

**JEFFERSON ANDRÉ DE SÁ**

**O INSTITUTO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA**

**Monografia apresentada como  
requisito à obtenção do grau de  
Especialista em Direito  
Processual Civil, Curso de Pós-  
Graduação em Direito  
Processual Civil, Instituto de  
Ciências Jurídicas/Universidade  
Federal do Paraná**

**JOINVILLE  
2001**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>01</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>02</b>
<b>2. O INSTITUTO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA .....</b>	<b>03</b>
2.1. BREVE HISTÓRICO DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO CAUTELAR .....	03
2.2. O PROCESSO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	04
2.3. JURISDIÇÃO.....	05
2.4. AÇÃO .....	05
2.5. PROCESSO .....	06
2.6. PROCEDIMENTO .....	07
2.7. IDÉIA CONCEITUAL .....	08
2.8. NATUREZA JURÍDICA .....	09
2.9. CARACTERÍSTICAS, FUNDAMENTOS E OBJETIVOS .....	10
<b>3. ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES CAUTELARES .....</b>	<b>13</b>
3.1. CONDIÇÕES DA AÇÃO .....	14
3.1.1. Possibilidade jurídica do pedido .....	15
3.1.2. Interesse de agir .....	16
3.1.3. Legitimidade de parte .....	16
3.2. CAUSA PETENDI E PETITUM CAUTELAR .....	17
3.3. LIDE CAUTELAR .....	17
<b>4. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA .....</b>	<b>20</b>
4.1. REQUISITOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA .....	20
4.2. CARACTERÍSTICAS .....	21
4.3. HIPÓTESES .....	21
4.4. FINALIDADES .....	22
4.5. PROCEDIMENTALIZAÇÃO .....	22
4.5.1. Petição inicial .....	23
4.5.2. Concessão da medida .....	23
4.5.3. Citação defesa e julgamento .....	24
4.5.4. Prazo para propositura da ação .....	25
4.5.5. Eficácia da medida .....	26
4.6. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ .....	27
4.7. DISTINÇÃO E SIMILITUDES ENTRE TUTELAR CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA .....	31
4.8. LIMINARES .....	34

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>36</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>38</b>

## RESUMO

Apresenta o instituto da ação cautelar inominada e a teoria geral do processo cautelar. Demonstra de forma sucinta as três principais teorias a respeito do tema. Faz distinção entre o direito substancial objeto dos processos cognitivo e executivo, e o direito substancial à tutela cautelar, objeto do processo cautelar. Traça crítica sobre as chamadas ações cautelares satisfativas e demonstra a existência da lide cautelar. Faz distinção entre ação cautelar e tutela antecipatória, apresentando suas características, finalidades, diferenças e similitudes. Traça comentários sobre as liminares concedidas no processo cautelar, no processo comum e em vários procedimentos especiais, tanto do Código de Processo Civil quanto da legislação esparsa.

## 1 INTRODUÇÃO

Embora o instituto da ação cautelar inominada já tenha sido tratado por nós em artigo doutrinário, verificamos a necessidade de aprofundarmos no tema e reformular algumas idéias que, ao longo da pesquisa, foram amadurecendo e nos mostrando novas concepções a respeito do instituto.

A ação cautelar inominada vem sendo objeto de estudos por vários doutrinadores e ainda apresenta uma problemática em relação à satisfatividade ou não do direito substancial em algumas ações cautelares inominadas, dado ao seu caráter provisório.

Discute-se, ainda, a existência de uma lide cautelar, a contagem do prazo para a propositura da ação principal e para a execução da medida, a autonomia do processo cautelar, a expressão "liminar", o poder geral de cautela do juiz e as distorções do texto legal referente ao instituto.

Sobre estes aspectos abordaremos o tema, visando traçar um entendimento próprio, baseado na legislação, jurisprudência e doutrina.

Serão formuladas hipóteses, análises de casos concretos e abordagem a outros institutos, tais como a teoria geral do processo cautelar, o poder geral de cautela do juiz, a lide cautelar, a tutela cautelar, a tutela antecipatória e outros institutos relacionados ao tema e que serão necessários para obter-se uma visão sistemática do instituto ação cautelar inominada e, ao final, verificar a efetividade do resultado da pesquisa.

## 2 O INSTITUTO DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO CAUTELAR

As primeiras doutrinas a respeito do processo cautelar surgiram na Alemanha, e buscavam uma estruturação e sistematização da concepção processual cautelar.

Na Itália, surgiram os maiores doutrinadores que elaboraram as teorias a respeito do tema, apresentaram suas divergências e pontos comuns, o que resultou numa conceituação do instituto e na descoberta da autonomia do processo cautelar, passando este a estar ao lado do processo de cognição e de execução.

As principais teorias a respeito do processo cautelar são de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

Em síntese, para Chiovenda "a medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico". (Humberto Theodoro Júnior, 1976, p.50). Tais medidas são vistas como ação (ação asseguradora).

Segundo Calamandrei as medidas cautelares têm "a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática da providência definitiva (...)". (op. cit.:51)

Na visão de Carnelutti, a tutela cautelar não serve para antecipar o direito da parte, mas sim para tornar útil e eficaz o processo. O processo cautelar é visto como um *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo cognitivo e executivo. (apud. Theodoro Júnior, 1976, p. 52)

Tais concepções a respeito do processo cautelar foram perdendo-se ao longo do tempo, devido às alterações sistemáticas do instituto, bem como o surgimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua autonomia.

Assim, da mesma forma que os romanos não vislumbravam a autonomia do processo cautelar, alguns doutrinadores atuais também afirmam que o processo cautelar não é autônomo.

## 2.2 O PROCESSO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em nosso ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil (CPC) disciplina três tipos de processos - o de conhecimento, o de execução e o cautelar; duas jurisdições - a voluntária e a contenciosa; dois procedimentos - o comum e o especial (artigo 270 do CPC).

O procedimento comum, que é de rito ordinário ou sumário, é regra geral aplicável em todas as causas, salvo quando houver disposição em contrário no CPC ou em lei especial (artigos 271 e 272 do CPC).

O processo de conhecimento serve às ações que têm por objeto "verificar a efetiva situação jurídica das partes" (Theodoro Júnior, 1976, p.28). No processo de execução, busca-se fazer valer o direito já reconhecido no título executivo, seja este judicial ou extrajudicial. São processos cuja modalidade de tutela jurisdicional é de caráter satisfativo e definitivo.

Já no processo cautelar, não há esse caráter definitivo, pois trata-se de processo apenas acautelatório, que visa a proteção do direito público, do processo e das partes, e não a discussão do direito material que será discutido na ação de conhecimento ou de execução.

Há porém, uma satisfatividade no processo cautelar que não se confunde com a do processo de cognição ou de execução - é a satisfatividade da própria medida cautelar requerida.

Para melhor entender o processo cautelar, é necessária uma visão dos aspectos gerais da jurisdição, ação, processo e procedimento.

## 2.3 JURISDIÇÃO

O Estado, dotado do poder de pacificar conflitos de interesses, substitui as partes em litígio para prestar-lhes a jurisdição. Esta função é exercida mediante a atuação do juiz, quando os interessados provocam o Estado através do ajuizamento de uma ação.

