traçando um paralelo entre as medidas cautelares *ex-officio* do direito brasileiro e o instituto do *contempt of court*, assevera OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

"A semelhança com o **Contempt of Court**, na verdade, é pequena. Enquanto no direito anglo-americano considera-se que a faculdade de punir o **contempt** é inerente ao poder dos tribunais, de modo que o campo de seu exercício independe de qualquer norma expressa que o autoriza (...), entre nós, ao contrário, as medidas cautelares *ex-officio*, decretáveis para defesa da soberania do Estado e da dignidade da justiça, como propunha CALAMANDREI, somente podem ser aplicadas 'em casos excepcionais', quando 'expressamente autorizados por lei'.<sup>45</sup>

## 6. No direito espanhol

É no art. 1428 da Ley de Enjuiciamiento que está previsto o poder geral de cautela do ordenamento jurídico espanhol. Permite-se ao juiz adotar medidas que garantam a execução da sentença que tenha por objeto obrigações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa específica.

Trata-se, pois, de um poder geral de cautela extremamente restrito. Não se pode tomar medidas acautelatórias antes da sentença.

---

<sup>45</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. III, p. 70.  
f. 40.

## **7. No direito português**

O poder geral de cautela no ordenamento jurídico português está previsto no art. 397 do Código de 1961, que dispõe: "quando uma pessoa mostre fundado receio de que outrem, antes da propositura da ação ou na pendência desta, cause lesão grave e de difícil reparação ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos especialmente regulados neste capítulo, as providências que julgue adequadas para evitar a lesão, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta ou a entrega dos bens mobiliários ou imobiliários, que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário".

Trata-se de uma medida atípica que pode ser invocada tanto antes de proposta a ação principal como no decorrer desta. É a irreparabilidade da lesão que autoriza o juiz a conceder a tutela.

No ordenamento jurídico português também não se pode decretar uma medida atípica quando existe para o caso um procedimento especialmente regulado.

### **Seção IV - O poder geral de cautela no direito hodierno**

Modernamente, aspira-se a uma justiça rápida e efetiva. O Direito não é mais visto como um sistema teórico longe da realidade social. Bem dizia PONTES DE MIRANDA:

"A realidade do Direito é ligada à vida social, à coexistência e adaptação sociais; e não só à vida psíquica propriamente dita".<sup>46</sup>

As necessidades sociais modificam-se e com elas também impõem-se mudanças no ordenamento jurídico. O Direito como processo de adaptação social deve dar instrumentos eficazes, de composição dos conflitos.

Como visto, o Código de 1939 já previa a tutela cautelar. Entretanto, não era muito utilizada. Já com o Código de 1973 houve uma verdadeira redescoberta da tutela cautelar. A utilização dos meios cautelares aumentou vertiginosamente. Como bem salientou OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA<sup>47</sup> "fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca de formas de **tutela urgente**".

O Código de Processo Civil de 1973 contribuiu muito, pois, para a expansão da tutela de urgência.

O realce dado ao processo cautelar chamou a atenção. Por outro lado, a ordinarização do processo de conhecimento levou muitos juristas a utilizarem-se do procedimento cautelar para viabilizar com urgência uma pretensão satisfativa e não cautelar. Criaram-se, assim, as malfadadas "cautelares-satisfativas", que de

---

<sup>46</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, p. 36.

<sup>47</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. III, p. 14.  
f. 42.

cautelares só têm o procedimento. Quanto a este aspecto bem salienta LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>48</sup>:

"O processo cautelar, como é cediço, não só no Brasil, mas também na França, como revela Roger Perrot, e na Itália, como sugere La China, transformou-se em técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário, cuja estrutura, como sabemos, de há muito se encontra superada. A utilização indiscriminada da tutela cautelar, portanto, surge como uma conseqüência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, ou diferenciadas, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material".

Nesse contexto cada vez mais as medidas cautelares inominadas estão sendo utilizadas.

#### **Seção V - Poder geral de cautela e medidas específicas**

1. Sob o título de "Dos Procedimentos Cautelares Específicos" trata o Código no Capítulo II, arts. 813 a 889, das chamadas medidas cautelares nominadas.

Nas palavras de WILLARD DE CASTRO VILLAR "as medidas são típicas ou nominadas, ou atípicas ou inominadas, conforme se refiram à indeterminação ou não do

---

<sup>48</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, p. 17.  
f. 43.

conteúdo da providência pedida, e ainda à indeterminação ou não do interesse tutelado".<sup>49</sup>

As medidas cautelares nominadas são aquelas contempladas uma a uma pelo Código. São aquelas que têm *nomen iuris*.

Na realidade não existe diferença de natureza ou substância entre as medidas específicas e as medidas que provêm do poder geral de cautela. A diferença existente é apenas a maior ou menor determinação de especificidade. Simplesmente as medidas nominadas estão previstas com mais detalhes que as inominadas e afeiçoadas a determinadas situações jurídicas.

2. Questão interessante que se põe é se o poder geral de cautela abrange as medidas cautelares específicas? Ou seja, uma vez não preenchidos os pressupostos formais exigidos pelas medidas nominadas poderá o juiz, utilizando-se do poder geral de cautela, decretar medida inominada com idêntica finalidade prática?

Ora, o objetivo da previsão do art. 798 é justamente dar completude ao sistema jurídico, possibilitando que a tutela cautelar compreenda situações não previstas especificamente pelo Código.

De clara obviedade parece-nos, a permissão ao juiz de conceder tutelas não nominadas, uma vez preenchidos os requisitos do art. 798.

Imaginemos, exemplificativamente, tenha ocorrido um acidente de trânsito. "A" teve seu automóvel

---

<sup>49</sup> VILLAR, Willar de Castro. *Ação Cautelar Inominada*, p. 82.  
f. 44.

completamente danificado pela invasão da preferencial por "B". Este já prevendo a possível responsabilização, inicia a venda de seus bens. Que medida judicial poderia "A" tomar?

Nos termos do art. 813, II: "quando o devedor, que tem domicílio: b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores" a medida cabível é o arresto.

Entretanto, o arresto exige prova literal da dívida líquida e certa, que neste caso não existe, pois o acidente será ainda discutido em ação de conhecimento.

Para aqueles que não admitem a utilização das medidas inominadas em lugar das nominadas, o ordenamento jurídico não teria meio eficaz de assegurar, ainda que indiretamente, o direito do postulante. Sim, porque uma vez não preenchidos os requisitos necessários para a concessão do arresto não há outra alternativa que não a ação de conhecimento, com amplo contraditório, cognição plena e exauriente e neste caso com o risco de ser absolutamente inócua.

Neste contexto não teríamos um ordenamento realmente efetivo do ponto de vista do direito material. A instrumentalidade a que deve servir o processo seria novamente posta de lado, valorizando-se a forma em detrimento da efetividade.

Vale, aqui, lembrar a advertência de LIEBMAN<sup>50</sup> de que "a atenção à forma que não atenda ao ideal de instrumentalidade, não passará da mais solene deformação".

Mais do que aceitável, é imprescindível admitir a possibilidade de decretação pelo magistrado de uma medida cautelar inominada, quando não preenchidos os requisitos estabelecidos nas medidas específicas.<sup>51</sup>

A previsão do art. 798 é instituto que permeia entre as medidas cautelares específicas previstas pelo Código. Supre as situações que o legislador deixou de prever pormenorizadamente. Dá completude ao ordenamento.

Não se pode, no entanto, deixar de ressaltar a grande responsabilidade atribuída ao magistrado.

3. Outro ponto que cabe aqui abordar refere-se à possibilidade de utilizar-se uma medida cautelar inominada **em substituição** às medidas típicas.

É preciso distinguir entre atuação complementar e substituição. Uma forma é atuar suprindo as normas de cautela específica existentes no ordenamento. Outra é ignorar um procedimento detalhadamente previsto pelo Código.

Perfeitamente coerente é o entendimento de que as normas atinentes ao poder geral de cautela abrangem o espaço residual deixado pelas medidas

---

<sup>50</sup> *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, pág. 70,

<sup>51</sup> Neste sentido: LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, pág. 162.

específicas, quando não preenchidos os seus requisitos formais.

Entretanto, entender que uma vez preenchidos os pressupostos para o procedimento das cautelas típicas poderá ser utilizada em sua substituição uma cautela atípica, configura-se como evidente ilegalidade. Trata-se, na verdade, de interpretação **contra legem**.

Assim, respeitar as cautelas nominadas como complementação para um ordenamento jurídico, coerente e efetivo é posição que se impõe. Mas utilizar uma cautela atípica em substituição a uma típica, é atuação contra a lei.

4. Outra questão que surge é se há necessidade de previsão de medidas cautelares nominadas no ordenamento jurídico. Não bastaria apenas a previsão do art. 798, acerca do poder geral de cautela?

Na realidade, somente a previsão do art. 798 seria suficiente. Disporia o artigo: Poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Todas as situações de ameaça à eficácia da atividade jurisdicional estariam previstas de forma completa e efetiva.

Dispor especificamente das cautelas mais utilizadas, quem sabe traga resultados práticos

adequados. Entretanto, necessidade destas previsões não existe.

O ordenamento jurídico estaria perfeitamente adequado somente com a previsão do poder geral de cautela, inclusive não teria sequer dúvidas sobre a utilização deste instituto nas mais diversas situações.

## **Seção VI - Limites**

1. O poder geral de cautela, por mais amplo, está sujeito a limites.

Em primeiro lugar obedece às limitações gerais de qualquer pedido judicial: a) condições da ação e; b) pressupostos processuais. Ou seja, as partes devem ser legítimas, o pedido juridicamente possível e ainda haver interesse na interposição da ação cautelar.

Quanto aos pressupostos processuais exige-se, segundo classificação de CALMON DE PASSOS<sup>52</sup>: a) juiz competente; b) ausência de suspeição e impedimento pelo juiz; c) capacidade processual das partes; d) regularidade de representação das partes; e) petição inicial apta; b) ausência de litispendência e de coisa julgada.

---

<sup>52</sup>CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X, Tomo I, p. 118.

2. Especificamente, o pedido cautelar está sujeito aos requisitos para a concessão da tutela cautela: a) o *fumus boni iuris*; b) o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* entendido como a aparência do direito e o *periculum in mora* como a situação de perigo iminente e grave ao processo principal. A medida concedida sob o manto do poder geral de cautela deve restringir-se a assegurar a idoneidade do processo principal. Daí porque não podem ser concedidas providências a que o postulante não teria direito mesmo saindo vencedor da demanda principal.

A doutrina<sup>53</sup> costuma mencionar ainda como limites para a concessão de medidas inominadas: a) quando existirem no ordenamento jurídico outros meios **típicos** de tutela previstos para a espécie. Restrição esta que já foi abordada com mais minúcia (ítems 2 e 3 supra) e; b) a prudência.

Também a jurisprudência é neste sentido:

"Um dos limites a adstringir o poder geral de cautela do magistrado está em que, havendo um dispositivo legal específico, prevendo determinada medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada. Se for o caso de deferi-la, devem ser observadas todas as exigências contidas naquela medida específica. (RSTJ 53/155)"<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup>Neste sentido: Marcus Vinicius de Abreu Sampaio (*O Poder Geral de Cautela do Juiz*, p. 151-155), Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 159-162).

<sup>54</sup> *apud* NEGRÃO, Theotônio Negrão. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., p. 571.

3. Inobstante os limites acima elencados, vale mencionar, pela lógica e coerência sistemática, os limites apontados por VICTOR A. A. BOMFIM MARINS<sup>55</sup>, a saber: a) a coordenação da cautela ao processo principal; b) a reversibilidade jurídica do provimento cautelar; c) a eficácia preponderantemente mandamental da sentença acautelatória.

Para esse autor há necessidade de que a cautela requerida esteja coordenada ao processo principal. Ou seja, tenha serventia à segurança da eficácia do processo principal.

Faz-se mister também que o provimento cautelar deferido seja reversível **juridicamente**.

E por fim a sentença acautelatória deverá ter eficácia preponderantemente mandamental. Tem, portanto, que implicar em uma ordem. A sentença cautelar não poderá, como eficácia preponderante, constituir, declarar, condenar ou ter força executiva.

4. Salienta Galeno Lacerda, diante do art. 798, que "estamos na presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*".<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> MARINS, Victor A. A. Bomfim Marins. *Tutela Cautelar - Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*, p. 247-254.

<sup>56</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo I, f. 50.

É um poder de grande amplitude, verdadeiramente. Mas daí a dizer-se que é norma em branco é exagerar um pouco nas cores. O juiz ao analisar uma medida cautelar inominada há de apreciar com o equilíbrio necessário à sua função a probabilidade da existência do direito ameaçado e o perigo da ineficácia do processo principal. Há de sopesar os danos que a concessão da medida poderá causar com os danos que poderão resultar de sua denegação. Não há sequer discricionariedade, como bem salienta TERESA CELINA ARRUDA ALVIM PINTO:

"(...)chegamos à conclusão no sentido de que ao juiz quase nunca cabe exercer aquilo que a doutrina habitualmente denomina de poder discricionário.

Cabe ao juiz aferir da presença do *fumus* e " do *periculum*, baseado em circunstâncias absolutamente objetivas. Tem de 'objetivizar' sua convicção que é, evidentemente, pessoal, no sentido de que haja *fumus* e *periculum*, fundamentando as decisões que profere".<sup>57</sup>

O que não se pode admitir é o indeferimento do pedido sob a alegação de que o legislador não previu a medida solicitada. Ter uma interpretação assim estreita é ir de encontro à efetividade da tutela jurisdicional. É função do juiz adequar a lei ao caso concreto.

---

p. 135.

<sup>57</sup>ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, p. 150.

## Seção VII - Medidas de ofício

Dispõe o art. 797 do Código de Processo Civil que "só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes".

A referida disposição legal prevê a possibilidade de determinação pelo juiz de medidas cautelares independentemente de requerimento das partes. Ou seja, determinação de medidas cautelares de ofício.

O juiz poderá determinar medida cautelar, sem que as partes requeiram, desde que a lei expressamente autorize.

É o caso do art. 653 do Código de Processo Civil em que o oficial de justiça poderá proceder ao arresto dos bens do executado sem que o exeqüente tenha requerido a medida cautelar.

O nosso atual estatuto de processo civil não permite a determinação de cautela de ofício, sem que haja expressa autorização legal, diferentemente do que ocorria no Código de Processo Civil de 1939, que permitia ao juiz a determinação de cautela **ex-officio**, mesmo sem expressa autorização legal.

Não foi feliz o legislador ao restringir o poder do juiz de determinar medidas cautelares **ex-officio** somente nos casos expressos em lei. Ora, se o processo cautelar visa garantir o resultado útil do processo principal e por conseqüência a efetividade da justiça na realização do direito, nada mais coerente do que possibilitar ao juiz a determinação **ex-officio** de medidas

cautelares. Daí a razão pela qual VICTOR A. A. BOMFIM MARINS defende interpretação ampliativa do art. 797, possibilitando a determinação de medidas cautelares pelo juiz, independentemente de autorização legal expressa.<sup>58</sup>

### **Seção VIII - A eficácia da medida cautelar**

A medida cautelar terá eficácia enquanto persistir a situação de perigo à eficácia do processo principal.

A lei, entretanto, especifica certos casos de perda da eficácia da medida cautelar, nos arts. 807 e 808.

#### **1. A ausência de interposição da ação principal em 30 dias**

Estabelece o art. 806 o prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, quando esta for antecedente, para a propositura da ação principal.

Se o autor da medida cautelar não interpuser a ação principal em 30 dias da data da efetivação da cautela, haverá a perda da eficácia da medida cautelar e conseqüentemente sua extinção, nos termos do art. 808, I do Código de Processo Civil.

---

<sup>58</sup>MARINS, Victor A. A. B. *Tutela Cautelar - Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*, p. 312/313.

Isso porque o processo cautelar visa à proteção do resultado útil do processo principal. Se este não foi interposto em trinta dias é porque não há urgência na medida e a cautela, conseqüentemente, perdeu o objeto.

O prazo de 30 dias para a interposição da ação principal inicia-se a partir da efetivação da medida cautelar, conforme dispõe a letra do art. 806 do Código de Processo Civil. Dúvida surge nos casos em que o autor não vem a ter ciência da data em que a medida cautelar foi efetivada. Daí porque, a necessidade de intimação do autor acerca da execução da medida cautelar, para que se inicie a contagem do prazo de interposição da ação principal, em 30 (trinta) dias.

O prazo para a interposição da ação principal iniciar-se-ia, pois, a partir da intimação do autor acerca da execução da medida cautelar.

## **2. A falta de execução, em 30 dias, da medida cautelar deferida**

Nos termos do art. 808, II, se a medida cautelar deferida não for executada em 30 (trinta) dias também haverá a perda da eficácia da medida cautelar.