Na mesma linha de raciocínio, comentam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco (1993, p.114 -115):

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação.

A A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e a sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

Assim, pode-se dizer que a jurisdição é um poder, uma função e uma atividade do Estado, desenvolvida por seu agente, o juiz, que manifesta a respeito do direito objetivo que lhe é levado pelas partes, em conflito de interesses, para que possa pacificá-lo, dando-lhes assim, a prestação jurisdicional.

## 2.4 AÇÃO

Para que o Estado possa exercer a jurisdição, é necessário que seja provocado pela parte através de um direito que lhe assiste. Tal direito é exercido através da ação (direito de ação).

Assim, entende-se que o direito de ação consiste em provocar o Estado através da ação que será revestida pelo processo, pouco importando a existência de

um direito substancial, pois o direito de ação é um direito subjetivo, autônomo e abstrato.

Subjetivo porque basta o interesse da parte em exercê-lo. Autônomo porque independe da existência de um direito material para ser exercido. E abstrato porque, uma vez ajuizada a ação, independe do resultado da decisão, pois o que se busca é a prestação jurisdicional por parte do Estado, sejam os pedidos formulados deferidos ou não.

Filiam-se à mesma corrente doutrinária, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco (op. cit.: 211):

o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável.

Degenkolb foi um dos precursores desta teoria na Alemanha em 1887, seguido por Alfredo Rocco na Itália e adotada no Brasil pela maioria dos doutrinadores.

## 2.5 PROCESSO

Para que o interessado possa exercer seu direito de ação e obter uma prestação jurisdicional, necessitará provocar o Estado através do ajuizamento da ação, vez que a jurisdição é inerte. Assim, para que haja a prestação jurisdicional, o interessado deverá fazer uso do processo que é o método, o modo pelo qual se desenvolverá a ação.

Toda a atividade destinada a obedecer esse método (o processo) é o que chama-se de procedimento. Assim, para seguir o processo de cognição e de execução, utiliza-se o procedimento comum; para o processo cautelar utiliza-se os procedimentos cautelares e, subsidiariamente, o procedimento comum.

O processo cautelar é mais célere que o cognitivo e o executivo, em razão de sua característica acautelária.

## 2.6 PROCEDIMENTO

O procedimento cautelar pode ser instaurado antes (como preparatório) ou no curso (como incidental) do processo de cognição ou de execução.

O Código de Processo Civil diz que o procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal (art. 796 do CPC); contudo, entendemos que não há dependência, mas sim uma referibilidade, pois tanto o procedimento cautelar quanto o comum (ordinário ou sumário) e os especiais são autônomos.

Na verdade, não há que se falar em processo principal, para distinguir o cautelar do cognitivo e do executivo, pois todos são principais e autônomos. Tanto é que um não depende do outro para ser instaurado e desenvolver-se, muito menos para se obter a decisão; portanto, são autônomos.

Comenta Theodoro Júnior (1976, p. 69):

De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais.

Pode-se, assim, entrever no processo cautelar frente ao processo definitivo, a mesma autonomia que se divisa no confronto entre um processo de execução de sentença e o prévio processo de cognição.

A autonomia do processo cautelar pode ser notada na própria redação do artigo 810 do CPC:

O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento

cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

## 2.7 IDÉIA CONCEITUAL

O processo cautelar é formado através da relação jurídica processual entre as partes. Apresenta um procedimento distinto do comum, que pode ser instaurado premonitivamente ou incidentalmente (art. 796 do CPC), em que o autor busca a proteção jurisdicional através de medidas acautelatórias, visando, ainda, a preservação de seu interesse em relação a um direito material que entenda ter e que será discutido oportunamente, sob os fundamentos de que se não acautelado de imediato esse interesse, o direito a ser discutido poderá não ter eficácia alguma.

Vicente Greco Filho (1995, p.152) conceitua o processo cautelar da seguinte forma:

O processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares

A relação jurídica processual instaura-se com iniciativa da parte autora quando do ajuizamento da ação, completando-se com a citação válida do réu, formando-se, assim, a trilogia - autor, juiz e réu. Porém, há doutrinadores que tratam o processo cautelar como uma providência.

Nesta linha de pensamento está Levenhagem (1990, p.15):

Finalmente, o processo cautelar é a providência judicial posta à disposição das partes no sentido de salvaguardar preventivamente interesses conflitantes ou ameaçados, podendo, por isso mesmo, ser pedida como preparatória ou como incidente.

Contudo, prefere-se a expressão relação jurídica, vez que providência, na acepção do vernáculo, seriam disposições ou medidas prévias para remediar uma necessidade. Assim, acredita-se que esta providência, seria o procedimento para se buscar o objeto da ação cautelar, mas não o processo, pois este é método; já o

procedimento é modo ou forma de proceder-se dentro do processo ou de seguir-se o método.

## 2.8 NATUREZA JURÍDICA

O processo cautelar tem como natureza jurídica a acautelatoriedade, a provisoriedade e a subsidiariedade, razão pela qual não há ação cautelar de caráter satisfativo, sob pena de desnaturar o instituto.

Tem ainda como escopo uma proteção pública do processo e das partes, e não simplesmente a proteção de um interesse sobre um direito substancial objeto da lide, até porque não se sabe ainda se existe ou não tal direito, pois este será discutido na ação cognitiva ou executiva em momento oportuno.

Entende-se por proteção a prevenção de um interesse sobre um direito que se dá através do processo cautelar. Neste sentido, comenta o professor Theodoro Júnior (1976, p.70):

O poder instrumental manipulado pela parte na ação cautelar não assenta na pretensão material, que é objeto do processo chamado principal, mas na necessidade de garantir a estabilidade ou preservação de uma situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a prestação jurisdicional.

Na mesma perspectiva, valendo-se dos doutos ensinamentos de Alfredo Buzaid (*Exposição de Motivos*, 1972, no 11), Theodoro Júnior explica:

Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição, e como um *tertium genus*, contendo "a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução" e tendo por elemento específico "a prevenção" (apud. Theodoro Júnior, p.41, grifos no original).

Verifica-se que, através do processo cautelar, busca-se a proteção jurisdicional e não material propriamente dita. Tanto é que, ao falar-se em ação cautelar satisfativa do direito material alheio ao processo cautelar, está-se falando na

verdade de ação simplesmente de caráter cognitivo mas nunca em cautelar, em virtude de suas características peculiares.

A expressão "cautelar satisfativa", a nosso ver, é imprópria, e as ações com esta característica estão dispostas erroneamente no livro III do CPC, pois o que se satisfaz de imediato, não há necessidade de acautelar-se, portanto, não há que se falar em cautelar satisfativa, mas sim em ação que deveria obedecer ao processo de cognição ou de execução, quando for o caso.

Obtendo-se a satisfatividade do direito material em sede de processo cautelar, estaria ocorrendo de imediato a tutela deste direito e não a proteção jurisdicional, antecipando-se assim, a tutela, o que não se pode admitir em processo cautelar, embora algumas ações tratadas erroneamente como cautelares apresentem esta satisfatividade.

A antecipação de tutela que não se admite em processo cautelar é a referente à lide do processo cognitivo ou executivo, pois poderá ocorrer antecipação de tutela em processo cautelar quando esta referir-se à própria medida cautelar requerida, como o que ocorre na concessão liminar da medida, o que não se confunde com a tutela antecipatória concedida no processo de cognição ou execução.

Quanto à satisfatividade, somente se admite a que se refere à própria medida cautelar, pois esta é inerente ao processo cautelar e como tal pode ser satisfeita em seu bojo.

## 2.9 CARACTERÍSTICAS, FUNDAMENTOS E OBJETIVOS

No processo cautelar, a relação processual (autor, juiz e réu) pode ocorrer posteriormente à concessão da medida, sem contudo violar os princípios do contraditório, da isonomia processual e da ampla defesa.

Isto se dá em virtude das características peculiares do processo cautelar, tais como o perigo da demora, a ameaça de um direito, a irreparabilidade do dano ou sua dificuldade de ser reparado, a possibilidade de ineficácia da decisão, caso

haja a citação de imediato (artigos 797, 798 e 804 do CPC) e a provisoriedade da decisão (art. 807 e 808 do CPC).

Reis Friede, em Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar (1997b, p..262), manifesta-se a respeito da provisoriedade da tutela cautelar:

O Interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequado para, in concreto, cumprir a missão que toca à tutela cautelar. (grifos no original)

O processo cautelar tem ainda como característica específica, a celeridade e simplicidade do rito procedimental; a possibilidade do requerido cobrar reparação pelos prejuízos causados com a execução da medida, nos casos do artigo 811 do CPC e a liquidação do quantum devido, nos próprios autos do processo cautelar.

Outras características do processo cautelar é a cognição mais célere e simplificada, e a impossibilidade de execução provisória da sentença, admitindo-se somente a execução definitiva.

A cognição no processo cautelar refere-se à pretensão cautelar, não ao direito material que será discutido oportunamente. Quanto à execução da sentença, a nosso ver, só poderá ser definitiva, vez que o recurso de apelação que ataca a sentença proferida no processo cautelar, não tem efeito suspensivo; portanto, via de regra, a execução só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão.

Negrão (1997, p. 581) faz referência à execução da sentença proferida no processo cautelar:

Refere-se à sentença transitada em julgado, porque não fala em execução provisória. Neste sentido JTA 34/58, acórdão em grau de embargos, com dois votos vencidos, que contavam o prazo da sentença, embora pendente de recurso.

O instituto do processo cautelar apresenta ainda como característica extrínseca algumas contradições doutrinárias, por causa da falta de critérios legislativos, quando da elaboração do Livro III do CPC, o que fez surgir grandes debates em torno desse instituto.

As ações no processo cautelar têm como fundamentos o periculum in mora (perigo da demora) e o fumus boni iuris (fumo do bom direito ou fumaça do bom direito).

Assim, basta existir um receio em não se alcançar a tutela pretendida no processo de conhecimento ou de execução, aliado à verificação da probabilidade da existência do direito, mesmo que de forma prematura, para o autor fazer uso do processo cautelar.

Neste sentido, Vicente Greco Filho (1995, p.153-154) conceitua os referidos fundamentos:

O periculum in mora (perigo da demora) é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.

O fumus boni iuris (fumo do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético.

Tem ainda o processo cautelar, como objetivo primordial, resguardar a ordem e os interesses geral e público, o próprio processo, o direito das partes, a prevenção de danos irreparáveis ou de difícil reparação e a efetividade da prestação jurisdicional definitiva, quando do processo principal.

### 3 ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES CAUTELARES

Na ação cautelar, o direito material, direito este que a parte entenda ter sobre o objeto da ação, é o direito à medida cautelar. Assim, o interessado tem o direito subjetivo, autônomo e abstrato de invocar o Estado Juiz para que lhe preste a jurisdição, visando a concessão da medida cautelar requerida, pois subjetivamente, entende o requerente ser titular desse direito substancial à cautela.

Em ação cautelar não se fala no direito material, objeto da pretensão deduzida em sede de processo de cognição ou de execução. O que se fala é em direito à cautela, à proteção processual.

É por isso que não há a satisfatividade do direito material da ação dita principal, em sede de ação cautelar, pois seu objetivo é acautelar um interesse da parte em discutir aquele direito em uma ação própria. Assim, o que se discute no processo cautelar é o direito à cautela.

Nestes termos, Luiz Guilherme Marinoni, citado por Reis Friede, em *Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória* (1997<sup>a</sup>, p. 13) comenta:

É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o perfil cautelar

No mesmo sentido, esclarece Reis Friede (op. cit.: 66):

Por efeito, não pode em tese existir e, de fato, inexistente no Direito Brasileiro, - de forma objetiva e, acima de tudo, finalística - o que convencionou-se chamar de cautelar satisfativa ou, numa alusão ainda menos técnica, de medida liminar satisfativa, na exata medida em que os próprios parâmetros de referibilidade da tutela cautelar e da tutela de conhecimento (procedida ou não de maneira antecipada) são absolutamente diversos, orbitando o primeiro na exclusiva esfera processual, em contraposição crítica ao segundo, que possui foco no âmbito específico do direito material. (grifos no original)

Luiz Guilherme Marinoni (1997, p.88) afirma:

A provisoriedade não é nota exclusiva da tutela cautelar - onde, na verdade, existe temporariedade - , ocorrendo também na tutela satisfativa sumária. Não basta, portanto, que a tutela tenha sido concedida com base em cognição sumária. É imprescindível que a tutela não satisfaça o direito material para que possa adquirir o perfil cautelar.

A tutela cautelar não pode antecipar a tutela de conhecimento. De fato, como já disse Armelin, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter.

Nota-se que o requerente, ao pleitear a medida cautelar, está invocando o Estado para que lhe preste a jurisdição e, com relação a este pronunciamento, o requerente tem um direito de ação.

Uma vez procedente o pedido e executada a medida, há uma satisfatividade dentro do próprio processo cautelar que não se confunde com a satisfatividade do direito material a ser discutido no processo de cognição ou de execução .

### 3.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Embora a ação seja um direito subjetivo, autônomo e abstrato, está mesmo assim vinculada a certas condições, que uma vez não presentes quando do exercício do direito de ação, acarretará uma interrupção na formação da relação processual e, conseqüentemente, o titular desse direito não verá seus pedidos deferidos ou indeferidos.

Faltando, portanto, qualquer uma das condições da ação, dizemos que o titular desse direito é carecedor da ação, resultando assim, em uma prestação jurisdicional não de análise do mérito, mas tão-somente dos requisitos necessários à formação e/ou continuação da relação processual, e por conseqüência, da própria ação.

Muitos doutrinadores entendem que a falta de condição da ação resulta em carência da ação; outros afirmam que nesse caso inexistente o direito de ação; e ainda, outra corrente diz que falta ao autor o direito ao exercício da ação.