Cabe ao autor, nos termos do inciso II, do art. 808 promover a execução da medida cautelar deferida. Deverá, o requerente, fornecer todos os elementos necessários à efetivação da cautela. Se todos os elementos necessários à execução da medida cautelar forem fornecidos,

mas mesmo assim não houver a execução, por motivos alheios, não haverá a perda da eficácia da medida cautelar.

### **3. Extinção do processo principal**

Como o processo cautelar visa à proteção do processo principal, se este for extinto não haverá sentido algum na continuidade da cautela. Daí porque o art. 808 em seu inciso III, estabelece a perda da eficácia da medida cautelar em caso de extinção do processo principal.

## PARTE II

### TUTELA CAUTELAR E DEMANDAS SUMÁRIAS

#### Capítulo I - Interesse jurídico

#### Seção I - O interesse jurídico material e processual

Podemos dividir em, no mínimo, dois segmentos o interesse jurídico: o material e o processual.

O interesse jurídico material decorre do próprio direito material, emergente com a aquisição de um direito. Já o interesse processual é eminentemente instrumental, secundário e surge quando o titular do direito é dotado de pretensão (vista como exigibilidade do direito).

O art. 3º do Código de Processo Civil, pelo qual, para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse (necessidade) e legitimidade, refere-se ao interesse processual. Ou seja, é necessário que a ação proposta ou a contestação apresentada tragam algum benefício jurídico para seu autor. Caso contrário haverá carência da ação.

Tomemos por exemplo o caso de um sujeito A ser proprietário de um imóvel locado a B. Pretendendo sua desocupação dada a falta de pagamento de alugueres, A propõe ação de despejo contra B. O interesse jurídico material de A está no exercício do direito de reaver o imóvel, decorrente da locação. Não obtida a desocupação voluntária, o interesse jurídico processual está em, através da ação de despejo, conseguir o despejo do

locatário. Seria, por exemplo, despido de qualquer sentido se A interpusesse uma ação de despejo sem que para tanto tivesse direito, seja por falta de pagamento de alugueres ou por outra infração ao contrato ou à lei. Haveria, evidentemente, carência de ação por ausência de interesse jurídico-processual.

O mesmo ocorreria no caso de uma ação de reintegração de posse com base em contrato de comodato sem que houvesse a prévia denúncia do contrato pelo comodante.

Diz-se que o interesse jurídico que dá razão à provocação da atividade jurisdicional é o interesse defluente do direito material, que será pleiteado pelo interessado. Nem sempre, contudo, convém ressaltar, o interesse decorrerá de direito material, embora assim o seja na maioria dos casos. Pode muito bem ocorrer que o interesse resida na declaração da inexistência de direito material (de relação jurídica de direito material, conforme art. 4º do Código de Processo Civil). Ou ainda, por exemplo, no caso da ação rescisória por nulidade da sentença (art. 485 do CPC).

Há nesses dois casos interesse jurídico apto a suscitar a atividade jurisdicional, porém de nenhum modo decorrente do direito material.

Distintas, portanto, as noções de interesse jurídico material e processual.

No processo cautelar o interesse jurídico material estará evidenciado com o preenchimento do requisito do *fumus boni iuris* consistente na demonstração da aparência do direito material que será analisado

exaustivamente no processo principal. Para aqueles que entendem existir um direito material de cautela, o interesse jurídico material evidenciar-se-ia pela constatação deste direito material à segurança.

Já o interesse processual evidencia-se na necessidade da cautela para fazer cessar a situação de perigo ao resultado útil do processo principal.

## **Seção II - O interesse jurídico e a atividade jurisdicional**

Atualmente a sociedade, cada dia mais, exige do Judiciário soluções rápidas e eficazes, não se conformando com a atual morosidade na tramitação dos processos.

Critica-se a lentidão do procedimento ordinário. O rito sumário, possui esse nome, mas acaba, muitas vezes, tornando-se mais demorado que o próprio rito ordinário, devido às pautas sobrecarregadas dos juizes.

Impõe-se, assim, a criação de procedimentos diferenciados que resultem em uma tutela mais rápida e eficaz, coordenada a cada interesse jurídico de direito material.

Nas atuais circunstâncias, louva-se a atitude do legislador em prever, com as modificações ao Código de Processo Civil, a possibilidade de concessão de liminares antecipatórias (não cautelares) no próprio procedimento ordinário.

Observem-se os seguintes exemplos que denotam coordenação entre o procedimento diferenciado e os respectivos interesses de direito material.

No mandado de segurança, de procedimento abreviado, tal qual o monitório, em que o interesse do autor está estreitamente vinculado não só ao direito material, mas ainda a um direito que se apresenta no processo, no momento do ajuizamento da petição inicial, líquido e certo.

O mesmo ocorre com os interditos possessórios, que visam tutelar exclusivamente a posse (fato juridicamente relevante e que gera por conseguinte conseqüências jurídicas), estas claramente no plano do direito material, como o direito à posse, o desforço imediato é também no plano do direito processual a utilização dos interditos.

Outro exemplo: a posse em nome do nascituro, previsto no Livro III do Código de Processo Civil, que trata do processo cautelar, mas que cautelar não é, porque atende a um interesse protegido pelo direito material, mas que segue o procedimento cautelar.

## **Capítulo II - O Procedimento Comum (Ordinário)**

### **Seção I - Considerações Gerais**

Segundo o art. 273 do Código de Processo Civil: "O procedimento comum é ordinário ou sumário".

Entretanto, o Código de Processo Civil refere-se simplesmente a procedimento comum (seja ordinário ou sumário) em contraposição aos procedimentos especiais. Assim quando nos referimos a procedimento ordinário estamos apontando o procedimento comum, segundo a linguagem do Código de Processo Civil, ou seja, aquele rito utilizado na inexistência de previsão de rito especial. Configura-se como o procedimento padrão, por assim dizer.

É o ordinário, desde a escola clássica, concebido como o procedimento das demandas plenas, compreensivo do conflito de interesse em sua totalidade. É o procedimento da busca da verdade plena e da certeza jurídica, pelo qual se permite o amplo conhecimento dos fatos antes da emissão do julgamento, ou seja, do juízo derradeiro.

No modo como o procedimento ordinário era concebido antigamente (sem a previsão das liminares) cogitava-se muito da figura do juiz como mero agente passivo do Estado. Não tinha ele poderes para emitir juízos acerca da lide antes do final do procedimento. Permitia-se a continuidade de evidente desigualdade existente entre as partes, em favor dos princípios da busca da verdade e da tão aclamada certeza jurídica, com sério prejuízo para a efetividade do processo.

Ressalta, em aguda crítica, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

"É por este ângulo, precisamente, que os defeitos e inconveniências do **procedimento ordinário** mais se destacam, porque, além de sua natural morosidade - que o transforma em instrumento processual de índole

f. 60.

conservadora, enquanto preserva às vezes por longos e longos anos o *status quo* anterior à propositura da demanda - funda-se ele igualmente num outro princípio herdado do liberalismo do século XIX, qual seja a exigência de um magistrado destituído de quaisquer poderes para intervir no objeto litigioso, dando-lhe, através de decisões liminares, alguma forma de disciplina provisória, enquanto a demanda se processa".<sup>59</sup>

Por outra perspectiva, o procedimento especial é aquele coordenado ao direito material. Ou seja, com rito pré-ordenado a recepcionar e solucionar pretensões específicas de direito material, como, por exemplo, o mandado de segurança, os interditos possessórios, o despejo, a consignação em pagamento, etc.

De modo que podemos estabelecer uma dicotomia: de um lado o procedimento ordinário destinado a recepcionar todos os pedidos aos quais não haja previsão específica e de outro lado os procedimentos especiais destinados a pretensões determinadas.

Nesta concepção, em que de um lado havia o procedimento comum (ainda sem possibilidade de liminares) e de outro procedimentos especiais, adequados somente a determinadas situações de direito material, permeava o procedimento cautelar, abarcando situações urgentes, nem sempre cautelares.

O legislador elencou, assim, no Livro III do Código de Processo Civil que trata das Medidas Cautelares, não somente medidas cautelares, mas também

---

<sup>59</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 101. f. 61.

satisfativas, que se configuram no dizer de CALMON DE PASSOS em "medida processualmente satisfativa, porém procedimentalmente cautelar".<sup>60</sup>

## Seção II - Cognição exauriente

Em conceito de KAZUO WATANABE:

"A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo".<sup>61</sup>

A cognição é utilizada como técnica de construção de procedimentos adaptados ao plano do direito material.

Na esteira do pensamento de KAZUO WATANABE, como já referido, a cognição pode ser encarada sob o plano horizontal e vertical. Considerando o plano horizontal ela pode ser plena ou limitada (parcial). No plano vertical, exauriente ou sumária.

O plano horizontal diz respeito à amplitude da lide posta em Juízo. Restringe-se ou não o objeto litigioso. É o caso, por exemplo, das ações possessórias em que não se permite alegação sobre o

---

<sup>60</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Tomo I, p. 56 e 58.

<sup>61</sup> WATANABE, KAZUO. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 41.  
f. 62.

domínio. Assim, o objeto litigioso fica restrito tão somente à posse, reduzindo-se o campo de análise do Juiz. Foi uma maneira criada pelo legislador para melhor tutelar o direito à posse. Assim também os embargos à execução em que as matérias que podem ser alegadas estão devidamente estabelecidas no art. 741 do Código de Processo Civil, por exemplo.

Já no plano vertical a cognição refere-se à profundidade do exame da matéria posta em Juízo. Se as questões que compõem o objeto litigioso podem sofrer análise irrestrita em sua profundidade pelo Juiz, então a cognição é exauriente. Se, por outro lado, a cognição não pode ir a fundo na análise, há cognição sumária. É o caso dos processos cautelares, em que há somente um juízo de probabilidade e não de certeza.

O procedimento ordinário permite a realização de uma cognição plena e exauriente. É da própria essência do rito ordinário permitir que o objeto litigioso seja o mais amplo possível e os fatos fartamente provados. Isso porque o procedimento ordinário tem por princípio embasador a certeza jurídica.

O rito sumário, apesar de ter sido criado visando-se a uma aceleração no procedimento, compreende também a cognição plena e exauriente. Há apenas uma tentativa de maior rapidez na produção dos atos processuais, entretanto, sem alterar a cognição plena e exauriente da lide. Em uma ação de reparação de danos por acidente de veículo, por exemplo, não há qualquer restrição quanto à matéria a ser objeto da lide ou quanto à produção

das provas necessárias à instrução do feito. O rito adotado é o sumário, mas a cognição é plena e exauriente.

É, pois, característica do procedimento ordinário a cognição plena e exauriente.

### **Seção III - Coisa julgada material**

CHIOVENDA entendia a coisa julgada material como efeito da sentença, na mesma linha da doutrina germânica. São suas palavras:

"A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que *acolhe ou rejeita a demanda*, e consiste em que, pela suprema exigência *da ordem e da segurança da vida social*, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos".<sup>62</sup>

LIEBMAN, por sua vez, aperfeiçoou a doutrina da coisa julgada material desenvolvendo a construção de Chiovenda no que diz respeito às condições da ação, separando-as do mérito da causa. LIEBMAN considerou a coisa julgada material como uma qualidade de todas as eficácias sentenciárias. Diz ele:

---

<sup>62</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol., p. 374. f. 64.

"Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo tempo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem?".<sup>63</sup>

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, de seu turno, aperfeiçoou ainda mais a doutrina da coisa julgada material, demonstrando que várias eficácias desaparecem com o cumprimento da sentença pelo obrigado e que apenas uma, a eficácia declaratória, permanece. Daí porque a coisa julgada material não é a qualidade das eficácias da sentença como apregoava LIEBMAN, mas sim qualidade somente da eficácia declaratória da sentença. Diz OVÍDIO:

"Contudo, desaparecendo os efeitos constitutivos, ou executivos, ou condenatórios que são absolutamente mutáveis, e mesmo assim a *imutabilidade* corresponde à coisa julgada permanecendo inalterada, a conclusão que se impõe é a de que essa *qualidade* só se há de referir ao efeito declaratório, já que, como diz Barbosa Moreira, 'a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade simples:

---

<sup>63</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 5.  
f. 65.

se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença".<sup>64</sup>

E continua ainda OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

"Tal assertiva coloca-nos novamente ante os dois problemas básicos que desejo ressaltar e que não de estar sempre presentes a nosso espírito se quisermos construir uma teoria consistente sobre coisa julgada e eficácias da sentença: a circunstância que nunca pode ser esquecida, de que as sentenças podem ter múltiplas eficácias e o fato de que a *imutabilidade* que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença, jamais atingindo aos terceiros que não participaram do processo".<sup>65</sup>

Recebe, o procedimento ordinário, a incidência da coisa julgada material. Isso porque é dotado de cognição exauriente e possui eficácia declaratória.

A coisa julgada material, como qualidade do efeito declaratório da sentença, incide nas sentenças em procedimentos em que há a cognição exauriente, e conseqüentemente declaração.

---

<sup>64</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*, p. 105.

<sup>65</sup> Idem. Idem, p. 106 -107.

#### Seção IV - Tutela antecipatória no procedimento ordinário

É clássico o princípio da *nulla executio sine titulo*.

Vem do direito romano a concepção de que não é possível execução precedendo cognição. Assim qualquer espécie de decisão baseada em juízo de verossimilhança que importasse em execução adiantada à solução final, era considerada, artificialmente diga-se, como provimento cautelar e não como efetivamente execução.

É este o princípio embasador do entendimento de que só existiram liminares cautelares. Daí dizer GALENO LACERDA que todas as liminares são cautelares, porque assim não implicariam em execução antes de declaração.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA expõe bem o problema:

"Este mesmo compromisso com a **ordinariedade** torna-se bem visível, como mostramos no ensaio há pouco aludido (Ajuris, 51/133), quando CALAMANDREI classifica os provimentos **antecipatórios** em executivos (verdadeiros) sempre que eles sejam proferidos **depois da sentença que houver certificado a existência do direito a ser executado**; e em provimentos falsamente executivos (execução cautelar), quando - embora sendo eles idênticos em conteúdo e rigorosamente idênticos em efeitos - sejam emitidos **antes da sentença de mérito**, sob a forma de provimentos liminares, porque, neste caso, não poderia, segundo CALAMANDREI, haver execução verdadeira, pois a execução haverá de seguir-se necessariamente à cognição, f. 67.

jamais anteceder-la ('nulla executio sine titulo')". <sup>66</sup>

Não era plausível, assim, para os adeptos da doutrina de Calamandrei a possibilidade de liminares que não fossem cautelares. Ou seja, só seria possível conceder-se liminar para a proteção do processo principal, mas nunca como forma de antecipação do provimento final.

Esse entendimento, sem dúvida alguma, proporcionou a aclamação pela doutrina e pelo legislador da ordinarização do procedimento. Levando-se em conta o princípio de que o juiz precisa, primeiramente, conhecer a lide em profundidade para após e somente após, decidir, deixa em segundo plano o problema da efetividade do processo, repelindo a idéia de execução antes da cognição.

Entretanto, os reclamos foram tantos que em 13.12.94, com a Lei 8.952, previu-se a possibilidade, entre nós, de concessão de liminares no procedimento ordinário.

Não foi esta uma mudança de posição científica, mas sim uma mudança decorrente da necessidade social de medidas mais rápidas e eficazes por parte do Poder Judiciário.

Previu-se no art. 273 do Código de Processo Civil a chamada liminar antecipatória, no procedimento ordinário.

É preciso, pois, distinguir cautelaridade de antecipação (ver parte I, capítulo III, seção IV). A liminar cautelar tem por objetivo proteger o

---

<sup>66</sup> Idem. *Curso de Processo Civil*, p. 19.

resultado útil do processo principal, uma vez configurados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. É sempre acautelatória, não satisfativa da pretensão de direito material. Já a liminar antecipatória objetiva antecipar os efeitos do provimento definitivo, desde que haja prova inequívoca além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso do direito de defesa. Tende, pois, à satisfação da pretensão de direito material.

A tutela antecipatória, pela terminologia empregada, retrata mais do que ela é na realidade. Isto porque quando se refere o Código à antecipação dos "efeitos da tutela pretendida no pedido inicial", não se está referindo à antecipação da coisa julgada material, que sem dúvida integra a qualidade do efeito declaratória da sentença.

Também no mesmo rumo do raciocínio: o juiz não pode antecipar certas eficácias sentenciais, como, por exemplo, a eficácia declaratória, declarando liminarmente a existência ou inexistência de determinada relação jurídica. Ex: declarar a existência de relação jurídica matrimonial liminarmente!

Igualmente quanto à eficácia constitutiva, na qual se tem por exemplo a ação de investigação de paternidade. O juiz não poderá decretar a paternidade provisória.