Ocorre que, interrompida a formação ou a relação processual por carência de ação, o autor mesmo assim exercitou seu direito. O que não se obteve foi uma prestação jurisdicional que se esperava, mas houve uma manifestação por parte do Estado Juiz. Nota-se, portanto, que existiu o direito de ação, pois este fora exercido.

Para que não haja carência de ação, deverão estar presentes os requisitos, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade da parte.

### 3.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido resulta na sua exigibilidade em nosso ordenamento jurídico vigente, pois não havendo previsão legal do pedido, o mesmo é impossível. Nestes termos, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco comentam:

Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto. (op. cit.. p.217)

No mesmo sentido, Frederico Marques (1976, p. 345) explica:

Indiscutível, de outro lado, que a ação cautelar está condicionada à possibilidade jurídica do pedido. Providência jurídica não admitida pelo Direito objetivo não pode ser objeto de ação cautelar.

### 3.1.2 Interesse de agir

Verifica-se o interesse de agir na necessidade de se obter a tutela de um direito substancial, através do processo, em virtude de não poder ser satisfeito pelas próprias mãos do seu titular. Deverá ainda, estar presente a utilidade da prestação jurisdicional ao caso concreto.

Comenta Humberto Theodoro Júnior (op. cit., p.35):

Resume-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especialmente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma "necessidade", como adverte ALLORIO. (grifos no original)

### 3.1.3 Legitimidade de parte

Via de regra, somente o titular do direito é que poderá ser parte legítima para figurar no polo ativo da relação processual. Do mesmo modo, somente quem tem legitimidade para contradizer poderá figurar no polo passivo. Moacyr Amaral Santos (1987, p.173) explica:

Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, à legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali legitimação ativa; aqui, legitimação passiva.

### 3.2 CAUSA PETENDI E PETITUM CAUTELAR

Reconhecendo-se a existência de uma causa remota do pedido, que é o fato em si mesmo e, uma causa próxima do pedido, que é a repercussão deste no mundo jurídico, identificamos a causa petendi que autoriza o autor formular seu pedido cautelar.

O pedido, por sua vez, que é o próprio requerimento de concessão da medida cautelar, apresenta-se como petitum cautelar e pode ser requerido tanto no procedimento cautelar preparatório quanto incidental, pois o pedido de cautela é o mesmo, variando-se somente quanto à medida. Assim, como ensina o Professor Theodoro Júnior (1997, p.63), o pedido "É o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu".

### 3.3 LIDE CAUTELAR

Verificando-se a existência da ação cautelar, do processo cautelar e do procedimento cautelar, aliado à resistência da pretensão formulada, é correto afirmar que existe também uma lide cautelar, pois o próprio direito à cautela será o objeto da controvérsia que surge entre o requerente da medida e o requerido.

Entretanto, deve-se observar que em algumas ações tais como o protesto e a interpelação, tratadas como cautelares, via de regra não há defesa, e conseqüentemente não há litígio, conflito de interesses.

Ocorre que estas ações, embora estejam dispostas no Livro III do CPC como cautelares específicas, na verdade deveriam ser tratadas como simples procedimentos, vez que não envolve litígio, ou seja, via de regra não se discute a pretensão formulada em juízo. Trata-se tão-somente de um requerimento judicial onde não se admite defesa.

Ocorre que o legislador não foi feliz na redação da Seção X, do Capítulo II, do Livro III do CPC, que trata dessas ações específicas. O legislador, ao não

permitir a defesa nessas ações, não poderia ter previsto hipóteses de ocorrência de citação no inciso II, do artigo 870 do CPC, pois havendo citação, pressupõe a possibilidade de haver defesa. Neste sentido, dispõe o artigo 213 do CPC: "Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado, a fim de se defender".

Outra divergência está na redação do artigo 862 do CPC, em que o legislador previu a possibilidade de citação para os casos expressos em lei e, no artigo 865 afirmou categoricamente que "No processo de justificação não se admite defesa nem recurso".

O mesmo critério foi adotado para o protesto e a interpelação: "O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; (...)" (artigo 871 do CPC).

Outra contradição do referido instituto está nos artigos 867 e 870 do CPC, na seguinte ordem:

Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

Verifica-se que a exigência é de intimação ao requerido e não de citação para que venha defender-se.

Já o artigo 870 diz o seguinte:

Far-se-á a intimação por editais: (...) II - se o citando for desconhecido, incerto ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso; (...).

Nota-se, que o caput do artigo supra citado trata-se também da intimação do requerido, já em seu inciso II fala em citando, o que é uma incoerência.

Entende-se porém, a preocupação do legislador em querer abranger o instituto, antevendo hipóteses de necessidade de citação no caso de haver expressa disposição legal. Ocorre que com isso, ao invés de tratar o instituto como verdadeiras ações cautelares, o desnaturou.

As ações que apresentam essas distorções técnicas, não têm a mesma natureza jurídica das ações cautelares, nem as mesmas características, requisitos e finalidades.

Para serem tratadas como ações cautelares, deveria o legislador obedecer aos mesmos critérios adotados para as demais ações cautelares, quais sejam: estarem presentes os fundamentos do periculum in mora e do fumus boni

iuris; a citação e conseqüentemente a defesa, para que assim pudesse haver uma discussão da lide cautelar, e os caracteres não satisfativos (do direito material do processo principal) e não definitivos da medida, aliados ao caráter acautelatório.

Entende-se que as referidas ações são meros requerimentos judiciais que deveriam ser tratados como simples procedimentos. Tal crítica demonstra a diferença entre as ações de caráter acautelatório na acepção da palavra, com as ações inseridas no mesmo instituto, ditas também cautelares, sem contudo, apresentarem essa característica acautelatória.

Excluindo-se tais ações do instituto, podemos verificar a existência de uma lide cautelar objeto das ações cautelares propriamente ditas.

Transpostas estas barreiras, podemos dizer que no processo cautelar em que se discute um direito à cautela com a devida citação do requerido, existe uma lide.

Assim, pode-se ainda afirmar que a lide cautelar é o litígio que envolve o requerente da medida e o requerido, em torno do direito substancial à cautela, deduzida em juízo e resistida pelo requerido. Esta lide é, além de um fato social, um fato jurídico.

## **4. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA**

O Código de Processo Civil (CPC), em seu Livro III, Capítulo II, disciplina todas as ações cautelares específicas, deixando a cargo do Capítulo I as disposições gerais.

No Capítulo I, as ações cautelares são tratadas pela doutrina como ações cautelares inominadas. São espécies do gênero ação cautelar. Têm a mesma função e objetivo dessas e estão previstas de maneira genérica no artigo 799 do CPC.

### **4.1 REQUISITOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA**

Os requisitos específicos das ações cautelares inominadas são os mesmos das ações cautelares típicas, quais sejam: o periculum in mora e o fumus boni iuris. Consistem em um receio de não se alcançar a tutela pretendida no processo de conhecimento ou de execução, em razão do fator tempo, aliado à verificação da possibilidade da existência de um direito, mesmo que de forma prematura.

## 4.2 CARACTERÍSTICAS

Em ação cautelar inominada, o direito material, objeto do processo de cognição ou de execução não é discutido; somente se discute o direito à cautela, à proteção processual, pois este é que é o objeto da lide cautelar. É por isso que em ação cautelar não existe a satisfatividade do direito material do processo dito principal.

## 4.3 HIPÓTESES

Inúmeras são as hipóteses que comportam as ações cautelares inominadas. Dentre as mais conhecidas, Greco Filho (1995, p.156) arrola as seguintes: a) suspensão de deliberações sociais; b) sustação de protesto de títulos; c) medidas contra riscos de dilapidação de fortuna; d) proibição de usar nome comercial; e) exercício provisório de servidão de passagem; f) remoção de administradores;

Ovídio Baptista da Silva (apud. Theodoro Júnior, op. cit., p.107) também apresenta algumas medidas de origem alemã e italiana que se assemelham às nossas: a) proibição de produzir determinado produto, enquanto pende o juízo de tutela ao direito de invenção; b) proibição de usar nome comercial que se confunda com outro; c) admissão de exercício provisório de servidão de passagem sob litígio; d) autorização para o locador prover com meios próprios à cultura de um fundo rústico abandonado pelo locatário, que não o cultiva convenientemente; e) suspensão dos efeitos de uma eleição realizada por uma sociedade corporativa para composição dos órgãos de administração, sob fundamento de irregularidades na convocação da assembléia.

As hipóteses não são limitadas, pois o instituto da ação cautelar inominada dá oportunidades infinitas para que se pleiteiem várias medidas

acautelatórias, em virtude de não haver procedimentos específicos. Obedece portanto, ao procedimento geral cautelar.

#### 4.4 FINALIDADES

A ação cautelar inominada tem o mesmo objetivo que as demais ações cautelares. Tem natureza jurídica acautelatória, portanto, visa a proteção, a cautela, a preservação e prevenção de um interesse sobre um provável direito que será discutido futuramente em processo próprio.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

EMENTA: A medida cautelar visa, tão-somente, resguardar a situação de fato que garanta à parte a satisfação de seu direito a ser discutido na ação principal, nela não podendo ser examinadas e decididas as questões pertinentes ao processo principal. (ac. unân. da 2ª Câm. do TAMG, j. 02/03/84, Ap.Cível no 24.279, Rel. Juiz Edelberto Lellis Santiago; TJTAMG 18/173)

#### 4.5 PROCEDIMENTALIZAÇÃO

O procedimento adotado para as ações cautelares inominadas é o procedimento geral, disciplinado nos artigos 794 a 812 do CPC, e pode ser instaurado antes (como preparatório) ou no curso (como incidental) do processo de cognição ou de execução.

Sendo premonitório, exige-se a indicação e fundamentos da lide objeto da ação de conhecimento ou de execução. Sendo porém incidental, não há essa exigência.

#### 4.5.1 Petição inicial

A petição inicial da ação cautelar inominada obedece aos mesmos requisitos dos artigos 282 e 801 do CPC, inclusive quanto ao requerimento de citação do requerido e atribuição do valor à causa.

Tem como fundamentação o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que se demonstram através da exposição sucinta de um provável direito ameaçado e o receio da lesão.

#### 4.5.2 Concessão da medida

Ajuizada a ação, a medida poderá ser concedida de pronto ou após a justificação prévia, com ou sem a oitiva do réu. Nestes casos, a medida é concedida liminarmente, pois ainda não houve a citação.

A medida também poderá ser concedida após a citação, havendo ou não resposta do réu. Nestas hipóteses, não haverá concessão liminar.

Concedendo-se liminarmente a medida, poderá ocorrer uma antecipação da tutela cautelar quando esta coincidir com os efeitos da decisão final, que não se confunde com a antecipação de tutela do direito material, objeto da lide que será discutida no processo de cognição ou de execução.

Novely Vilanova da Silva Reis em *Breves Anotações sobre as Modificações do CPC*, JF de 1ª Instância, Brasília, 1995, p. 52, citado por Reis Friele (1997a: 73), esclarece:

Se o juiz antecipar a tutela no processo de conhecimento, não mais se justifica a ação cautelar inominada incidental, fundada no poder geral de cautela. Não haveria o interesse de agir de o autor garantir a eficácia daquele processo, tal é a finalidade da ação cautelar. (grifos no original)

A medida poderá ser concedida liminarmente, com, sem e/ou após a justificação prévia quando o juiz verificar que o réu sendo citado poderá torná-la ineficaz (art. 804 do CPC), podendo ainda, o juiz determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória para garantir eventuais danos que o requerido vier a sofrer.

Tal permissibilidade dá-se em razão do poder geral de cautela do juiz. Reis Friede, em Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar (1997b: 262), manifesta-se a respeito da provisoriedade da tutela cautelar e da substituição da medida por caução, que é permitido por esse mesmo poder geral de cautela:

O Interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequado para, in concreto, cumprir a missão que toca à tutela cautelar. (grifos no original)

#### 4.5.3 Citação defesa e julgamento

A citação do requerido será feita no prazo de cinco dias, a contar da juntada do mandado de citação aos autos, devidamente cumprido (artigos 241, 188 e 191 do CPC).

O Artigo 802, II do CPC, prevê a hipótese de contagem do prazo a partir da execução da medida, quando concedida liminarmente ou após a justificação prévia.

A redação do referido inciso apresenta erro técnico, pois, a execução da medida não tem caráter citatório, portanto, não corre prazo para apresentação de defesa. Somente conta-se o prazo quando tenha havido citação, nos termos já mencionados (JTA 61/157 e 98/191).

Ocorrendo, portanto, a citação e a resposta do requerido com indicação de provas a serem produzidas, o juiz designará audiência de instrução e proferirá

decisão. Nessa fase, diante de uma lide cautelar em discussão, segue-se uma verdadeira cognição sumária em busca da verdade formal. Não havendo resposta, julgará dentro de cinco dias, presumindo-se como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente (art. 803 do CPC).

#### 4.5.4 Prazo para propositura da ação

Obtida a medida cautelar em procedimento preparatório, o requerente terá o prazo de trinta dias para ajuizar a ação correspondente à lide indicada no processo cautelar. Esse prazo é decadencial. Nestes termos, os Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, têm decidido:

EMENTA: O prazo do art. 806 é de decadência; não se interrompe, nem se suspende. Inicia-se na forma determinada pelo art. 184. (RT 621/102, maioria, JTA 93/109)

Barbosa Moreira (1997, p. 311) comenta a respeito desse prazo:

Decretada que seja a medida antes de instaurar-se o processo principal, e caso o indefinido prolongamento da eficácia se mostre capaz de prejudicar o requerido, estabelece a lei um limite de duração para a hipótese de não ser proposta a ação principal; em outras palavras, cria para o requerente o ônus de propô-la dentro de certo prazo (trinta dias, contados da efetivação da providência: art. 806), sob pena de cessar a respectiva eficácia.

Entretanto, pode-se entender que o prazo de trinta dias só se inicia a partir do momento que o requerido é cientificado da efetivação da medida, ou a partir da prestação de caução quando for o caso, sempre observando o disposto nos artigos 241, 188 e 191 do CPC, quanto à contagem do prazo.