Segundo OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

"Resumindo: o procedimento só é ordinário porque - ao seguir-se a ordem natural dos juízos (*ordo judiciorum privatorum*) - riscam-se dele todas as  
f. 69.

decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado eventualmente dar disciplina provisória aos fatos da lide, ou mesmo antecipar-lhe, como acontece por exemplo com as liminares dos processos interditais, o resultado final da provável sentença de procedência. A inserção de uma decisão liminar transformaria, por si só, o procedimento de ordinário em especial".<sup>67</sup>

### **Capítulo III - Procedimentos sumários**

#### **Seção I - Considerações gerais**

Como visto, muita irresignação surgiu e ainda surge em relação à demora do processo judicial.

Atribui-se este problema não só à parca estrutura material fornecida aos nossos juízes, mas também à falta de efetividade do procedimento ordinário (principalmente antes da possibilidade das liminares) que não permitia a emissão de juízos sobre a lide antes do final do procedimento. Liga-se a idéia da busca da verdade plena à de justiça.

Entretanto, ao prestigiar-se um procedimento que busca a verdade plena, proibindo-se a emissão de juízos acerca da lide antes de esgotados todos os meios de prova e do contraditório, deixa-se, muitas vezes, ao largo o valor justiça, impondo-se ao autor o ônus da demora, e seus conseqüentes prejuízos, quanto ao reconhecimento do seu direito. Pode-se dizer até que o

---

<sup>67</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 102.  
f. 70.

procedimento eminentemente ordinário, inibia a busca da tutela jurisdicional para a solução do conflito.

Por esta razão é que passou a se cogitar, como forma de solução para o problema, da criação de procedimentos sumários adequados ao plano do direito material, mais céleres e efetivos que o ordinário.

Escreve KAZUO WATANABE, citando FAIREN GUILÉN:

"O verdadeiro 'processo sumário', segundo Fairen Guillén, é aquele que, em razão da necessidade de rapidez, limita a cognição 'retringiendo su contenido material através de uma limitación de los derechos de las partes com respecto a los medios de defensa', não podendo ser confundido com processos simplesmente acelerados, aos quais denomina 'plenários rápidos'. A 'sumariedade' destes últimos seria simplesmente de caráter formal, ao passo que a dos sumários propriamente ditos teria caráter material".<sup>68</sup>

Ou seja, quando se fala em sumariedade do procedimento, quer-se referir à sumariedade material, relacionada à cognição do juiz quanto ao objeto litigioso posto em questão. E não quanto à aceleração do procedimento, como é o caso do rito sumário, denominado anteriormente de sumaríssimo. Atente-se, pois, que o chamado rito sumário no Código de Processo Civil, de sumário nada tem. É de cognição plena e exauriente, como já salientado.

---

<sup>68</sup> apud WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, p. 98-99.  
f. 71.

Muito se relaciona a idéia de procedimento sumário aos processos cautelares. É sabido que as demandas cautelares têm por característica a sumariedade. Entretanto, faz-se mister ressaltar, nem todos os procedimentos sumários são cautelares. Os procedimentos sumários compõem um gênero, do qual os processos cautelares são espécie.

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, citando G. CRISTOFOLINI, atenta para o problema:

"G. Cristofolini, num conhecido ensaio publicado em 1939, teve oportunidade de chamar a atenção da doutrina para um fenômeno que ele, já naquela época, julgava ser 'una pericolosa commistione di figure e di concetti', referindo-se à confusão entre medidas processuais de cunho preventivo que não são medidas verdadeiramente cautelares, e as outras que - tendo embora função cautelar - vão além e satisfazem por antecipação; e, finalmente, as autênticas medidas cautelares de simples segurança".<sup>69</sup>

Ocorre, muitas vezes, como já salientado, que o procedimento cautelar é utilizado para veicular pretensões satisfativas e não cautelares. Diversos procedimentos previstos no Livro III do Código de Processo Civil (Do Processo Cautelar), na realidade não são cautelares, mas sim sumários satisfativos.

---

<sup>69</sup> apud BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 22.

## Seção II - Cognição nas demandas sumárias

A cognição, como já referido, é utilizada como técnica de construção de procedimentos diferenciados, adaptados ao plano do direito material, objetivando, assim, à maior efetividade da tutela jurisdicional.

Os procedimentos sumários são aqueles caracterizados principalmente pela cognição sumária da lide. Essa espécie de cognição, na classificação de KAZUO WATANABE, é aquela realizada quanto à profundidade (cognição vertical) da matéria posta em juízo. Na chamada cognição sumária realiza-se um juízo de probabilidade ou verossimilhança sobre a lide. A análise feita pelo juiz é superficial. Daí porque nos procedimentos de cognição sumária, não incide a coisa julgada material.

Como exemplo de cognição sumária, temos a realizada no processo cautelar, nas liminares no procedimento ordinário, etc.

Não se fala, assim, de cognição exauriente nos procedimentos sumários, mas sim em cognição sumária.

A técnica de sumarização pela cognição é um dos meios mais eficazes de sumarização dos procedimentos. Restringe a cognição do juiz tanto no campo horizontal (amplitude) como no vertical (profundidade).

### Seção III - Coisa julgada material

Nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Na realidade, o previsto no art. 467 refere-se à coisa julgada formal que tem efeito apenas perante as partes do processo e decorre da indiscutibilidade da sentença.

Conforme exposto anteriormente (Capítulo II, Seção III), a coisa julgada material, em posição de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, deve ser entendida como qualidade da eficácia declaratória da sentença. Consistenté, assim, na imutabilidade do efeito declaratório exornado na sentença.

Entretanto, para que haja essa imutabilidade do *decisum* é necessária a existência de cognição exauriente. Isso porque a cognição sumária é baseada em um juízo de verossimilhança ou probabilidade, ou seja, é uma tutela de aparência que não declara a existência ou inexistência de direito. Dotar as demandas substancialmente sumárias da qualidade da coisa julgada material implicaria em admitir coisa julgada independentemente da eficácia declaratória, o que seria perigosa contradição. Perigosa porque emergiria a imodificabilidade de juízo de aparência ou verossimilhança, conclusão repelida pela grande maioria da doutrina.

Cabe, ainda, fazer uma distinção a respeito da cognição nos procedimentos substancialmente  
f. 74.

sumários, para fins de sentença, ou seja, pronunciamento final do juiz, ou para fins de decisões sobre a lide, liminares ou interlocutórias.

É que no primeiro caso, embora o juiz não possa ultrapassar o âmbito da tutela da aparência, vale dizer, mesmo que o autor tenha provado a existência do direito, o juiz não pode declará-lo existente, mesmo assim as partes têm ampla liberdade de produzirem as provas necessárias a evidenciar suas afirmações, sendo dotado, por consequência, o processo, de amplo contraditório.

No segundo caso, das liminares e interlocutórias, ocorre algo diferente: o juiz não ouviu o réu e tampouco este produziu provas, daí se seguindo o chamado contraditório postergado. Ocorre, portanto, nos dois casos frisados, duas fases de cognição do juiz: primeiramente uma cognição apenas com os elementos trazidos pelo autor, chamada por LUIZ GUILHERME MARINONI de superficial, e por ocasião da sentença uma cognição baseada em todos os elementos que o processo é apto a produzir.

Desta maneira, é característica dos procedimentos sumários a ausência de formação da coisa julgada.

#### **Capítulo IV - PROCEDIMENTO CAUTELAR COMUM**

##### **Seção I - Considerações iniciais**

O procedimento pode ser entendido como um conjunto ordenado de atos visando a um fim.

O Estado, ao proibir a autotutela privada, a justiça de mão própria, e assumir o monopólio da jurisdição, chamou para si a obrigação de proporcionar meios eficazes de tutela dos direitos.

Assim, modernamente, o processo passou a ser visto sob a ótica da efetividade e do acesso à justiça. A visão privatista do Estado Liberal que via na ação o centro da teoria processual, cedeu lugar a uma ótica publicista que tem na jurisdição o centro da teoria do processo.

Jurisdição esta considerada como instrumento de realização dos fins do Estado, instrumento de poder, que através do processo garante a participação efetiva e adequada das partes em contraditório. A jurisdição recebe nova coloração na perspectiva de instrumento de realização dos fins do Estado.

Daí a importância de ter-se procedimentos adequados à recepção de pretensões urgentes. Nesse contexto, destaca-se o procedimento cautelar como um dos meios mais eficazes à tutela dos direitos, ainda que indiretamente.

O processo cautelar por compreender pretensões urgentes possui um procedimento abreviado. O prazo para apresentação de resposta é de 5 (cinco) dias, a cognição é sumária e nele não se investiga a existência ou inexistência do direito material.

O procedimento cautelar é dividido em comum e especial.

Nas palavras de JAIME GUASP:

"A diferença entre processo ordinário e processo especial que não pode ser assentada sobre a idéia da jurisdição ou do procedimento, repousa somente sobre uma base firme quando se a faz descansar na figura da pretensão processual, entendendo que processo ordinário é aquele que está reservado às pretensões que não recebem do direito positivo um tratamento específico e processual especial, pelo contrário, àquele que se destina a recolher pretensões singulares e determinadas".<sup>70</sup>

O procedimento comum cautelar está regulado nos arts. 801 a 803. Já o especial é regulado a partir do art. 813 do CPC.

Analisaremos a seguir o chamado procedimento cautelar comum, aplicado às cautelas inominadas e também às nominadas, entretanto a estas, complementarmente.

## **Seção II - Petição inicial**

### **1. Requisitos**

Os requisitos da petição inicial de ação cautelar foram elencados no art. 801 do CPC. Dispõe o referido artigo: "O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento".

---

<sup>70</sup> GUASP, Jaime. *La Pretensión Procesal*, p. 99.  
f. 77.

## 2. Forma escrita

Como regra geral tem-se que a petição inicial do processo cautelar obedece à forma escrita, como dispõe o *caput* do art. 801. Entretanto, em hipótese de extrema urgência admite-se o procedimento oral.<sup>71</sup> A própria Lei de Alimentos (nº 5.478) alinha tal hipótese em seu art. 2º.

Basta imaginar, a título de exemplo, a existência de perigo iminente de um cônjuge prestes a partir para outro destino, com os filhos, em razão da separação do casal, sem informar ao desafeto. Não seria justo cultuar-se o formalismo em detrimento do risco de ter-se o direito do outro frustrado. Admite-se, nestes casos de "extrema urgência, a propositura de pedido cautelar, pela forma oral. A parte comparece a Juízo, expõe o problema, o Juiz determina as providências necessárias, reduzindo-se tudo, posteriormente, à forma escrita.

Como adverte DINAMARCO: "Não é enrigecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obsecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins".<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup>Neste sentido: Victor A. A. Bomfim Marins, *Tutela Cautelar - Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*, p. 274 e Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. III, p. 85.

<sup>72</sup> DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 180-181.  
f. 78.

### **3. A autoridade judiciária a que for dirigida**

A petição inicial deve indicar a autoridade judiciária a que se dirige. Há necessidade de discriminar se o pedido é dirigido ao Juízo de Família, Criminal, Cível, etc.

Trata-se de regra comum a todo tipo de procedimento judicial.

### **4. O nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido**

Trata-se também de requisito indispensável a qualquer pedido judicial.

É a qualificação tanto do autor do pedido, quanto do réu.

### **5. A lide e seu fundamento**

À primeira vista, parece o inciso III do art. 801 estar se referindo à lide cautelar e seu fundamento. Entretanto, quando da análise do seu inciso IV percebe-se que assim não é.

Estabelece o inciso IV do mesmo artigo que é requisito da petição inicial cautelar a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão. Ora, aí está a lide cautelar.

A exposição sumária do direito ameaçado refere-se ao *fumus boni iuris* (aparência do direito) e o receio de lesão ao *periculum in mora* (situação objetiva de perigo ao resultado útil do processo principal).

Assim, se o inciso III fosse entendido como lide cautelar haveria mera repetição no inciso IV.

Entende-se, pois, que a lide prevista no inciso III é a lide da ação principal, que deverá ser interposta em 30 (trinta) dias da data da efetivação da medida cautelar.

Este inciso refere-se à chamada ação cautelar antecedente e não à incidental. Isso porque na cautelar incidental, a ação principal já está interposta, não havendo necessidade de indicar a sua lide e fundamento.

A importância de vir apontada na petição inicial a lide da ação principal à demanda cautelar é grande.

Se, por exemplo, for interposta ação cautelar de separação de corpos, mencionando-se como principal pedido de separação judicial consensual, sem entretanto ter decorrido o lapso temporal de dois anos exigido pelo art. 4º da Lei de Divórcio, pedido este juridicamente impossível, haverá falta de objeto do processo cautelar.

## 6. As provas

O autor do pedido cautelar deverá indicar também as provas que serão produzidas.

Os meios de prova requeridos limitar-se-ão à caracterização da verossimilhança do direito alegado e da situação objetiva de perigo ao resultado útil do processo principal.

Não se cogita, no processo cautelar, de provas relativas ao direito material que será objeto da demanda principal, mas apenas ao mérito da ação cautelar, constituído este pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No processo cautelar não se busca o juízo de certeza jurídica acerca da existência ou inexistência do direito material alegado, como ocorre no processo de conhecimento. Ao contrário, no processo cautelar, cogita-se apenas de juízo de probabilidade.

Outro ponto a ressaltar quanto às provas é que o pedido de produção de provas, na petição inicial cautelar, poderá ser indicado genericamente. Após a resposta do requerido, quando tornam-se claros os pontos controvertidos, é que se especificará o tipo de prova a produzir (pericial, testemunhal, depoimento pessoal, juntada de documentos).

## 7. Análise comparativa entre o art. 282 e o art. 801

O art. 282 do CPC elenca os requisitos indispensáveis à petição inicial no procedimento ordinário.

Comparando-o com o art. 801, nota-se que este deixou de elencar os seguintes requisitos previstos no art. 282: a) o pedido; b) o valor da causa; c) o requerimento de citação do réu.

Sob uma análise estritamente literal da lei concluiríamos que a petição inicial da demanda cautelar não precisa conter pedido, valor da causa e requerimento de citação do réu, pois o art. 801 não exige.

Entretanto, não se pode admitir tal conclusão.

É com base no valor da causa apontado que se delimita a competência, fixam-se os honorários advocatícios e calculam-se as custas judiciais.

O requerimento de citação do réu é ato essencial em qualquer procedimento. É através da citação que se estabelece o contraditório, princípio este reconhecido constitucionalmente (art. 5º, LV).

O pedido também configura-se como requisito indispensável à petição inicial cautelar, apesar de não estar elencado no art. 801 do CPC. Isso porque é através do pedido que se especifica a pretensão do autor.

Interessante é o posicionamento de FRITZ BAUR: "No procedimento da medida cautelar, o autor não é obrigado a apresentar um pedido determinado; basta que a finalidade da tutela jurídica, a que aspira, decorra de sua exposição. Esta finalidade da proteção - que outrossim

pode vir condensada em um pedido determinado - representa o limite superior daquilo que pode ser 'adjudicado' pelo juízo. Dentro deste limite e do limite que é fixado pela consequência jurídica material, o órgão judicial é soberano na escolha da providência a tomar, por conseguinte, não está vinculado a um pedido que porventura tenha sido formulado pelo autor".<sup>73</sup>

Imaginar uma ação que não contenha pedido expresso, deixando ao alvitre do juiz a decisão sobre a melhor providência a ser tomada parece um pouco de exagero. Nem sempre o juiz tem conhecimento sobre a extensão real do conflito existente entre as partes. Pode, muitas vezes, vir a decretar medida excessivamente drástica, ou muito condescendente, não atendendo às necessidades do caso concreto.

#### **Seção IV - Liminares**

O art. 804 prevê a possibilidade do juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem a ouvida do réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá tornar a medida ineficaz.

Neste caso a liminar é concedida num juízo de probabilidade exclusivamente diante das alegações do autor ou após justificação prévia, o que evidencia uma

---

<sup>73</sup>BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, p. 104.  
f. 83.

diferenciação de graus de conhecimento do magistrado no âmbito das liminares.

Assim, nas liminares *inaudita altera parte*, sem justificção prévia, a cognição do juízo recai unicamente sobre as alegações do autor expostas na petição inicial. Não há, neste caso, produção de outras provas além da documental.

Já nas liminares concedidas após audiência de justificção, a cognição recai sobre os fatos aduzidos pelo autor acrescido de um plus probatório, o que permite um juízo de verossimilhança mais aperfeiçoado.

As liminares concedidas sem a audiência da parte contrária tutelam o direito do autor, mas repercutem na esfera jurídica do réu, sem que este tenha oportunidade de se manifestar. Surge, então, a pergunta se não haveria violação do princípio do contraditório, já que o réu sofrerá os efeitos da liminar sem sequer ter tido oportunidade de defender-se.