Neste sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Em se tratando de medida liminar concedida em ação cautelar preparatória para que o promovido se abstenha da prática de determinados atos, a sua efetivação, para fins de contagem do prazo de

que cuida o art. 806 do CPC, se dá quando o réu toma ciência da sua prolação (STJ-RT 724/197, dois votos vencidos). No mesmo sentido: STJ-4a Turma, REsp. 72.646-RS, Rel. Min. Ruy Rosado, j. 07/11/95, não conheceram, v.u., DJU 18/12/95, p.44.587, 1a col., em RSTJ 73/204, maioria, RTFR 150, Bol. AASP 1.435/137.

Theotonio Negrão (1997: 579) comenta:

Se a medida liminar foi concedida com a condição de ser prestada caução, o prazo para a propositura da ação principal somente começa a correr depois dessa providência (Bol. AASP 1.457/280).

Há porém, julgados e posições doutrinárias que entendem de maneira diversa, contando-se o prazo a partir da concessão da medida, e outros a partir da efetivação, independentemente de cientificação do requerido (RT 473/113, 496/111, 503/141, 506/132; JTA 35/162, 35/215, 37/210, 41/97).

O que se deve observar é se a medida depende ou não de ser executada para obter-se a efetivação. Ou, se pela própria concessão da medida o requerente já está autorizado a cumpri-la independentemente de cientificar a parte contrária; neste caso sim, entendemos que o prazo se inicia a partir do momento que a medida passou a ser efetiva.

#### 4.5.5 Eficácia da medida

A medida cautelar conserva sua eficácia no prazo em que a parte tem para propor a ação competente e, quando já em andamento o processo de cognição ou de execução, durante a pendência ou suspensão deste.

Como a medida cautelar não é definitiva, pode a qualquer tempo ser revogada, modificada ou substituída, cessando assim, a eficácia da decisão nos casos em que o requerente não executa a medida no prazo de trinta dias, ou quando o juiz declara extinto o processo da ação cognitiva ou executiva. E, ainda, quando o requerente não obedece ao prazo do artigo 806 do CPC para ajuizar a ação competente.

Cessada a eficácia da decisão que concedeu a medida, poderá a parte repetir o pedido se houver novos fundamentos; caso contrário lhe é defeso.

Não obtendo a medida, nada impedirá que o requerente ajuíze a ação objeto da lide, nem influenciará no julgamento desta, exceto quando no processo cautelar o juiz acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (direito material objeto da lide).

Instaurado o procedimento cautelar, o requerente submete-se ao ônus de reparar os danos que o requerido vier a sofrer caso a sentença no processo cognitivo ou executivo não lhe for favorável; se não promover a citação no prazo de cinco dias, quando obtida a medida liminarmente; e quando cessar a eficácia da medida nos termos já mencionados, ou quando acolhida a alegação de decadência ou prescrição no processo cautelar.

#### 4.6 PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

O poder geral de cautela do juiz confunde-se em alguns aspectos com o poder de administrar o processo, podendo ser exercido independentemente do processo cautelar, e inclusive em outros processos como o cognitivo, o executivo e também nos procedimentos especiais.

Esse poder geral de cautela é o mesmo em todos os processos, pois é inerente ao juiz, tendo como característica preservar o interesse público, o processo, o direito em geral e as partes.

Greco Filho esclarece:

O poder cautelar geral do juiz atua sob duas formas: a) quando a parte, presentes ou pressupostos, requer a instauração, preventiva ou incidental, de processo cautelar, pleiteando medida não prevista no rol legal e, portanto, chamada de inominada; b) nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte. (op. Cit., p.156)

Verifica-se que o poder geral de cautela não está presente somente nas hipóteses das ações cautelares inominadas, podendo ser exercido em qualquer processo, bastando ser necessário.

Nestes termos, Frederico Marques afirma:

Pode a lei processual, no entanto, ampliar esse poder instrumental, para dele fazer categoria à parte, na esfera da função jurisdicional, e criar, assim, ao lado da jurisdição de conhecimento e da jurisdição executiva, a chamada jurisdição cautelar.

Nesse caso, para o exercício desse tertium genus da jurisdição, é composto um processo próprio, a que se designa também como cautelar (o processo cautelar).

Facultado está ao juiz exercer o poder apenas instrumental, de ofício, no processo executivo, no de conhecimento, ou nos procedimentos especiais, enquanto que a tutela jurisdicional cautelar, por operar dentro de um novo processo, exige a propositura de ação, em virtude da regra contida no art. 2o. (op. cit., p. 374)

Os casos mais comuns nesta hipótese do exercício do poder geral de cautela, são quando o juiz determina alguma providência acautelatória, seja em qualquer tipo de processo. Tais providências podem ser a busca e apreensão de documentos quando determinada sua exibição e a parte não os exhibe; quando os autos do processo são retidos injustificadamente pelo Advogado e, intimado a devolvê-los, não o faz.

O poder geral de cautela é também um poder necessário à administração e condução do processo, pois sem ele o juiz não teria como administrá-lo.

Tratando-se de ação cautelar inominada, o instituto do poder geral de cautela consiste também no poder que o juiz tem em preservar o bom andamento do feito, através da concessão de medidas acautelatórias. Neste caso, o poder geral de cautela está aliado ao poder natural de prestar a jurisdição, inerente ao Estado e exercido através de seu agente, o juiz.

Nestes termos, tem entendido o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

**EMENTA:** O processo cautelar tutela o interesse estatal na manutenção da eficácia do processo, vez que através dele o Estado exerce o monopólio da justiça; conseqüentemente, ao juiz reconhece-se o dever de manejar o poder cautelar, quando ameaçado o resultado do processo.

(ac. unân. da 3a Câm., do TAMG. J. 05/06/84, Ap. Cív. No 22.278, Rel. Juiz Cláudio Costa)

Tais medidas podem ser a prestação de caução para a concessão de liminar, a guarda judicial de pessoas e depósito de bens, a determinação ou vedação da prática de determinados atos, além de outras mais, vez que o rol apresentado no artigo 799 do CPC é meramente exemplificativo.

Vicente Greco Filho justifica:

O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação. (op. cit., p.154-155)

Humberto Theodoro Júnior (1976, p.104) comenta nos mesmos termos:

A enumeração legal é, entretanto, apenas exemplificativa, pois o poder cautelar genérico não restou limitado, pelo legislador, a algumas providências práticas apenas. Corresponde, pois, a qualquer medida, de fato ou de direito, que se faça necessário para afastar o "periculum in mora".

Vê-se que o requerente está autorizado a pleitear medidas acautelatórias, através do ajuizamento de ações cautelares inominadas, sempre que presentes os requisitos do artigo 789 do CPC, e como regra geral desde que não haja a ação cautelar específica, caso em que esta deverá ser observada.

Neste sentido, explica Vicente Greco Filho:

O Poder geral de cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art. 789. (op. cit., p.155)

O requerente não poderá fazer uso das ações inominadas em vez da ação cautelar própria quando esta for cabível, justamente porque existe um procedimento específico para se requerer tal medida.