Para NELSON NERY JUNIOR<sup>74</sup> não há violação do princípio constitucional, uma vez que ao réu é reservada a oportunidade de ser ouvido posteriormente, inclusive com direito a recurso da decisão que concede tal provimento. Para ele não há supressão do contraditório, mas a transferência a momento subsequente.

Já para CALMON DE PASSOS<sup>75</sup> as liminares *inaudita altera parte* configuram-se como uma providência drástica que violenta o princípio da bilateralidade.

---

<sup>74</sup>NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 133-134.

<sup>75</sup>CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 199.

Entretanto, aceita-se o sacrifício provisório do princípio da bilateralidade quando a ciência da parte contrária importe em ineficácia da cautela. Para o ilustre autor existindo conflito entre os princípios do contraditório e da efetividade da tutela é necessário que se dê prioridade àquele que não pode ser preterido, sob pena de inviabilizá-lo.

A solução que se impõe é a postergação do contraditório, assegurando a efetividade da tutela. Posteriormente, o contraditório é efetuado mediante a instrução da causa e com a possibilidade de o magistrado convencer-se em contrário acerca do direito do autor.

Nota-se, assim, que em alguns casos nos deparamos com uma contraposição entre o direito de defesa e a efetividade da tutela jurisdicional. Ou, sob outro ângulo, entre celeridade e certeza jurídica.

Qual a saída? Coibir o contraditório seria inadmissível. Por outro lado, de que adiantariam provimentos jurisdicionais, apoiados no mais elevado grau de certeza jurídica, que, entretanto, denotassem uma tutela tardia, quando não mais houvesse interesse ou o próprio objeto da demanda não pudesse mais ser realizado face à ação do tempo?

No primeiro caso estar-se-ia violando frontalmente o direito de defesa. No segundo o direito de ação, como direito à adequada tutela jurisdicional, pois, nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI, "a inexistência de tutela adequada à determinada situação de conflito

corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição".<sup>76</sup>

Agiu o legislador judiciosamente ao prever a possibilidade de concessão de liminares *inaudita altera parte*, quando houver risco de ineficácia da medida com a citação do réu.

Ressalte-se, ainda, a atitude cautelosa do legislador ao prever a concessão dessas liminares somente se houver risco de ineficácia da medida, com a citação do réu, prevendo também a possibilidade de exigência de caução.

#### **Seção V - O prazo para contestação**

Estabelece o art. 802 o prazo de cinco dias para o réu contestar o pedido, contando-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido ou da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Havendo a citação do réu, sem a execução de liminar deferida, o prazo para contestação inicia-se a partir da juntada do mandado de citação aos autos. Não há segredo neste caso. Trata-se do mesmo procedimento utilizado no processo de conhecimento.

Dúvida surge quanto ao inciso II, do parágrafo único, do art. 802 do CPC, que estabelece o

---

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 124.  
f. 86.

início do prazo para contestação a partir da juntada aos autos do mandado da execução da medida cautelar.

Esta disposição legal traz certas dúvidas, porque são comuns os casos em que se executa a medida liminar deferida, sem o conhecimento do réu. Exemplo marcante é o caso da sustação de protesto. A liminar da ação cautelar é deferida, efetiva-se a medida determinando-se ao Cartório a sustação do protesto do título, junta-se o mandado de cumprimento da liminar no processo, e o réu de nada teve conhecimento. Seria absurdamente injusto imaginar que o prazo para contestação estaria correndo, mesmo sem o réu ter tido ciência da ação.

Diante deste problema, para o prazo de contestação ter início há necessidade da intimação do réu acerca da execução da medida cautelar deferida liminarmente ou citação do réu para defender-se no processo. Se o requerido não tiver sido intimado, o prazo não se inicia. Neste sentido posiciona-se GALENO LACERDA:

"O art. 802, parágrafo único, II, deve ser interpretado em harmonia com o art. 811, II. Só prevalece o prazo de cinco dias a contar da data de juntada do mandado executório da liminar, se o réu tiver ciência dessa execução, certificada pelo oficial de justiça, ato que equivale à citação".<sup>77</sup>

Outra corrente<sup>78</sup>, no entanto, entende pela necessidade da citação do réu mesmo em caso de ter ocorrido a sua intimação quanto à execução da medida

---

<sup>77</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 326.

<sup>78</sup> Neste sentido HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo Cautelar*, p. 125 e VICTOR A. A. BOMFIM MARINS, *Tutela Cautelar*, p. 285 - 286. f. 87.

liminar. O prazo para contestação iniciar-se-ia sempre, pois, da juntada aos autos do mandado de citação.

Quer por uma corrente, quer por outra, é entendimento incontroverso que há necessidade da ciência do réu, seja através de intimação da execução da medida liminar ou pela citação, para o início do prazo de contestação.

## **Capítulo V - Competência**

### **Seção I - A regra geral**

A regra que estabelece a competência para a propositura da ação cautelar está disposta no art. 800 e seu parágrafo único.

A ação cautelar (nominada ou inominada), quando incidental, deverá ser interposta no mesmo juízo em que tramita a ação principal.

Já quando a ação cautelar for proposta como antecedente ao processo principal, seguirá as regras de competência observadas para a propositura da ação principal.

Ou seja, tanto na medida cautelar incidental como na antecedente, o juízo para o seu julgamento será determinado pela ação principal já proposta ou ainda por vir. É o que dispõe o art. 800 do CPC.

Assim, a ação cautelar de arrolamento de bens, como antecedente à separação judicial cumulada com partilha de bens, deverá ser interposta no foro de  
f. 88.

residência da mulher, competente para a apreciação da demanda de separação.

## **Seção II - Em casos de extrema urgência**

Entretanto, em caso de extrema urgência, quando a propositura da demanda cautelar correr o risco de perder sua utilidade se obedecidas as regras de competência, admite-se a sua propositura em juízo relativamente incompetente. Desta forma, o pedido liminar será apreciado com a brevidade que o caso necessite e o réu após intimado da execução da medida liminar apresentará ou não exceção de incompetência.

Se não for interposta exceção de incompetência ocorre a prorrogação do foro relativamente incompetente tornando-o competente tanto para a ação cautelar, quanto para a demanda principal.

De outro lado, se o réu interpuser a exceção declinatória de foro, tanto o processo cautelar como o principal (se já tiver sido interposto), serão remetidos ao juízo competente.

## **Seção III - Em fase recursal**

Outro aspecto a se ressaltar é o caso da propositura de ação cautelar incidentalmente a processo que se encontra em fase recursal.

Uma vez protocolado o recurso, a ação cautelar deverá ser interposta no juízo recursal, ou seja, no tribunal. É o que dispõe o parágrafo único, do art. 800.

Em primeiro lugar é mister indagar a que espécie de recurso a lei refere. Trata-se, evidentemente, de recurso cabível em sentença ou acórdão e não de decisão interlocutória. Em caso de apelação interpõe-se a cautelar no tribunal competente para a apreciação do apelo. Em caso de recurso especial ou extraordinário, a cautelar será interposta no Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.

A existência de recurso de agravo de instrumento não autoriza a propositura da cautelar no próprio tribunal competente para apreciar o agravo. Isso porque o juízo da causa ainda é o de primeira instância. O tribunal, nesse caso, apenas apreciará um aspecto da demanda.

### **PARTE III**

## **A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **Introdução**

Nas Partes I e II do presente trabalho, fizemos uma rápida análise sobre a teoria geral da tutela cautelar, pressuposto necessário para o seu estudo no direito de família.

Todas as características, como princípios, procedimento, competência, eficácia, informam de maneira coerente e sistemática a aplicação da tutela cautelar nas demandas oriundas de litígios de família. Ou seja, as características da tutela acautelatória permanecem as mesmas quer em demandas oriundas de litígios de família, quer de litígios tributários, comerciais, etc. Apenas, em alguns casos, exige-se além dos pressupostos necessários para a concessão da cautela, outros mais específicos, como adiante se demonstra.

Não se pode desnaturar as características próprias da tutela cautelar que formam um todo coerente e sistemático, alterando-as quando relacionadas a litígios de direito de família.

Entender, por exemplo, que em certos casos de ação cautelar interposta em litígio envolvendo o direito de família, inexistente a necessidade de interposição

do processo principal, é ceder a aspectos fenomênicos e empíricos, que podem estar presentes em outros casos.

Se o pedido é cautelar, aplicam-se a ele todas as regras próprias da tutela cautelar.

## Capítulo I - Separação de corpos

### Seção I - Previsão legal e conceito

Vale mencionar três dispositivos legais acerca do pedido de separação de corpos: o art. 223 do Código Civil, o art. 7º da Lei de Divórcio (nº 6.515) e o art. 888, VI, do Código de Processo Civil.

Estabelece o Código Civil em seu art. 223 que "antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, ou a de desquite, requererá o autor, com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

Dispõe o art. 7º, §1º, da Lei de Divórcio que "a separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC)".

Já o art. 888, VI, dispõe que "o juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal".

A separação de corpos é medida judicial que autoriza o afastamento dos cônjuges, um do outro, da convivência conjugal, fazendo cessar o dever de coabitação oriundo do casamento. Tal conceito extrai-se por interpretação dos arts. 3º e 8º da Lei do Divórcio (6.515/77).

Ressalta o Des. DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA "a lei não permite interromper a sociedade conjugal senão por efeito de sentença, para evitar que o casamento e seus mais caros interesses sejam confiados aos caprichos e flutuações do humor dos cônjuges desavindos ou saturados

daquela união. A obrigação da vida em comum imposta aos casados, antes de ser apanágio dos direitos individuais, é princípio de moralidade e de ordem pública".<sup>79</sup>

A separação de corpos como meio que visa à interrupção da sociedade conjugal, portanto, só deve ser implementada com autorização ou ordem judicial. Sem autorização do juiz configura-se como infração aos deveres do casamento.

Apesar da referência expressa nos citados artigos, a separação de corpos não se parece com as ações cautelares típicas ou nominadas, pois para ela não está previsto procedimento específico, como nas demais cautelas nominadas (arresto, seqüestro, alimentos, etc.).

Está, assim, ao que consta, mais próxima das medidas inominadas do que das nominadas, submetendo-se, de qualquer forma, à principiologia geral inerente à tutela cautelar .

Nem sempre, contudo, a separação de corpos se caracterizará como medida cautelar, o que passamos a demonstrar.

## **Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa**

A separação de corpos, como o próprio art. 7º, §1º da Lei de Divórcio refere, **poderá** ser cautelar ou não.

---

<sup>79</sup>LIMA, Domingos Savio Brandão. *Medida Cautelar de separação de corpos*, in Revista de Informação Legislativa, vol. 88, p. 361-76.  
f. 94.

Terá natureza cautelar quando estiverem presentes os seus requisitos típicos: o *fumus boni iuris*, aparência do direito alegado e o *periculum in mora*, situação de perigo iminente ao resultado útil do processo principal.

Como pretensão acautelatória, a separação de corpos estará sujeita a todas as regras inerentes à tutela cautelar, inclusive quanto à necessidade de interposição da ação principal em 30 (trinta) dias, nos termos do art. 806.

Se a ação principal não for interposta no prazo do art. 806 a medida cautelar perde a eficácia, consoante previsão do art. 808.

Neste sentido a jurisprudência:

"MEDIDA CAUTELAR - SEPARAÇÃO DE CORPOS - AÇÃO PRINCIPAL NÃO PROPOSTA NO PRAZO LEGAL - CESSAÇÃO DA EFICÁCIA - SENTENÇA CONFIRMADA.

A medida cautelar de separação de corpos é sempre providência preparatória de ação de separação judicial ou de nulidade ou anulação de casamento, a teor do disposto no artigo 223 do Código Civil. Não sendo proposta, no prazo de 30 dias, uma dessas ações, cessa a eficácia da medida" (TJPR - 1ª Câm. Civ., Rel. Des. Zeferino Krukoski, apel. nº 108/82, j. em 06.04.82).

Por outro lado, *rubrica non facit fidem*, o pedido de separação de corpos pode apresentar-se também como satisfativo, desde que preordenado a satisfazer diretamente direito subjetivo material (cf. art. 223 do Código Civil). Seria absurdo imaginar a obrigatoriedade de

vida em comum entre homem e mulher, quando não houvesse mais interesse de um ou de ambos na convivência.

O art. 223 do Código Civil prevê a possibilidade da separação de corpos, mesmo que não estejam caracterizados os requisitos necessários para a concessão da tutela cautelar. Entretanto, será necessário fundamentação do pedido de dissolução do vínculo matrimonial, conforme exigido por esse dispositivo.

O pedido de separação de corpos satisfativo, visando à realização de direito (art. 223 do Código Civil) não será cautelar e não estará sujeito, portanto, a qualquer dos requisitos dessa modalidade de tutela jurisdicional.

Nem todo pedido de separação de corpos será, assim, cautelar.

### **Seção III - Separação de corpos consensual**

Como acima referido, a separação de corpos poderá ser cautelar.

Entretanto, nada impede que haja separação de corpos consensual, ou seja, mediante consenso dos cônjuges com a medida. Se não houver perigo ao resultado útil do processo principal, mas as partes estiverem de acordo com a separação de corpos, nenhum impedimento haverá para a homologação do pedido consensual. Só que, nesse caso, não será cautelar o provimento. O próprio art. 7º, §1º da Lei de Divórcio quando refere que a

separação de corpos **poderá** ser cautelar, prevê também a medida sob a forma de acordo entre os cônjuges.

Tal provimento, obviamente, por não ter natureza cautelar, não está sujeito às regras do processo acautelatório.

Com o deferimento da separação de corpos cessa o dever de coabitação, mediante autorização judicial, não importando em descumprimento do referido dever próprio do casamento.

Eis decisão a respeito:

"SEPARAÇÃO DE CORPOS - PEDIDO FORMULADO EM CONJUNTO PELOS CÔNJUGES - ALEGAÇÃO DE VIDA EM COMUM INSUPORTÁVEL - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - IRRELEVÂNCIA - DEFERIMENTO - DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR.

Apesar da ausência de previsão legal expressa sobre separação de corpos formulada em comum pelos cônjuges, também inexistente vedação explícita, podendo, assim, ser concedida pelo juiz quando a providência revelar-se conveniente ou necessária à preservação do bem comum, no interesse que tem a sociedade em não alimentar animosidade de casal que não mais suporta a vida em comum" (TJSP - 6ª Câm. Civ., ap. 58.682-1, rel. Des. Camargo Sampaio, j. 2.5.85).

Nada obstante a afirmação do escólio, é importante ressaltar a existência da previsão legal, no art. 223 do Código Civil, para a separação de corpos não cautelar.

#### Seção IV - A medida cautelar de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal e a separação de corpos

A separação de corpos é prevista no art. 7º, §1º, da Lei do Divórcio. O afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal é contemplado pelo art. 888, IV, do Código de Processo Civil.

A doutrina em geral identifica a medida de afastamento temporário do cônjuge da morada do casal, com a separação de corpos.<sup>80</sup> Entretanto, não se pode considerá-las previsões idênticas ou repetitivas, porquanto a separação de corpos nem sempre implica em afastamento de um dos cônjuges da morada do casal.

Era comum o entendimento de que a separação de corpos implicava obrigatoriamente na retirada de um dos cônjuges da residência. CLÓVIS BEVILÁQUA bem retrata tal entendimento, em comentário ao art. 223 do Código Civil, ressaltando que "a separação dos cônjuges, como preliminar da ação, que tem por fim a separação definitiva, pela dissolução da sociedade conjugal, é uma providência, que a razão aconselha, pela inconveniência e até perigo de **continuarem sob o mesmo teto** os dois contendores no pleito judiciário"<sup>81</sup> (grifos nossos).

Sem embargo, a determinação judicial de separação de corpos poderá implicar apenas na cessação do

---

<sup>80</sup> Neste sentido Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 680 e segs., Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 394.

<sup>81</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. II, p. 77.

*debitum coniugale*, sem determinar necessariamente o afastamento de um dos cônjuges da residência comum.

É claro que o procedimento mais corriqueiro e até intuitivo é o afastamento de um dos cônjuges da morada comum, mas é possível manter-se o convívio, na mesma residência, sem o dever de coabitação. Não é difícil imaginar casos em que os cônjuges não tenham para onde ir, suportando o convívio um com o outro, sem a existência, entretanto, dos deveres do casamento e até a dissolução deste e conseqüente partilha dos bens. Dependerá da análise cuidadosa do julgador.

Caberá ao julgador analisar o caso concreto e julgar pela necessidade ou não de afastamento de um dos cônjuges da morada do casal.

Nesta linha de pensamento esclarece  
OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

"O inc. VI do art. 888 trata da medida provisional de separação de corpos, pelo Código denominada 'afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal' designação que não nos parece tão expressiva e correta quanto a outra. O que se busca efetivamente com a medida é o estado de separação jurídica dos cônjuges, que nada tem a ver com sua provável mas não necessária separação física (J. Ribeiro Leitão, *Direito processual civil*, 108), que a idéia de afastamento da morada do casal poderia sugerir".<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 680-681.