As ações inominadas só poderão ser exercitadas quando não houver ação cautelar própria, pois para aquelas, o Código disciplinou de maneira genérica para abranger todos casos que haja a necessidade de se requerer medidas de caráter acautelatório, não deixando portanto, de disciplinar uma solução procedimental.

Além das ações cautelares específicas, dispostas no Capítulo II do Livro III do CPC com o respectivo procedimento, há ações cautelares que o código não as especificou.

A falta de especificação se deu em virtude de que, as ações arroladas no Código, são meramente exemplificativas e não taxativas. Assim, o Código deixou ao requerente, a possibilidade de postular em juízo outras medidas de natureza acautelatória.

Estas medidas são as chamadas ações cautelares inominadas e obedecem o mesmo princípio das demais, ou seja, a presença do periculum in mora e do fumus boni iuris.

O artigo 798 do CPC diz o seguinte:

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.

Assim, está o requerente autorizado a pleitear medidas acautelatórias de seu direito, através de ação cautelar inominada, sempre que presentes os requisitos acima apontados e desde que não haja procedimento específico; caso contrário, este deverá ser observado.

O instituto do poder geral de cautela não fica adstrito à concessão das medidas cautelares pleiteadas em ação cautelar inominada, a nosso ver sua presença é mais marcante quando o magistrado age de ofício, ou seja, independentemente de provocação da parte, visando sobre tudo a proteção pública do processo, do Estado, das partes e até de terceiros.

Pode ainda, o juiz, independentemente de requerimento determinar outras providências acautelatórias, seja no processo cautelar, no cognitivo ou executivo, onde estará exercendo o poder geral de cautela propriamente dito.

Neste caso, entende-se que havendo previsão legal, o juiz poderá determinar providências acautelatórias independentemente de requerimento. Isto se dá em razão da liberdade na administração do processo quanto aos atos que não exijam requerimentos, pois, não são inerentes somente às partes mas também ao próprio processo e a ordem pública (art. 125 do CPC).

Essa liberdade, contudo, não poderá dar-se quando não existir um processo, pois ao juiz é vedado iniciar qualquer relação processual. É portanto, um poder exercido incidentalmente. Neste termos, segundo Theodoro Júnior (1976, p.98):

Como jamais pode o juiz iniciar qualquer relação processual de ofício, a excepcional faculdade do exercício da função cautelar ex-officio há de integrar, incidenter tantum, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisórias se tornam necessárias.

Verifica-se que não havendo requerimento, as providências acautelatórias que se dão através do poder geral de cautela, opera-se ex officio.

Tratar-se-á também como providência acautelatória, quando esta for requerida em ação cognitiva ou executiva; neste caso, há requerimento, só que não em processo cautelar, por isso não se fala em medida cautelar, mas sim em providência acautelatória. "Como regra, portanto, as medidas cautelares inominadas devem ser objeto de processo cautelar instaurado ou provocado pela parte, no exercício do direito de ação", conforme afirma Theodoro Júnior (id. ibid., p.101).

#### 4.7 DISTINÇÃO E SIMILITUDES ENTRE TUTELAR CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

Já foi demonstrado que a resolução dos conflitos de interesses levados ao Estado-juiz se dá através da prestação jurisdicional, onde o Estado exerce a função e o dever de tutelar direitos ameaçados.

Existem várias modalidades de tutela e algumas apresentam um estreita semelhança entre si, tais como a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Entretanto, esta tutela antecipatória não se confunde com a tutela antecipatória do processo cautelar, quando se obtém a medida liminarmente.

Portanto, é necessário diferenciar a tutela cautelar concedida liminarmente, de tutela antecipatória do processo cognitivo ou executivo. Aquela é a proteção do direito à cautela, ou seja, à medida cautelar que se requer, já a tutela antecipatória é a proteção imediata do direito material, sem que haja a necessidade de aguardar o desenvolvimento do processo para ao final, obter-se a prestação jurisdicional.

A tutela no processo cautelar tem como característica evitar o perecimento de um provável direito material que será objeto da lide em futuro processo de cognição ou de execução.

A tutela antecipatória no processo cognitivo ou executivo, a proteção é do próprio direito material, cujos efeitos podem ser concedidos antecipadamente no todo ou em parte, ou seja, antes do julgamento final.

O que se busca na tutela cautelar é defender um interesse sobre um direito para que não se perca ou não se torne ineficaz ao tempo de sua discussão em processo próprio.

Já a tutela antecipatória busca os efeitos que viriam com o reconhecimento e a proteção de um direito invocado em juízo, antes mesmo que este seja julgado definitivamente. Assim, o requerente tem de imediato os efeitos do provimento final.

No processo cautelar, o requerimento da tutela dá-se em processo cautelar próprio e autônomo; já na tutela antecipatória dá-se nos próprios autos do processo de cognição ou execução.

Para a concessão da tutela cautelar é necessária a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Já na antecipação de tutela não há essa necessidade.

O que se exige na antecipação de tutela é que o requerente prove de maneira inequívoca suas alegações e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou quando ficar caracterizado o abuso de defesa ou o propósito protelatório por parte do réu (art. 273, I e II do CPC).

Ocorre que, tanto a tutela cautelar concedida liminarmente, quanto a tutela antecipatória podem ser revogadas a qualquer tempo, e sua concessão ou denegação, nada interfere no julgamento final (artigos 810 e 273 § 5º do CPC), pois tais tutelas têm o caráter provisório, tanto é que, na antecipação de tutela, a execução só poderá ser provisória (art. 273, § 3º c/c 588 , I e II do CPC) e na tutela cautelar não poderá haver satisfatividade do direito substancial objeto da lide do processo de conhecimento ou de execução.

Comenta Reis Friede em Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória (1997, p. 66):

Por efeito, não pode em tese existir e, de fato, inexistente no Direito Brasileiro, - de forma objetiva e, acima de tudo, finalística - o que convencionou-se chamar de cautelar satisfativa ou, numa alusão ainda menos técnica, de medida liminar satisfativa, na exata medida em que os próprios parâmetros de referendabilidade da tutela cautelar e da tutela de conhecimento (procedida ou não de maneira antecipada) são absolutamente diversos, orbitando o primeiro na exclusiva esfera processual, em contraposição crítica ao segundo, que possui foco no âmbito específico do direito material.

Da decisão que denega ou concede a tutela cautelar liminarmente ou a tutela antecipatória, cabe agravo de instrumento, pois em ambos os casos o processo continua, ou seja, não há sentença.

Há entendimentos de que, ocorrendo o indeferimento liminar da medida cautelar, o recurso cabível é a apelação. Neste sentido:

Da decisão que indefere liminarmente medida cautelar cabe apelação, porque põe termo ao processo (RT 504/86 e RJTJESP 48/106, maioria; RJTJESP 108/344). Mas é agravável de instrumento a decisão que, em processo cautelar, denega (JTA 33/114) ou concede (RJTJESP 92/354, JTA 73/324, RP 3/330, em 55) medida liminar provisória, porque o processo continua.

Entende-se que a posição supra citada refere-se ao indeferimento de pronto da inicial da ação cautelar, já que medida cautelar é vista também pela doutrina, tanto como a própria ação cautelar, quanto como a providência requerida.

Outro não poderia ser o entendimento, pois o processo só se encerra em seu nascedouro quando indeferida de pronto a inicial, caso contrário o fato de haver

indeferimento liminar da medida não implica no indeferimento desta após a fase cognitiva do processo cautelar, pois o requerente pode formular pedidos alternativos, um de concessão da medida de forma liminar e outro de concessão após a oitiva do requerido, inclusive com prolação de sentença, decidindo-se o objeto da cautelar, caso não haja o deferimento do primeiro pedido, sem com isso haver extinção do processo.

Ocorrendo porém, sentença, por motivos imediatos que impeçam a formação da relação processual, seja por falta de pressupostos, seja por indeferimento da inicial (art. 284, § único do CPC) ou outros motivos desta natureza, cabível é o recurso apelatório, pois neste caso sim, o processo finaliza-se ou nem mesmo se completa uma relação processual.

#### 4.8 LIMINARES

A necessidade de uma provisão jurisdicional de imediato, seja no processo cautelar, seja no de cognição ou nos de procedimentos especiais, dá-se através das liminares. Assim, a liminar consiste no deferimento imediato do pedido formulado em juízo, antes da citação do requerido.

No processo cautelar, a liminar é cabível quando se verifica que o réu sendo citado poderá tomar a medida ineficaz.

Sendo a concessão da liminar livre arbítrio do juiz, este poderá determinar a prestação de caução real ou fidejussória por parte do requerente, destinada a garantir o ressarcimento de danos que por ventura o requerido vier a sofrer (art. 804 do CPC).

No processo comum, a concessão de liminares é mais restrita e correm normalmente nos casos de providências acautelatórias, independente da existência de processo cautelar.

Nos processos de procedimentos especiais os casos mais comuns de concessão de liminar são em ação de despejo (art. 59, §1º da Lei nº 8.245/91), em ação popular (art. 5º § 4º da Lei nº 4.717/65), em mandado de segurança (art. 7º, II

da Lei nº 1.533/51; artigos 1º, "b", 2º e 4º da Lei nº 4.348/64; RISTF 203 e 204; RISTJ 213, §1º), em representação de inconstitucionalidade (art. 102, I da CF), na manutenção e na reintegração de posse (artigos 925, 928 e 929 do CPC), na nunciação de obra nova (art. 937 do CPC), nas vendas a crédito com reserva de domínio (art. 1.071 do CPC), nas ações de proteção ao consumidor (art. 84, § 3º da Lei nº 8.078/90), no interdito proibitório (art. 933 c/c 928 a 929 do CPC), no STF (art. 102, I "p" da CF), no STJ (artigos 288, § 2º; 34, V e VI; 54 "b"; 83, § 1º; 213, § 1º do RISTJ), nos embargos de terceiro (art. 1051 do CPC), e na liberação de mercadoria importada (art. 1º da Lei nº 2.770/56).

É extensa a possibilidade de concessão de liminar em procedimentos especiais dado o constante surgimento de novas leis que adotam este procedimento, além dos procedimentos especiais específicos do CPC.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo trabalho, pode-se verificar que o instituto da ação cautelar inominada é necessário para abranger inúmeras hipóteses que o legislador não poderia prever e que necessitariam de um provimento cautelar, sob pena de ver ameaçados direitos e interesses públicos e privados e até mesmo o zelo pelo processo e a prestação jurisdicional.

Sobre a satisfatividade no processo cautelar, verifica-se que ocorre em relação ao objeto da ação cautelar e não ao direito material discutido no processo principal, embora muitas medidas cautelares apresentem em si mesmas a satisfatividade do direito material alheio ao processo cautelar, neste caso, a satisfatividade dá-se em razão diversa, não em virtude do próprio processo cautelar, mas sim pela natureza da própria medida ou do próprio direito material.

Demonstra-se também que o prazo para a propositura da ação principal é de trinta dias após a efetivação da medida. Esta efetivação deverá ocorrer também em trinta dias sob pena de cessar a eficácia da decisão.

Efetiva-se a medida com a execução da decisão que a deferiu ou simplesmente com a cientificação do deferimento da medida, dependendo de cada caso concreto, pois algumas medidas quando deferidas já são efetivas de imediato, neste caso, o prazo para o ajuizamento da ação principal inicia-se a partir da cientificação do deferimento da medida.

As condições da ação cautelar inominada, por tratar-se de regra geral, são as mesmas de todas as ações. Os requisitos da inicial são os dos artigos 282 e 801 do CPC. Quanto à procedimentalização, a cognição e a execução são mais céleres dado à natureza do processo cautelar.

Verifica-se ainda que o instituto da ação cautelar inominada bem como de todos os demais institutos que estão no Livro III do Código de Processo Civil, deveriam passar por uma reformulação, para que o referido livro passasse a tratar exclusivamente das ações cautelares, não abrangendo outras espécies anômalas

que desnaturam o processo cautelar, tais como as providências acautelatórias, que atendidas as exigências, são cabíveis em todos os processos, portanto, não são exclusivas do processo cautelar; as ações que por si mesmas satisfazem de imediato o direito material que deveria ser objeto do processo principal, dado sua natureza.

A tendência é que as mudanças ocorram, e seu retardamento pode ser atribuído às correntes doutrinárias e jurisprudenciais conservadoras, ou ainda em virtude de ser um instituto que depois de muito tempo é que passou a ser reconhecido como um *tertium genus* do processo contencioso, ao lado dos processos cognitivo e executivo, daí a dificuldade que alguns operadores do direito têm em tratá-lo com verdadeira autonomia.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Lex, 1951, p.539.

\_\_\_\_\_ Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Lex, 1964, p.500.

\_\_\_\_\_ Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Lex, 1965, p.894.

\_\_\_\_\_ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lex, 1990, p.1.032.

\_\_\_\_\_ Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

\_\_\_\_\_ RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 15 de outubro de 1980, com entrada em vigor a 1.12.80. Lex, 1980, p.583.

\_\_\_\_\_ RISTJ - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1989, com entrada em vigor a 23.7.89. DJU de 7.7.89 e 17.8.89.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada Grinover; RANGEL, Cândido Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FRIEDE, Roy Reis. Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Destaque, 1997a.

\_\_\_\_\_ Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997b.

GOUVEIA, J. Vanderley. Apresentação de Trabalhos Acadêmicos e Científicos. In: Mini-Curso ministrado aos alunos do curso de Especialização em Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. v.3.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Medidas Cautelares e Ações Especiais. 4. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_ Antecipação da Tutela. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1976, v.4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 19. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

NEGRÃO, Theotônio, (org., sel. e notas). Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987, v.1

SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do Advogado. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 2. ed. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito Ltda, 1976.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 1v.

Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - JTA 33/114, 73/324, 93/109.

## REVISTAS

REVISTA DE PROCESSO - 3/330.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - 48/106, 92/354, 108/344.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 73/204.

REVISTA DOS TRIBUNAIS - 504/86, 621/102, 724/197.

REVISTA DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS - 150, Bol. AASP 1.435/137.