Neste sentido também CARLOS A. A. DE OLIVEIRA:

"Para nós, as duas providências são inconfundíveis. Há a separação de eficácia apenas jurídica, de que trata o artigo 223 do Código Civil, e a separação fática, envolvendo o 'afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal', nos termos do art. 888, VI".<sup>83</sup>

Além da distinção apontada pelos ilustres autores, podemos salientar ainda a aplicação da medida de afastamento temporário do cônjuge da morada do casal (art. 888, VI do CPC), não em virtude de relações jurídicas oriundas da dissolução do vínculo matrimonial, mas por outras razões como desequilíbrio mental de um deles, ou doença contagiosa.

Sob nosso ponto de vista, a ação de separação de corpos, prevista no art. 7º, §1º da Lei de Divórcio refere-se às relações jurídicas próprias da dissolução do vínculo matrimonial, tão somente.

Já o pedido de afastamento temporário do cônjuge da morada do casal, não diz respeito às relações oriundas da dissolução do vínculo matrimonial, mas também sobre situação **temporária** que impõe o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal.

Há que distinguir, pois, o afastamento **temporário** de um dos cônjuges da morada do casal, por circunstâncias que não estejam relacionadas à dissolução do vínculo matrimonial, casos em que caberá a medida prevista

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 645. f. 100.

no art. 888, VI e não a separação de corpos da Lei 6.515. Ocorre, por exemplo, com o pedido de familiar para seu afastamento do lar por ser portador de doença contagiosa ou desequilíbrio mental. Tal pedido não tem por objetivo a dissolução do casamento, mas tão somente um afastamento temporário em razão da enfermidade. Cabível neste caso a medida do art. 888, VI, do CPC não confundível com a separação de corpos prevista no art. 7º, §1º da Lei de Divórcio.

#### **Seção V - A separação de corpos antes de escoar o prazo de 2 (dois) anos exigido para a separação judicial consensual**

Nos termos do art. 4º da Lei de Divórcio "dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado".

Exige-se, assim, para a separação judicial consensual o lapso de tempo de dois anos de duração do casamento. Entretanto, somente para os casos de separação judicial **consensual, não para a litigiosa.**

A separação de corpos cautelar, como já exposto, exige como requisitos a aparência do direito alegado e a situação de perigo iminente ao resultado útil do processo principal. Se existir este perigo e a verossimilhança do direito, não há qualquer dúvida de que a cautelar de separação de corpos poderá ser interposta independentemente do lapso de tempo de dois anos. A única

restrição que surge, em virtude do disposto no art. 4º da Lei de Divórcio, é a impossibilidade de se ajuizar pedido de separação judicial consensual como principal da cautelar de separação de corpos dada a ausência de serventia da cautelar ao consenso, bem como pela falta do tempo necessário (2 anos) exigido por lei.

Neste caso, a ação principal à cautelar de separação **de corpos** poderá ser separação litigiosa ou anulação de casamento, ou divórcio.

Admissível também o pedido consensual de separação de corpos, antes de decorrido os dois anos para a separação judicial, considerando que ninguém é obrigado a permanecer junto de outrem contra sua vontade.

Assim entende YUSSEF SAID CAHALI ressaltando que: "... podem os cônjuges pleitear conjuntamente alvará de separação de corpos, mostrando sua necessidade ou conveniência para evitar atritos até que ingressem em Juízo, para consumir a separação por mútuo consentimento, à espera do decurso do prazo legal, acautelando, assim, interesses recíprocos".<sup>84</sup>

Vale ressaltar jurisprudência neste sentido<sup>85</sup>:

"MEDIDA CAUTELAR - Separação de corpos - Requerimento conjunto dos cônjuges, antes de dois anos de casamento - Admissibilidade.

Mesmo antes de completar-se o biênio do casamento, admite-se a separação de corpos para evitar

---

<sup>84</sup>CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, p. 543.

<sup>85</sup> Com o mesmo entendimento: RT 518/95, RT 636/70. f. 102.

atritos entre os cônjuges na convivência conjugal" (TJSP - 1ª Câm. Civ., Apel. 184.855-1/9, rel. Des. Alexandre Germano, j. 26.1.93, in *Revista dos Tribunais*, nº 699, p. 69/70)).

"MEDIDA CAUTELAR - Separação de corpos - Pretensão por casal que não preenche o requisito temporal para separação consensual - Admissibilidade - Fluência do prazo para conversão em divórcio a partir da sentença que concedeu a medida preparatória - Aplicação dos arts. 8º e 25 da Lei 6.515/77 - Declaração de voto.

A separação de corpos é admitida para casais que não mais conseguem viver juntos e não preenchem o requisito temporal de dois anos para se separar amigavelmente, tanto que a Lei do Divórcio, em seus arts. 8º e 25, determina que o tempo de conversão da separação em divórcio será contado da sentença de separação e, se a houver, da que concedeu a medida preparatória" (TJSP - 2ª Câm. Civ., rel. Des. Silva Ferreira, in *Revista dos Tribunais*, nº 636, p. 71-75).

#### **Seção VI - Cumulação de pedidos**

Admite-se a cumulação de pedidos em caso de conexão entre pedidos compatíveis, vale dizer com idêntico juízo competente e procedimento. É o disposto no art. 292 e seu §1º.

Se preenchidos os referidos requisitos poderá haver cumulação, por exemplo, entre ação de f. 103.

separação de corpos e ação de guarda provisória dos filhos, no âmbito cautelar, desde que ambas ostentem tal natureza.

Por outro lado, estabelece também o § 2º do art. 292: "Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário".

Tal regra é útil em caso de pedido cautelar, desde que se tenha como procedimento ordinário aquele dos arts. 801-804.

Interpretando-se sistematicamente o art. 292, §2º poderíamos aplicá-lo se ambas as pretensões fossem cautelares e o procedimento adotado o comum dos arts. 801-804.

Esclarece ADROALDO FURTADO FABRÍCIO:

"Entre os requisitos da admissibilidade do cúmulo objetivo de ações, o Código coloca o da identidade dos ritos a que se deva submeter a tramitação de cada um dos pedidos cumulados (art. 292, §1º, III). Admite, porém, que a cumulação se dê mesmo quando inexista essa identidade dos procedimentos prescritos se o autor, mediante opção pelo rito ordinário, ensejar a uniformização procedimental. No fito de favorecer a cumulação, por via dela, os interesses da economia, da simplificação e da prevenção de julgados conflitantes, faculta-se ao autor, se o prefere, fazer adotar para todas ações em concurso o rito ordinário, com implícita renúncia ao procedimento especial que *a priori* correspondesse a algum dos pedidos".<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 5. f. 104.

Seria inadmissível, no entanto, cumular pedidos de separação de corpos cautelar e alimentos não cautelares, mesmo que utilizando-se do rito comum. A separação de corpos é processo cautelar, já a ação de alimentos satisfativa, é de conhecimento. Não poderá, portanto, haver a cumulação.

Daí a inaplicabilidade do art. 292, §2º, no caso de pedido cautelar.

#### **Seção VII - Ação de separação de corpos após separação de fato**

Dúvida surge acerca da possibilidade e utilidade de pedido de separação de corpos, quando os cônjuges já estão separados faticamente.

Antes de mais nada é preciso distinguir o mundo dos fatos do mundo do direito. A separação de corpos fática implica na ocorrência da providência no mundo dos fatos. Já a jurídica refere-se à autorização ou determinação legal para a separação de corpos fática. Se um dos cônjuges simplesmente abandonar o lar comum sem requerer medida judicial, haverá separação de corpos ocorrida no mundo dos fatos e não no mundo jurídico. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE bem salienta tal diferença:

"A desunião do casal pode ocorrer quer faticamente (separação de corpos), quer juridicamente

(separação judicial consensual ou litigiosa, ou através do divórcio)".<sup>87</sup>

É preciso ter presente que a separação de corpos é medida que visa obter autorização judicial para cessação do dever de coabitação.

Se houve o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, por exemplo, sem autorização judicial para tal conduta, ocorreu infringência aos deveres ao casamento. Assim, para que de tal modo não se dêem as conseqüências da infringência aos deveres do casamento, haverá que ser interposto pedido de separação de corpos, como explica YUSSEF SAID CAHALI: "Mas a anterior existência da separação de fato não impede que seja outorgado alvará de separação de corpos com o objetivo de legalizar a situação em que se encontram os cônjuges".<sup>88</sup>

## Capítulo II - ALIMENTOS

### Seção I - Previsão legal

Dispõe o art. 852 do CPC:

"É lícito pedir alimentos provisionais:

I - nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;

---

<sup>87</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família*, p. 66.

<sup>88</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, Tomo 1, p. 522.  
f. 106.

III - nos demais casos expressos em lei".

Também a Lei nº 5.478 de 25.7.68, trata de pedido de alimentos. Dispõe o art. 2º da referida Lei:

"O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentos do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe".

Ainda o art. 397 do Código Civil:

"O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros".

Também o art. 224 do Código Civil:

"Concedida a separação, a mulher poderá pedir os alimentos provisionais, que lhe serão arbitrados, na forma do art. 400".

No caso de obrigação de alimentos entre colaterais os arts. 398 e 399 são os dispositivos legais aplicados.

Nas lições de YUSSEF SAID CAHALI "a palavra 'alimentos' vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, f. 107.

por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção".<sup>89</sup>

Como visto, temos duas previsões **processuais** sobre o pedido de alimentos, sendo as restantes de direito material. Uma delas no Livro III do Código de Processo Civil, que trata do Processo Cautelar e outra prevista por Lei especial (nº 5.478). Resta a indagação se ambas são complementares entre si ou regulam casos distintos de pedido de alimentos.

## **Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa**

A ação de alimentos poderá ter natureza cautelar ou satisfativa.

Terá natureza cautelar quando proteger o resultado útil do processo principal. E satisfativa quando declarar a existência de direito ou o realize.

É comum o entendimento de que a concessão liminar de alimentos é providência satisfativa. Efetivamente, se o pedido liminar de alimentos é deferido e o réu cumpre a determinação, o autor recebe imediatamente os alimentos. Houve, entretanto, apenas satisfação **fática** e não ainda jurídica, pois esta só se dará com declaração de existência ou inexistência do direito (ver Parte I, Capítulo III, Seção IV).

---

<sup>89</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 13.  
f. 108.

Outra característica da prestação alimentícia que contribui ainda mais para o entendimento de que sempre haveria satisfatividade na prestação dos alimentos, é a irrepetibilidade.

Trata-se de característica consistente na inexigibilidade de restituição dos alimentos recebidos. Todos os valores recebidos a título de alimentos, mesmo considerados indevidos posteriormente, não poderão ser exigidos a título de restituição. Apesar de não existir regra expressa acerca do tema em nosso ordenamento jurídico, a irrepetibilidade dos alimentos é princípio informador da matéria e adotado majoritariamente em nossa jurisprudência.

Como ressalta YUSSEF SAID CAHALI:

"Assim, ainda que não haja em nosso direito disposição semelhante à do art. 2.007, n. 2, do CC português, expresso no sentido de que 'não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos', considera-se pacífica na jurisprudência de nossos tribunais, a irrepetibilidade das pensões pagas pelo obrigado".<sup>90</sup>

Neste sentido vale ressaltar parte do seguinte escólio:

"Alimentos. Recurso. Apelação. Recebimento em ambos os efeitos. Aparência de um bom direito. Caracterização na hipótese.

...

---

<sup>90</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 115.  
f. 109.

Em outro ângulo, o risco de lesão irreparável se mostra patente. Alimentos não são restituíveis e, dessa forma, o réu, mesmo se provido total ou parcialmente seu recurso, não teria como recuperar o despendido até o julgamento, sempre tendo presente o elevado valor da pensão alimentícia, fixada em R\$ 5.000,00" (TJSP - rel. Des. Marcus Andrade, Ag. de Inst. n° 23.206, j. em 24.10.96).

Ora, a impossibilidade de restituição dos alimentos recebidos, sem declaração de existência do respectivo direito, não leva à satisfatividade, visto que esta depende da declaração da existência ou inexistência do direito.<sup>91</sup> Haverá apenas uma satisfação fática.

Resta concluir, pois, que os alimentos podem ser cautelares ou satisfativos.

Se o pedido for cautelar estará sujeito a todos os requisitos e procedimento previsto para a tutela acautelatória. Exigir-se-á a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, o prazo de contestação será de cinco dias, o recurso será recebido apenas com efeito devolutivo, a ação principal terá que ser interposta em 30 (trinta) dias, etc. Ou seja, segue o rito adotado para as cautelas inominadas (arts. 801 e segs.).

Já a Lei 5.478/68 estabelece o procedimento adequado para a pretensão satisfativa a alimentos. Isso porque prevê em seu art. 2°:

"O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente,

---

<sup>91</sup> Sobre cautelaridade e satisfatividade ver Parte I, Capítulo III, Seção IV.  
f. 110.

qualificando-se, e exporá suas necessidades, **provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor**, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe" (grifos nossos).

O pedido satisfativo seguirá o rito previsto pela Lei nº 5.478 de alimentos, ou o ordinário, conforme o caso.

A Lei de Alimentos é preordenada ao pedido satisfativo porque o seu art. 2º estabelece como requisito a prova do parentesco ou da obrigação de alimentar. Exige então a existência prévia de direito a alimentos. Neste caso haverá apenas realização do direito material já declarado como existente.

YUSSEF SAID CAHALI admitindo a diferenciação propõe a denominação de alimentos provisionais quando se tratar de pretensão cautelar e alimentos provisórios quando se referir a pretensão satisfativa.<sup>92</sup>

### **Seção III - A duração da liminar que concede alimentos cautelares ou satisfativos**

1. Dispõe o §3º do art. 13 da Lei de Alimentos que "os alimentos provisórios serão devidos até a

---

<sup>92</sup> CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos, p. 368 e 372.  
f. 111.

decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário".

Pelo referido artigo os alimentos provisórios fixados liminarmente só deixam de ter eficácia após o julgamento do recurso extraordinário. Se a sentença decidir em sentido contrário à decisão liminar, somente passará a vigorar após o seu trânsito em julgado.

Esclarece CARLOS A. A. DE OLIVEIRA:

"A respeito é interessante ressaltar que, embora se discuta na jurisprudência relativamente ao alcance deste dispositivo em caso de modificação do *quantum* da pensão, na sentença ou no acórdão, prevalece o entendimento de que os alimentos provisórios, liminarmente concedidos, só podem ser cassados depois da decisão final da causa, inclusive do recurso extraordinário, quando transita em julgado a decisão nesse sentido".<sup>93</sup>

Entretanto, este artigo aplica-se somente aos pedidos regidos pela Lei de Alimentos. Ou seja, às pretensões satisfativas, como exposto na Seção II deste Capítulo. De forma diversa ocorre em relação aos pedidos cautelares.

2. Aos pedidos de alimentos cautelares não se aplica a Lei 5.478 e, portanto, o seu art. 13, §3º. Ao contrário, a fixação liminar de alimentos provisionais, via processo cautelar, pode ser objeto de revogação a qualquer

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo II, p. 384.

tempo, nos termos do art. 807 do CPC e a decisão poderá ser executada imediatamente.

Assim, se a liminar for revogada ou modificada por sentença a decisão liminar deixa de ter efeito imediato, contrariamente ao que ocorre no pedido satisfativo.

Daí a distinção que se dá entre a liminar concedida em pedido de alimentos satisfativos e a cautelar. Aquela irá vigorar até o julgamento do recurso extraordinário e esta apenas até a sentença de primeiro grau ou até decisão revogatória. Tal é o texto da lei.

Aspecto que se pode ressaltar é a incongruência entre os arts. 13, §3º e 14 da Lei 5.478. Ora, se da sentença caberá apelação recebida apenas no efeito devolutivo é porque se permite a execução imediata do conteúdo do título judicial. Entretanto, de outro lado o art. 13, §3º proíbe a execução imediata da sentença, fazendo com que os alimentos provisórios fixados liminarmente prevaleçam até o julgamento de eventual recurso extraordinário.

É estranhável que uma decisão liminar prevaleça, ainda que temporariamente, em face de uma sentença, mesmo que sujeita a recurso. O grau de cognição da lide no momento do deferimento da liminar é menor do que o grau de cognição no momento da sentença. Por que então a manutenção dos efeitos de uma decisão liminar?

## Seção IV - Competência

### 1. Para o pedido cautelar

Para o julgamento de pedido cautelar de alimentos será competente o juiz da causa principal. É o que dispõe o art. 800 genericamente.

Entretanto, o art. 853 traz a peculiaridade em caso de propositura de ação cautelar de alimentos: quando o processo principal já se encontre no Tribunal, o juízo competente será o de primeira instância.

Esclarece a respeito HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"Em matéria de alimentos provisionais, vigora, em toda plenitude, a regra de que o juiz competente para a sua concessão é o da causa principal.

Afastando, outrossim, a incidência do parágrafo único do art. 800, esclarece o art. 853 que, mesmo estando a causa principal pendente de julgamento no Tribunal, a competência residual para os alimentos provisionais permanece retida pelo juiz de primeiro grau de jurisdição".<sup>94</sup>

### 2. Do pedido satisfativo

A Lei de Alimentos nada dispõe acerca do foro competente para o pedido de alimentos. Segue-se, então, a regra geral prevista no art. 100, II, que prevê o

---

<sup>94</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*, vol. II, p. 501. f. 114.

juízo do domicílio do alimentando como o competente para processar e julga o pedido de alimentos.

Da mesma forma se o pedido à alimentos for feito pelo rito comum (ordinário). Aplica-se o art. 100, II, do CPC.

## **Seção V - Aspectos procedimentais**

### **1. Petição inicial**

#### **1.1. Do pedido cautelar**

O procedimento comum no processo cautelar é previsto nos arts. 801 a 804. A petição inicial deverá conter os requisitos do art. 801 além do pedido de citação do réu e indicação do valor da causa.

Como requisito indispensável e próprio da inicial de ação de alimentos estabelece o art. 854 que o autor deve expor "as suas necessidades e as possibilidades do alimentante". Para configurar a pretensão acautelatória deve haver o *periculum in mora*.

Além dos requisitos do art. 801, do pedido de citação do réu e da indicação do valor da causa, o requerente deverá expor, portanto, suas necessidades, a situação perigosa e as possibilidades do alimentante.

## 1.2. Do pedido satisfativo

No procedimento previsto pela Lei 5.478, a petição inicial está sujeita aos requisitos comuns do art. 282 do CPC. Não depende de prévia distribuição e de concessão do benefício da justiça gratuita. Basta alegar a necessidade da gratuidade. É o que dispõe o art. 1º e seus parágrafos.

Dispensa a Lei de Alimentos a prévia distribuição da ação de alimentos. Entretanto, em muitos Estados brasileiros existe a chamada distribuição de urgência que é realizada no momento da interposição do pedido, resolvendo o problema quanto à distribuição.

O art. 2º da Lei nº 5.478 possibilita o pedido de alimentos feito pessoalmente pelo credor, designando o juiz, posteriormente, advogado ao requerente.

## 2. O prazo do art. 806

O pedido cautelar de alimentos está sujeito a todos os requisitos próprios da tutela cautelar, inclusive a interposição da ação principal em 30 (trinta) dias, em caso de deferimento.

Tratando-se de prestação continuada, como nos alimentos, o prazo de 30 (trinta) dias para a interposição da ação principal, inicia-se a partir da ciência do autor acerca da intimação para o depósito da primeira parcela.

### 3. O recurso

Da sentença que julga o pedido de alimentos, caberá recurso apenas no efeito devolutivo. É o que dispõem os arts. 520, II do Código de Processo Civil e o art. 14 da Lei nº 5.478.

Entretanto, na sentença que julga pedido de alimentos com base na Lei 5.478, apesar do recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo, a execução dos alimentos fixados em sentença só poderá ser interposta depois de julgado eventual recurso extraordinário ou especial (art. 13, §3º da Lei de Alimentos). Neste meio tempo tem validade o conteúdo da decisão liminar.

#### **Seção VI - Coisa julgada**

Entendemos coisa julgada material como a qualidade da eficácia declaratória da sentença, seguindo doutrina de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, cujas palavras vale reproduzir: "A coisa julgada material é a qualidade que se adiciona, em dadas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença, tornando-o indiscutível".<sup>95</sup>

A sentença cautelar não possui eficácia declaratória no sentido de declarar a existência ou inexistência de direito. Daí porque as sentenças cautelares não fazem coisa julgada material.

---

<sup>95</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 428. f. 117.

Se o pedido de alimentos for satisfativo, quer seguindo o procedimento ordinário, quer fundamentado na Lei 5.478, a sentença fará coisa julgada material, pois haverá declaração de existência ou inexistência de direito aos alimentos.

Dúvida pode gerar a previsão do art. 15 da Lei 5.478, que dispõe:

"A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados".

A primeira vista, dir-se-ia que a sentença em pedido satisfativo de alimentos também não faz coisa julgada material. Equivocado tal entendimento, no entanto.

O que o art. 15 da Lei de Alimentos pretendeu estabelecer é a possibilidade de revisão dos alimentos desde que haja modificação da situação financeira dos interessados. Ora, a coisa julgada incide sobre determinada lide julgada em determinado momento. Se houver modificação dos fatos, vale dizer, da causa de pedir, a lide será outra, sem nenhum impedimento para a propositura de pedido de revisão de alimentos. Daí porque a incidência da coisa julgada material, não impede a revisão da sentença.

## **Seção VII - Revisão de alimentos**

Dispõe o art. 15 da Lei de Alimentos:  
f. 118.

"A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados".

Permite, pois, a Lei 5.478 a revisão dos alimentos fixados, em razão da modificação da situação financeira das partes.

Trata-se de pedido satisfativo, que não tem por objetivo a proteção de processo principal algum. Ao contrário visa à realização de direito material.

### **Capítulo III - BUSCA E APREENSÃO DE MENOR**

#### **Seção I - Previsão legal e conceito**

A busca e apreensão está prevista nos arts. 839 a 843, Capítulo II, do Livro III do Código de Processo Civil. É medida inserida, pois, no Livro do Processo Cautelar e no Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos.

Em uma análise meramente literal diríamos que se trata de ação cautelar nominada. Entretanto, nem sempre a busca e apreensão **de menor** terá natureza cautelar, como adiante se demonstra.

É o conteúdo do art. 839:

"O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas".

O objeto da demanda do art. 839 é, pois, a apreensão de pessoas e coisas.

Ao presente estudo caberá a análise apenas da busca e apreensão de menor, medida oriunda dos litígios do direito de família.

A ação de busca e apreensão de menor é o meio processualmente adequado para apreensão de menor que se encontra em situação que atente contra o direito do postulante.

## **Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa**

O pedido de busca e apreensão poderá ser cautelar ou satisfativo.

Será cautelar se tiver por objetivo proteger o resultado útil do processo principal. Se, por outro lado, visar à realização de direito subjetivo, será satisfativo.

Ressalta CARLOS A. A. DE OLIVEIRA:

"Outra espécie de ação de busca e apreensão satisfativa encontra-se na derivada do pátrio poder, assegurando aos pais quanto à pessoa dos filhos menores, o direito de tê-los em sua companhia, e conseqüentemente o de reclamá-los de quem ilegalmente os detenham (C. Civil, art. 384, VI)".<sup>96</sup>

Realiza-se, por essa via, direito dos pais previsto no art. 384, VI, do Código Civil. O direito à guarda de menor é previsto no ordenamento e será realizado.

---

<sup>96</sup>OLIVEIRA, Carlos A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo II, p. 259.

Diferente, no entanto, é o caso de busca e apreensão de menor sujeito a maus tratos, cuja ação principal será, por exemplo, pedido de modificação da guarda da criança. Neste caso pode-se ter em vista assegurar o resultado útil do processo principal diante de situação manifestamente perigosa. A busca e apreensão de menor, neste caso, tem cabimento.

A declaração e conseqüente realização do direito ocorrerão no processo principal e não na busca e apreensão cautelar que atenderá à situação emergencial.

### **Seção III - Competência**

A ação de busca e apreensão cautelar deverá ser interposta no Juízo competente para julgar a causa principal. É a regra do art. 800.

Inobstante, em caso de extrema urgência, admite-se a interposição da demanda em juízo relativamente incompetente.<sup>97</sup>

Se a busca e apreensão tiver natureza satisfativa, segue a regra geral do art. 94, devendo ser interposta no domicílio do réu, que, conseqüentemente, será o juízo onde se encontra o menor.

---

<sup>97</sup> A respeito ver a Parte II, Capítulo V.

#### Seção IV - Procedimento

A busca e apreensão cautelar segue o procedimento previsto nos arts. 839 a 843, observando complementarmente o art. 800 e seguintes. É procedimento cautelar, com prazo de 5 (cinco) dias para contestar, cognição sumária, etc.

Haverá necessidade de demonstrar os requisitos da tutela cautelar.

Já no caso de busca e apreensão satisfativa o procedimento a ser seguido é o ordinário.<sup>98</sup> O prazo de contestação é de quinze dias e a apelação será recebida em ambos os efeitos.

"MENOR - BUSCA E APREENSÃO - MATÉRIA RELATIVA À DIREITO DE FAMÍLIA - MEDIDA DE NATUREZA SATISFATIVA - PETIÇÃO INICIAL - DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DA LIDE E SEU FUNDAMENTO - INÉPCIA AFASTADA - RECURSO IMPROVIDO. Tratando-se de medida cautelar que, além de envolver matéria de direito de família (busca e apreensão de menor), é satisfativa, a falta de indicação da lide e seu fundamento não torna inepta a petição inicial" (TJPR - 1ª Câm. Civ., Rel. Des. Tadeu Costa, Ac. nº 10515, julg: 11.10.94).

Há dúvida sobre a possibilidade de concessão de liminar na ação de busca e apreensão de natureza satisfativa.

---

<sup>98</sup>Assim a jurisprudência: "A ação que sob o nome de busca e apreensão seja ajuizada para dirimir em definitivo o direito à posse ou guarda de incapaz deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como cautelar, de rito sumário. Portanto, o recurso interposto contra a sentença dessa ação está sujeito ao duplo efeito" (RT 668/88).

Anteriormente à reforma do Código de Processo Civil tratava-se de matéria realmente preocupante, considerando que o procedimento ordinário não possibilitava a concessão de liminar. Entretanto, com a edição do art. 273, permitindo a concessão de tutela antecipatória, a questão tem adequada solução.

É perfeitamente possível a concessão de liminar em ação de busca e apreensão satisfativa, seguindo o rito ordinário, como antecipação de efeitos da sentença.

#### **Capítulo IV - POSSE EM NOME DO NASCITURO**

##### **Seção I - Previsão legal e conceito**

A medida intitulada "posse em nome do nascituro" está prevista nos arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil.

É o teor do art. 877:

"A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro".

E o art. 878:

"Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro".

Como sabido, a personalidade civil tem início no nascimento com vida, conforme dispõe o art. 4º do Código Civil. Entretanto, o mesmo artigo "põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

Nascituro, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, é "o fruto da concepção humana que se acha no ventre materno, vivendo, ainda, em subordinação umbelical".<sup>99</sup>

Ao nascituro, pois, são garantidos potenciais direitos.

Para a aquisição de direito há necessidade de personalidade jurídica e esta só existe mediante nascimento com vida, nos termos do art. 4º do Código Civil. Assim, o nascituro não possui direitos. Há apenas expectativa de aquisição de direitos. Isso porque ele não é pessoa ainda, não tem personalidade jurídica.

A esse respeito bem anota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em quem se integram direitos e obrigações. Até aí o

---

<sup>99</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, p. 357.  
f. 124.

que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade".<sup>100</sup>

No mesmo sentido a jurisprudência:

"Civil. Nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. Venda feita pelos pais a irmã do nascituro. As hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido" (STF - 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, julg: 18.10.83, publ. 05.10.84).

Criou-se, assim, meio para alguém, com personalidade jurídica, adquirir a posse dos potenciais direitos do nascituro para assegurá-los. Sim, pois o nascituro não é ainda pessoa e não se pode postular em juízo em seu nome. O possuidor, então, dos potenciais direitos do nascituro poderá então, em nome próprio, assegurá-los, diante do provável nascimento com vida do feto.

A ação de posse em nome do nascituro é, assim, o meio processual adequado para a proteção dos potenciais direitos do nascituro.

Não se trata de representação, mas de legitimação *ex-lege*, conferida à mãe para proteção dos direitos do nascituro.

---

<sup>100</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 146/147. f. 125.

## Seção II - Natureza satisfativa

O pedido de posse em nome de nascituro, apesar de estar disposto no Livro III do Código de Processo Civil, destinado às Medidas Cautelares, não é cautelar, porque não visa à proteção do resultado útil de outro processo. É pedido satisfativo, pois não preenche os requisitos da cautela, ao contrário, protege expectativa de direito subjetivo material, por disposição expressa de lei.

Trata-se, na realidade, do exercício de direito subjetivo disposto no art. 4º do Código Civil.

Na sentença que julgar o pedido haverá declaração do direito subjetivo do autor de entrar na posse dos direitos do nascituro, que ainda não adquiriu personalidade civil.

Ora, se existe declaração de existência do direito subjetivo material, não há cautelaridade, mas sim satisfatividade. É pedido satisfativo utilizando-se, no entanto, do procedimento cautelar, como salientou CALMON DE PASSOS, distinguindo "processo cautelar que alberga uma pretensão cautelar e processo com procedimento cautelar sem envolver uma pretensão cautelar".<sup>101</sup>

A ação de posse em nome do nascituro não está, assim, sujeita aos requisitos da tutela cautelar.

---

<sup>101</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Tomo I, p. 56.

## Seção III - Peculiaridades do procedimento

### 1. O rito

Por não estar sujeito aos requisitos do processo cautelar o pedido obedecerá ao procedimento previsto nos arts. 877 e 878 e complementarmente ao procedimento ordinário.

### 2. Legitimação ativa e passiva

O sujeito ativo será a mãe, ou o titular do pátrio poder. Se a mãe, possuindo o pátrio poder, não agir em interesse do nascituro requerendo ação de posse dos seus direitos, poderá o pai ou ainda o Ministério Público interpor a ação. Poderá ocorrer tal situação, quando houver, por exemplo, desconfianças quanto ao interesse da mãe em ser sucessora em vez de seu filho.<sup>102</sup>

O nascituro, por não possuir ainda personalidade jurídica, não poderá figurar como sujeito ativo da relação processual.

A pessoa imitada na posse dos direitos do nascituro atuará em nome próprio, mas na defesa dos direitos do nascituro.

Quanto à legitimidade passiva, o §2º do art. 877 refere-se a herdeiros. À primeira vista, então, os

---

<sup>102</sup> Neste sentido CARLOS A. A. DE OLIVEIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo II, p. 564) e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. XI, p. 611 e 612).

legitimados passivos seriam os herdeiros que concorreriam à herança juntamente com o nascituro.

Entretanto, em caso de doação, o sujeito passivo da demanda são os herdeiros do doador, em caso de morte deste, e o próprio doador, se vivo.

### 3. A presunção de gravidez (art. 877, §3º)

O §3º do art. 877 traz interessante peculiaridade quanto ao procedimento do processo de posse em nome do nascituro: "Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro".

Há no dispositivo uma verdadeira presunção de gravidez, objetivando à proteção dos potenciais direitos do nascituro.

Se, por exemplo, a mãe negar-se à realização do exame de gravidez, não poderá o julgador presumir a inexistência da gravidez e conseqüentemente julgar improcedente o pedido. Ao contrário deverá presumir o estado de gravidez e, mesmo diante da falta do exame, julgar procedente o pedido. O que poderá fazer, *ad cautelam*, é nomear um curador para evitar fraude, como sugere CARLOS A. A. DE OLIVEIRA.<sup>103</sup>

No mesmo caso se, por exemplo, não houver meios eficazes na Comarca para averiguar-se a existência da gravidez, hipótese, entretanto, difícil de ocorrer, nos dias atuais.

---

<sup>103</sup> In *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Tomo II, p. 566.  
f. 128.

#### **4. A certidão de óbito**

O §1º do art. 877 exige também a certidão de óbito da pessoa a quem o nascituro suceder. Ocorre que no caso de pedido em virtude de doação, nem sempre será necessária a apresentação de atestado de óbito. Se o doador estiver vivo, obviamente, não haverá necessidade de certidão de óbito.

#### **5. A necessidade de intervenção do Ministério Público**

Nos termos do art. 82, inciso VI do CPC, é necessária a interferência do Ministério Público nas causas em que haja interesse de menor.

O nascituro, todavia, não é ainda pessoa (Seção I - Capítulo IV), e, portanto, também não incapaz, como refere o inciso VI, do art. 82.

Entretanto, são ressalvados os seus potenciais direitos, como se menor fosse. Daí a necessidade também da intervenção do Ministério Público.

#### **Seção IV - A eficácia da sentença**

A doutrina em geral considera a sentença proferida em pedido de posse em nome de nascituro como de eficácia preponderantemente declaratória.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup>Neste sentido CARLOS A. A. DE OLIVEIRA (*Comentários ao Código de Processo* f. 129.

Ousamos discordar de tal concepção, em que pese a autoridade dos juristas que a encampam. É certo que a sentença declara o direito do requerente de ter posse em nome do nascituro. Entretanto, não como eficácia preponderante. Isso porque o provimento judicial definitivo faz mais do que apenas declarar existente o direito do autor, pois também **imite-o** na posse dos direitos do nascituro. Não se trata de mera declaração de direito, há algo a mais que se configura como força executiva da sentença.

A eficácia executiva da sentença é aquela que "contém, imanente em si mesma, como eficácia interna que lhe é própria, o poder de operar uma mudança no mundo exterior (Micheli - *De la ejecución forzada - Commentário del Codice Civile* (Scialoja - Branca), tradução argentina, 1970, p. 120), compreendida tal mudança como correspondendo a uma transferência de valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, onde tal valor deveria estar (Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 122 e 212)".<sup>105</sup>

Ainda segundo EGAS MONIZ DE ARAGÃO, acerca da eficácia executiva da sentença:

"(...) as que impõem uma prestação diferente do pagamento (cuja execução, portanto, não tramita pela via da penhora e da arrematação) mas que deve igualmente ser cumprida em execução forçada, mas por outra

---

*Civil*, vol. VIII, Tomo II, p. 568), ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 417), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Processo Cautelar*, p. 362).

<sup>105</sup> *apud*: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e Coisa Julgada*, p. 101.

via, como a da desocupação do imóvel pelo despejo do inquilino".<sup>106</sup>

A sentença proferida em pedido de posse em nome de nascituro possui, assim, eficácia preponderantemente executiva.

#### **Seção V - A existência de coisa julgada material**

Como acima referido a eficácia preponderante (força) da sentença proferida em pedido de posse em nome de nascituro é executiva. Entretanto, possui também eficácia declaratória, em menor grau, uma vez que declara a existência do direito do autor de ter a posse em nome do nascituro.

Se existe eficácia declaratória, a sentença faz coisa julgada material.

Consideramos a coisa julgada material como a qualidade da eficácia declaratória da sentença.<sup>107</sup>

Muitos entendem pela ausência de produção da coisa julgada, devido ao caráter provisório da sentença, até o nascimento do feto.

É certo que o **direito** atribuído ao requerente da ação de posse em nome do nascituro, é **provisório**. A sua duração é limitada até o nascimento do feto. Entretanto, a **lide** processual qualificada pela

---

<sup>106</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e Coisa Julgada - Exegese do Código de Processo Civil*, p. 88,

<sup>107</sup> Sobre esta questão ver Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença e Coisa Julgada*, p. 98. f. 131.

incidência da coisa julgada material não é provisória, mas perene.

O fato de ter havido o nascimento do feto não altera a incidência da coisa julgada no pedido de posse em nome do nascituro. Isso porque a coisa julgada incidiu sobre uma determinada situação de fato, a qual incluía a existência do nascituro. Se de outro lado, deixou de haver o nascituro a situação é outra, os fatos são outros.

Daí porque a circunstância de o direito ser provisório e atribuído pela sentença em pedido de posse em nome do nascituro, não se contrapor à existência de coisa julgada material incidente sobre a decisão final.

#### **Seção VI - Curatela em nome do nascituro**

A curatela em nome do nascituro está prevista no parágrafo único do art. 878.

Se à mãe foi retirado o pátrio poder e o pai for falecido, nomear-se-á curador ao nascituro, a quem caberá a titularidade para interpor pedido de posse dos direitos do nascituro.

Se a mãe perdeu o pátrio poder por ser interdita, por exemplo, a titularidade do pedido será do curador da mãe, considerando os arts. 458 e 462 do Código Civil.

Capítulo VI - ENTREGA DE BENS DE USO PESSOAL DO CÔNJUGE E DOS FILHOS

Seção I - Previsão legal

Dispõe o art. 888 e seu inciso II:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos".

Segundo JOÃO VICENTE CAMPOS:

"Não são somente as roupas e objetos de *toilette*, mas também os móveis do quarto (cama, cadeiras, armários e poltronas), dinheiro, jóias, valores e documentos, e evidentemente com maior razão, os objetos que a pessoa utiliza em razão de sua profissão (livros, aparelhos, máquinas, ferramentas, instalações, etc.), ou ao seu estado de saúde (aparelhos ortopédicos, cadeiras mecânicas, medicamentos, etc.)".<sup>108</sup>

A ação prevista no inciso II, do art. 888 é, pois, aquela destinada a reaver a posse de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos.

---

<sup>108</sup> CAMPOS, João Vicente. *Comentários ao Código de Processo Civil - Hugo Simas*, p. 226).

## Seção II - Natureza satisfativa

Apesar de a ação de entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos estar disposta no Livro III, destinado ao processo cautelar, o pedido não é cautelar. Trata-se, na realidade, de pretensão satisfativa.

A entrega de bens não visa à proteção do resultado útil do processo principal e, portanto, nada tem de cautelar. Ao contrário visa à realização de direito subjetivo material, no mais das vezes, o direito de propriedade.

Assim, a ação prevista no art. 888, II, na maioria das vezes, não estará sujeita aos requisitos acautelatórios.

Vale salientar, no entanto, que se houver dúvida quanto à propriedade do bem, ou seja, quanto à caracterização de ser o bem de uso pessoal de um dos cônjuges, a pretensão nem sempre será satisfativa. Figuremos um exemplo: um casal de médicos está em processo de separação. O cônjuge varão entra com pedido de entrega de um estetoscópio, alegando ser bem de seu uso pessoal. O cônjuge varoa, de seu turno, afirma que o estetoscópio é de seu uso pessoal. Uma vez presentes, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o pedido poderá ser cautelar.

### **Seção III - O procedimento**

Se o pedido de entrega de bens não for cautelar, mas sim satisfativo, o rito adequado será o ordinário.

Nesse caso, o prazo de contestação é de quinze dias, a apelação será recebida em duplo efeito, não haverá a necessidade de interposição de ação principal.

O foro competente será o domicílio do réu.

## **Capítulo VII - AFASTAMENTO DE MENOR AUTORIZADO A CONTRAIR CASAMENTO CONTRA A VONTADE DOS PAIS**

### **Seção I - Previsão legal**

Dispõe o art. 888 e seu inciso IV:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais".

Nos termos do art. 185, e do art. 384, inciso III do Código Civil cabe aos pais o consentimento para filho menor contrair núpcias.

Entretanto, se houver a denegação do consentimento poderá ser interposto pedido judicial de suprimento da autorização para casar (art. 188 do Código Civil).

Em virtude deste pedido de suprimento da autorização para casar é que se prevê a medida do art. 888, IV, pela qual poderá o menor requerer seu afastamento do lar familiar.

O Código refere-se aos pais, porque na maioria das vezes são os pais os detentores do pátrio poder. Entretanto, se, por exemplo, o menor for filho de pai morto, com mãe interdita, estando sob os cuidados de curador ou algum parente próximo, da mesma forma caberá a presente ação.

Visa a medida, pois, à realização do direito do menor diante do conflito criado com os pais ou o detentor do pátrio poder e conseqüente garantia de que o casamento se realizará, desde que consentido judicialmente.

## **Seção II - Natureza satisfativa**

A ação prevista no art. 888, IV tem natureza satisfativa.

Trata-se de pretensão que visa à realização do direito do menor de casar (art. 185 do Código Civil). Não se configura como pretensão cautelar porque inexistiriam os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, necessários à tutela acautelatória.

### Seção III - Legitimação ativa

O menor para comparecer em juízo deverá, em geral, estar representado ou assistido pelos pais, tutores ou curadores (art. 8º do CPC).

Ocorre que no pedido de afastamento o menor não poderá estar representado ou assistido pelos pais ou pelo detentor do pátrio poder, pois os interesses são contrapostos.

A legitimação ativa, assim, para a interposição do pedido de afastamento da casa paterna é do próprio menor assistido ou representado por Curador, nos termos do art. 9º, I.

A nomeação de Curador poderá ser feita após a intérposição do pedido.

### Seção IV - Procedimento

A ação de afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais seguirá o rito ordinário, pois se trata de pretensão satisfativa.

Não haverá necessidade de esperar que tenha sido deferida a autorização para o casamento contra a vontade dos pais, como dispõe a letra do artigo 888, IV. A esse respeito bem esclarece CARLOS A. A. DE OLIVEIRA:

"Embora o dispositivo empregue no passado o verbo referente à autorização ('menor autorizado f. 137.

a contrair casamento contra a vontade dos pais'), claro está que o afastamento pode ser aforado no próprio momento do pedido de suprimento, porque já aí pode ter havido embaraço ou incômodo autorizador da providência".<sup>109</sup>

Nada obsta também a que o próprio juiz determine de ofício o afastamento do menor do lar paterno.

## Capítulo VII - DEPÓSITO DE MENORES CASTIGADOS IMODERADAMENTE POR SEUS PAIS, TUTORES OU CURADORES, OU POR ELES INDUZIDOS À PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI OU À MORAL

### Seção I - Previsão legal e amplitude da medida

Dispõe o art. 888, V do Código de Processo Civil:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral".

Prevê o referido artigo o depósito de menores em face de duas condutas dos pais: a) aplicação de

---

<sup>109</sup>OLIVEIRA, Carlos. A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil.*, Tomo II, Vol. VIII, p. 640.

castigos imoderados ao menor; b) indução à prática de atos contrários à lei ou à moral.

Nestes casos retira-se o menor da guarda dos pais, depositando-o sob os cuidados de outra pessoa que poderá ser um parente próximo, um terceiro ou até uma casa assistencial.

A referida ação é cabível não só nos casos de pais e filhos, mas também nos casos de tutela.

A previsão do art. 888, V, entretanto, é meramente exemplificativa como já ressaltou PONTES DE MIRANDA:

"O art. 888, V, exemplificativo como é, não exclui outras medidas cautelares, que protejam a pessoa dos menores e os seus interesses. Por exemplo: no caso de abandono do menor, antes ou já proposta a ação do art. 395, II, do Código Civil, ainda que o titular não tenha culpa (subjativa), é possível a medida do depósito".<sup>110</sup>

Ou seja, o pedido de depósito de menor é cabível nas hipóteses de castigo imoderado e indução à prática de atos contra a lei ou à moral, mas também em outros casos como, por exemplo, o de abandono, falta de cuidados com alimentação e higiene.

---

<sup>110</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XII, p. 463.

## **Seção II - Natureza cautelar**

A ação de depósito é de natureza cautelar, protegendo o resultado útil do processo principal e sujeita aos requisitos da tutela acautelatória.

No caso de aplicação de castigo imoderado ou indução à prática de atos contra a lei ou a moral a ação principal será a de suspensão ou perda do pátrio poder. Poderá ainda como pedido principal ser interposta ação de remoção de tutor, por exemplo. No caso de abandono o pedido principal poderá ser o de adoção.

## **Seção III - Legitimação ativa**

É legitimado ativo para a interposição do pedido de depósito de menor o parente, o Ministério Público e o terceiro juridicamente interessado (p.ex., um vizinho).

O art. 394 do Código Civil prevê a legitimidade do parente e do Ministério Público "se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos".

Entretanto, o terceiro juridicamente interessado também poderá ser autor de pedido de depósito de menor, manifestando, por exemplo, interesse na adoção da criança após a decisão do processo principal de perda do pátrio poder.

## **Seção IV - Procedimento**

O rito da ação de depósito é o cautelar, previsto nos arts. 801 a 803, como estabelece o art. 889.

O pedido poderá ser antecedente ou incidental ao processo satisfativo, dito principal.

O foro competente será o do processo principal, como observado na Parte II, Capítulo V retro.

Aplicam-se, assim, todos os requisitos previstos para o processo acautelatório.

## **Capítulo VIII - POSSE PROVISÓRIA DOS FILHOS NOS CASOS DE SEPARAÇÃO OU ANULAÇÃO DE CASAMENTO**

### **Seção I - Previsão legal**

Dispõe o art. 888, III:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

III - a posse provisória dos filhos, nos casos de desquite ou anulação de casamento".

De início vale ressaltar que o inciso II do referido artigo refere-se a "desquite", cuja expressão foi substituída por separação judicial.

É cabível, assim, pedido de posse provisória dos filhos em casos de propositura de ação de separação judicial ou anulação de casamento. Entretanto,  
f. 141.

podemos entender que referida ação compreende também os casos de interposição de divórcio direto, declaração de inexistência, nulidade e anulação de casamento. Enfim, nos casos de dissolução de casamento.

## **Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa**

A posse provisória dos filhos pode ter natureza cautelar ou satisfativa.

Será cautelar quando objetivar a proteção ao resultado útil do processo principal. Neste caso o pedido principal deverá versar única ou cumulativamente sobre a guarda definitiva dos menores.

Daí porque podemos dizer que o art. 888, III, traz uma certa impropriedade ao referir-se à posse provisória dos filhos em caso de "desquite ou anulação de casamento". Sim, pois em caso de anulação de casamento o pedido de posse dos filhos só poderia ser satisfativo, já que não protege o resultado útil do pedido de anulação do casamento. A anulação será decretada e terá a mesma eficácia quer exista ou não o pedido de posse provisória dos filhos. Apesar de estar disposto no Livro do Processo Cautelar, se levássemos a rigor a letra da lei como exposto no art. 888, III nunca haveria cautelaridade.

Do mesmo modo ocorre com o pedido de separação se não for cumulado com guarda de filhos. A decisão acerca da posse provisória dos filhos em nada irá alterar o resultado da separação.

Já o pedido poderá ser satisfativo quando realizar direito. Serão observados os dispositivos legais dos arts. 10 a 13 da Lei de Divórcio (nº 6.515, de 26.12.77), para a procedência da ação.

A provisoriedade do direito à posse provisória dos filhos não implica em considerá-lo sempre cautelar. Poderá ser satisfativo quando não objetive a proteção ao resultado útil do processo principal.

### **Seção III - Aspectos procedimentais**

Se o pedido de posse provisória dos filhos for cautelar deverá obedecer a todos os requisitos da tutela ácautelatória. O prazo para contestação será de 5 (cinco) dias e deverá ser interposta ação principal no prazo de trinta dias (art. 806), etc.

Já se o pedido for satisfativo seguirá o rito ordinário, podendo, inclusive, utilizar-se da tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC.

## **Capítulo IX - A GUARDA, EDUCAÇÃO DOS FILHOS E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA**

### **Seção I - Previsão legal**

Dispõe o art. 888, VII do CPC:

"O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita".

O referido artigo prevê litígios decorrentes de três situações: a) guarda; b) educação e; c) direito de visitas.

Apesar de o dispositivo legal referir-se apenas aos "filhos", abrange também por interpretação sistemática, os casos de menores sob tutela e adoção.

É decorrência legal do pátrio poder o direito-dever dos pais de ter os filhos sob sua companhia e guarda, dirigindo-lhes a educação. Nas palavras de SÍLVIO RODRIGUES "o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes".<sup>111</sup>

Conforme dispõe o art. 384 do Código Civil:

"Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - Dirigir-lhes a criação e educação.
- II - Tê-los em sua companhia e guarda".

No mesmo sentido o art. 231, IV do Código Civil.

Também dispõe o art. 15 da Lei de Divórcio:

---

<sup>111</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 89. f. 144.

"Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação".

São os pais, assim, os titulares do direito-dever de ter os filhos em sua companhia e educá-los.

## **Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa**

### **1. Quanto à guarda dos filhos**

Vale ressaltar que atualmente vem se entendendo pela distinção entre direito de guarda e pátrio poder. Como esclarece YUSSEF SAID CAHALI "a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda".<sup>112</sup>

Nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais".

O pedido de guarda poderá ter natureza cautelar ou satisfativa. Será cautelar se proteger o resultado útil do processo principal e satisfativo se realizar direito.

---

<sup>112</sup>CAHALI, Yussef Said. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 127. f. 145.

Vamos imaginar que o menor encontre-se em poder de pessoa que não seja o pai ou mãe e não detenha o pátrio poder sobre o menor. Terão, neste caso, os pais direito de realizar o direito de guarda sobre o filho requerendo judicialmente a entrega do menor. Haverá neste pedido satisfatividade.

Por outro lado, se houver litígio entre os pais e um deles requerer cautelarmente a guarda do filho em poder do outro cônjuge, alegando perigo de este vir a desaparecer com o menor, ou por causa de maus tratos, será pedido cautelar. A ação principal poderá versar sobre suspensão ou extinção do direito de guarda sobre a criança.

A jurisprudência também anota a diferença:

"GUARDA DE MENOR - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA EM SEPARAÇÃO CONSENSUAL - LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR INOMINADA ALTERANDO A GUARDA DO MENOR - INCABIMENTO - LEI 6.515/77.

Agravo. Medida cautelar inominada. Liminar deferida em favor do pai para guarda dos filhos. Interesses dos menores. Ação principal de modificação de cláusula em separação consensual. Recurso provido. Não deve subsistir liminar que, em medida cautelar inominada, antecipe os efeitos da tutela pretendida em ação principal, pois não é esta a natureza da cautelar. A ação cautelar tem a finalidade de assegurar o resultado útil do processo principal. A teor do disposto nos arts. 9º e 13º da Lei nº 6.515/77, não se justifica a modificação cautelar da guarda de filhos, se não há alegação de motivo relacionado com o comportamento inadequado da mãe, seu temperamento, f. 146.

impossibilidade de tê-los consigo novamente ou com perigo à formação moral dos menores. Os interesses dos filhos menores devem ser apurados através de estudo sociopsicológico e pedagógico, sendo insuficiente a alegação de que a permanência deste com o pai, decorrente de acordo de guarda provisória cujo lapso temporal já esgotou-se, atenderia a seus desejos. O fato de ter a mãe, detentora da guarda dos filhos por força de acordo homologado em separação judicial, posteriormente a este, pactuado com o pai, acerca da guarda temporária dos menores, para que pudesse concluir seus estudos superiores e compatibilizá-los com sua atividade laboral, não pode ser interpretado como atitude egoísta ou reveladora de seu exclusivo interesse, até porque, graduada em conceituado curso superior, pode contribuir com melhores condições materiais para os infantes" (TJSC - 2ª Câm. Civ., Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, DJSC 06.06.97).

"GUARDA DE MENOR - MÃE DEPENDENTE DE  
ÁLCOOL - POSSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA COM O PAI.

Agravo de instrumento. Direito de Família Medida Cautelar. Guarda de filhas menores. Exoneração parcial de alimentos. Recurso desprovido. Mesmo diante de fortes laços de afeto que unem a mãe a suas filhas, o caso concreto contém situações de fato que não recomendam a permanência das menores com a agravante, que está a merecer atendimento especializado devido ao seu estado de comprometimento com o alcoolismo. Alterada a guarda, suspende-se a obrigação de prestação de alimentos às filhas que permanecem com o pai, a teor do disposto no f. 147.

art. 403 *caput* do Código Civil" (TJSC - 2ª Câm. Civ., Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, DJSC 17.03.97, p. 09).

## **2. Quanto à educação dos filhos**

Também aqui a medida poderá ser cautelar ou satisfativa.

A cautelaridade evidencia-se pela proteção urgente ao resultado útil do processo principal.

A educação dos filhos é de incumbência dos pais. Entretanto, pode ocorrer que os pais não estejam se desincumbindo da educação dos menores como, por exemplo, proibindo-os de frequentar a escola. Poderá, então, o Ministério Público, um parente próximo ou até um terceiro interessado, requerer a busca e apreensão cautelar dos menores para a frequência à escola. O pedido principal poderia versar sobre a extinção, modificação ou suspensão do pátrio poder ou apenas quanto à educação dos menores.

## **3. Quanto à regulamentação de visitas**

Também aqui o pedido poderá ser cautelar ou satisfativo.

Será satisfativo quando realizar direito. É o caso, por exemplo, do pai requerendo, em vista de o filho encontrar-se sob a guarda de outra pessoa, a regulamentação de seu direito de visitas, tão somente. Não existe neste caso processo principal a ser protegido.

O pedido será cautelar somente quando visar à proteção do resultado útil do processo principal. No caso, por exemplo, de ação de separação judicial cumulada com pedido de guarda definitiva dos menores em que um dos cônjuges não permita a visita do outro aos filhos.

### **Seção III - Legitimação ativa**

Legitimados ativos para a propositura da ação prevista no art. 888, VII, são à primeira vista os pais. Entretanto, não se pode negar também a legitimidade do tutor ou de algum parente próximo.

Dispõe o art. 13 da Lei de Divórcio:

"Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais".

Pela referida disposição legal estabelece-se o interesse do menor como preponderante na decisão do juiz. Assim, se para o bem da criança seja melhor ela, por exemplo, ficar sob os cuidados da avó, assim será estabelecido.

Ressalta CARLOS A. A. DE OLIVEIRA:

"Atendidos os interesses do menor, estarão ainda habilitados ao exercício da pretensão outros parentes, embora a ausência de norma explícita a respeito".<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Carlos. A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, f. 149.

#### **Seção IV - Procedimento**

Se o pedido for cautelar, seguirá o rito previsto para a tutela cautelar. O prazo de contestação será de cinco dias, a sentença terá efeito apenas devolutivo e haverá necessidade de interposição do processo principal em 30 dias, etc. O juiz estará adstrito apenas à análise da aparência do direito e da situação objetiva de perigo ao processo principal.

Ao contrário, se o pedido for satisfativo, seguirá o procedimento ordinário, inclusive com a possibilidade da tutela antecipatória.

#### **Seção V - A intervenção do Ministério Público**

A intervenção do Ministério Público será de rigor, nos termos do art. 82, I do CPC.

Caberá ao representante do *parquet* a tarefa de zelar pelos interesses do menor.

### **Capítulo X - MEDIDAS CAUTELARES NA UNIÃO ESTÁVEL**

#### **Seção I - Previsão legal**

Nos termos do §3º, do art. 226, da Constituição Federal:

"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

A união estável foi regulamentada pela lei nº 9.278 de 10.05.96, que estabeleceu em seu art. 1º: "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família".

Equiparou-se, assim, à família a união estável.

## **Seção II - E a relação de filiação**

A proteção processual prevista às relações jurídicas entre pais e filhos é aplicada igualmente quer oriunda de casamento, quer de relação concubinária. O dever existente entre pais e filhos é o mesmo, seja decorrente de relação matrimonial, seja concubinária.

Neste sentido salientam JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ:

"O pátrio poder apresenta-se-nos como efeito da filiação (art. 379), e os concubinos têm o direito e o dever de cuidar da pessoa e dos bens dos filhos, pela educação, guarda, vigilância, orientação de sua formação religiosa e profissional, pela representação nos negócios jurídicos e em processos judiciais. Por seu

turno, o filho tem, a rigor, os mesmos direitos e os mesmos deveres que os filhos nascidos de casamento".<sup>114</sup>

A própria lei nº 9.278, em seu art. 2º, III, estabelece como dever dos conviventes a guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Daí porque os meios processuais, referentes à relação de filiação, são aplicados indistintamente.

### **Seção III - Na relação entre concubinos**

Já quanto à relação existente entre os concubinos a questão não é tão simples.

Em primeiro lugar há necessidade de prova da união estável, através de ação declaratória de união estável.

De outro lado não existem na união estável os mesmos direitos e deveres decorrentes do matrimônio.

Estabelece o art. 2º da Lei 9.278 de 10.05.96: "São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns".

Não há na relação concubinária o dever à vida em comum, no domicílio conjugal (art. 231 do Código

---

<sup>114</sup> OLIVEIRA, José Larmartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*, p. 94/95.

Civil). Daí porque não é cabível, por falta de interesse, por exemplo, a ação de separação de corpos utilizada somente como autorização da saída de um dos cônjuges do lar conjugal. Entretanto, é perfeitamente cabível pedido cautelar de separação de corpos se estiverem preenchidos os pressupostos da cautelaridade, como, por exemplo, em caso de desavença entre eles ou doença contagiosa de um dos conviventes.

A lei que regulamentou a união estável também dispôs expressamente sobre a possibilidade de pedido de alimentos, em seu art. 7º: "Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos".

Cabível, portanto, tanto pedido de alimentos cautelares nos termos do art. 852 e seguintes, como pedido satisfativo.

As demais medidas cautelares previstas no Livro III também são admitidas, considerando a equiparação da união estável à entidade familiar e o direito dos conviventes aos bens móveis e imóveis adquiridos por esforço comum.

Vale ressaltar os escólios a seguir:

"CONCUBINA. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO COMPANHEIRO DO LAR COMUM. ADMISSIBILIDADE. ART. 798 DO CPC.

Não tendo a concubina condições de remover a situação. Obstáculo gerado pela conduta de seu companheiro, a fim de ver assegurada a integridade física sua e de seus filhos, o recurso ao Judiciário é a única  
f. 153.

opção que lhe resta, demonstrando, 'quantum satis' a necessidade da prestação judicial" (TJSP, Rel. Des. Donaldo Armelim, in Revista dos Tribunais, nº 721, p. 87).

"Concubinato. União estável. Cautelar. Afastamento coercitivo do concubino do lar. Cautelar inominada. Admissibilidade" (STJ - 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 4.06.91, in RSTJ 25/472).

#### **Seção IV - Competência**

Com a lei nº 9.278, regulamentando a união livre e equiparando-a à entidade familiar, dirimiu-se a questão acerca de qual a competência para o julgamento de ações relativas à relação concubinária. Estabeleceu o art. 9º da Lei 9.278 a competência do Juízo da Vara de Família para o julgamento de matéria relativa à união estável.

#### **Capítulo XI - Outras medidas cautelares**

Existem outras medidas cautelares amplamente utilizadas em litígios oriundos de direito de família, como o arrolamento de bens e as medidas inominadas de indisponibilidade de bens. Entretanto não são medidas tipicamente do direito de família, razão pela qual deixaram de ser abordadas no presente trabalho.

De outro lado não trazem peculiaridades distintas na sua utilização em questões de direito de família.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol., 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990.

ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e Coisa Julgada - Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1992.

ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti D'Urgenza*, Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982.

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, A. Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1979.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol XII, 2ª ed., Porto Alegre, LeJur - Letras Jurídicas, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual - Quinta Série*, São Paulo, Saraiva, 1994.

BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, Trad. de Armindo Edgar Leux, Porto Alegre, A. Fabris, 1985.  
BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Vol. II, São Paulo - Rio de Janeiro, Editora Paulo Azevedo Ltda., 1956.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 1991.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 8<sup>a</sup> ed., Tomos 1 e 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Dos alimentos*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione Allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.

CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare (Perfil Sistemático)*, Torino, Editrice Torinese, 1963.

CAMPOS, João Vicente. *Comentários ao Código de Processo Civil - Hugo Simas*, vol. VIII, Tomo 1º, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1962.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 1º vol., Trad. J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A liide cautelar no processo civil*, Curitiba, Juruá Editora, 1992.

DELGADO, Jaime Guasp. *La pretensión procesal*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985.

DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira. "O direito (não sagrado) de visita", in *Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, Trad. e notas Cândido R. Dinamarco, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Medida cautelar de separação de corpos*. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Editora Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1985, p. 361-376.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Tutela Cautelar - Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*, Curitiba, Juruá, 1996.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1990.

MUTHER, Theodor e WINDSCHEID, Bernhard. *Polemica Sobre La "Actio"*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Direito de Família*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1990.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. I., 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, Tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1993.

TOMMASEO, Ferruccio. *I Provvedimenti D'Urgenza*, Padova, Cedam, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1976.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar*, Rio de Janeiro, Aide Ed., 1992.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II, 16<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1996.

VILLAR, Willar de Castro. *Medidas Cautelares*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_. *Ação Cautelar Inominada*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

# ÍNDICE

## INTRODUÇÃO

### PARTE I - TUTELA CAUTELAR

#### Capítulo I - Direito de ação e tutela cautelar

Seção I - A teoria imanentista

Seção II - A ação como direito autônomo e concreto

Seção III - Ação como direito autônomo e abstrato - a teoria de Liebman

Seção IV - Ação de direito material e ação de direito processual

Seção V - Ação: direito à adequada tutela jurisdicional

#### Capítulo II - Terminologia

Seção I - Tutela jurisdicional

Seção II - Ação

Seção III - Procedimento

Seção IV - Medida

#### Capítulo III - Tutela Cautelar

Seção I - Conceito

Seção II - Requisitos da cautela: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*  
f. 162.

Seção III - Características do processo cautelar

1. A autonomia
2. A sumariedade
3. A provisoriedade
4. A instrumentalidade
5. A fungibilidade
6. A revogabilidade
7. A acessoriedade
8. A unitariedade

Seção IV - Cautelaridade e satisfatividade

**Capítulo IV - O poder geral de cautela**

Seção I - Conceito

Seção II - Breve retrospectiva histórica sobre o poder geral de cautela no direito brasileiro

Seção III - O poder geral de cautela no direito comparado

1. No direito alemão
2. No direito italiano
3. No direito francês
4. No direito inglês
5. No direito norte-americano
6. No direito espanhol
7. No direito português

Seção IV - O poder geral de cautela no direito hodierno

Seção V - Poder geral de cautela e medidas específicas

Seção VI - Limites

Seção VII - Medidas de ofício

Seção VIII - Eficácia da medida cautelar

1. A ausência de interposição da ação principal em 30 dias
2. A falta de execução, em 30 dias, da medida cautelar deferida
3. Extinção do processo principal

## **PARTE II - TUTELA CAUTELAR E DEMANDAS SUMÁRIAS**

### **Capítulo I - Interesse jurídico**

Seção I - O interesse jurídico material e processual

Seção II - O interesse jurídico e a atividade jurisdicional

### **Capítulo II - O procedimento comum (ordinário)**

Seção I - Considerações gerais

Seção II - Cognição exauriente

Seção III - Coisa julgada material

Seção IV - Tutela antecipatória no procedimento ordinário

### **Capítulo III - Procedimentos sumários**

Seção I - Considerações gerais  
f. 164.

Seção II - Cognição nas demandas sumárias

Seção III - Coisa julgada material

#### **Capítulo IV - Procedimento cautelar comum**

Seção I - Considerações gerais

Seção II - Petição inicial

1. Requisitos
2. Forma escrita
3. Autoridade judiciária a que for dirigida
4. Nome, estado civil, profissão e residência do requerente e requerido
5. A lide e seu fundamento
6. As provas
7. Análise comparativa entre o art. 282 e o art. 801

Seção III - Liminares

Seção IV - O prazo para contestação

#### **Capítulo V - Competência**

Seção I - A regra geral

Seção II - Em casos de extrema urgência

Seção III - Em fase recursal

## **PARTE III - A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO DE FAMÍLIA**

### **Introdução**

#### **Capítulo I - Separação de corpos**

Seção I - Previsão legal e conceito

Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa

Seção III - Separação de corpos consensual

Seção IV - A medida cautelar de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal e a separação de corpos

Seção V - A separação de corpos antes de decorrido o prazo de dois anos para a separação judicial consensual

Seção VI - Cumulação de pedidos

Seção VII - Ação de separação de corpos após separação de fato

#### **Capítulo II - Alimentos**

Seção I - Previsão legal

Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa

Seção III - A duração da liminar que concede os alimentos cautelares ou satisfativos

f. 166.

Seção IV - Competência

1. Do pedido cautelar
2. Do pedido satisfativo

Seção V - Aspectos procedimentais

1. Petição inicial
  - 1.1. Do pedido cautelar
  - 1.2. Do pedido satisfativo
2. O prazo do art. 806
3. Recursos

Seção VI - A coisa julgada

Seção VII - Revisão de alimentos

**Capítulo III - Busca e apreensão de menor**

Seção I - Previsão legal e conceito

Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa

Seção III - Competência

Seção IV - Aspectos procedimentais

**Capítulo IV - Posse em nome do nascituro**

Seção I - Previsão legal e conceito

Seção II - Natureza satisfativa

Seção III - Peculiaridades do procedimento

1. O rito
2. Legitimação ativa e passiva  
f. 167.

3. A presunção de gravidez
4. A certidão de óbito
5. A necessidade de intervenção do  
Ministério Público

Seção IV - A eficácia da sentença

Seção V - A existência da coisa julgada  
material

Seção VI - Curatela em nome do nascituro

#### **Capítulo V - Entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos**

Seção I - Previsão legal e conceito

Seção II - Natureza satisfativa

Seção III - Procedimento

#### **Capítulo VI - Afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais**

Seção I - Previsão legal

Seção II - Natureza satisfativa

Seção III - Procedimento

Seção IV - Legitimação ativa

**Capítulo VII - Depósito de menores ou incapazes  
castigados imoderadamente por seus  
pais, tutores ou curadores, ou por  
eles induzidos à prática de atos  
contrários à lei ou à moral**

Seção I - Previsão legal e amplitude da  
medida

Seção II - Natureza cautelar

Seção III - Legitimação ativa

Seção IV - Procedimento

**Capítulo VIII - Posse provisória dos filhos nos  
casos de separação ou anulação  
de casamento**

Seção I - Previsão legal

Seção II - Natureza cautelar ou satisfativa

Seção III - Aspectos procedimentais

**Capítulo IX - A guarda e a educação dos filhos,  
regulado o direito de visita**

Seção I - Previsão legal

Seção II - Natureza

1. Quanto à guarda
2. Quanto à educação

3. Quanto à regulamentação de vi-  
sitas

Seção III - Legitimação ativa

Seção IV - Procedimento

Seção V - A intervenção do Ministério Pú-  
blico

**Capítulo X - Medidas cautelares na união estável**

Seção I - Previsão legal

Seção II - Na relação de filiação

Seção III - Na relação entre concubinos

Seção IV - Competência

**Capítulo XI - Outras medidas cautelares**