

## DAS AÇÕES CAUTELARES

Gabriel Navarro Alonso  
Advogado

O processo cautelar visa resguardar o interesse da parte, previamente, antes da decisão final da contenda na ação principal. Reveste-se este de caráter preventivo e provisório. O processo cautelar tem por escopo antecipar os efeitos da sentença de mérito na ação principal, para afastar o prejuízo que adviria do retardamento na prolação desta.

Para a concessão da tutela cautelar, basta que seja provável a existência do direito a ser pleiteado e debatido na ação principal. Não se exige a certeza de tal direito, que somente será obtida na decisão final do litígio, no processo principal. Na ação cautelar é bastante a existência do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*” para o acolhimento provisório da pretensão da parte.

O “*fumus boni iuris*” (provável existência de um direito), na ação cautelar, consiste em que a parte, provavelmente, pelo exame das provas constantes dos autos, é titular do direito a ser apurado na ação principal. Não há a certeza, mas há a **probabilidade**, ante as provas existentes nos autos da ação cautelar, de que a parte tem o direito à tutela que pretende ver reconhecida em juízo, na ação principal, oportunamente.

Há a censura de alguns processualistas ao uso da expressão “*fumus boni iuris*” no sentido de probabilidade de acolhimento do direito material pleiteado pela parte. Dizem eles que o “*fumus boni iuris*” significa que à parte cabe o **direito de ação**, direito este a ser pleiteado no processo principal, e não a **probabilidade da existência e do acolhimento do direito material por ela pretendido**.

A referida crítica não procede. Ao verificar o julgador, previamente, se a parte dispõe do direito à ação principal a ser ajuizada, nada mais está fazendo senão perscrutar se há a probabilidade da existência e do provável acolhimento do direito material por ela pleiteado. Se não houver tal probabilidade, no exame prévio feito pelo juiz na ação cautelar, não terá a parte, conseqüentemente, direito à ação principal. A ação principal poderá ser proposta, no prazo legal, não obstante desacolhida a ação cautelar, mas o julgador, no exame prévio da mesma ação cautelar, entendeu, que o direito material pleiteado pela parte nem mesmo apresentava a **probabilidade** de ser acolhido e, por isso, não agasalhou a ação cautelar. Se a parte não está amparada pelo direito material, falta-lhe o fundamento jurídico do pedido e, conseqüentemente, não tem direito à ação, como é óbvio.

Assim o “*fumus boni iuris*”, na ação cautelar, consoante a melhor orientação doutrinária, é a **probabilidade** de existência e do provável acolhimento do direito material pleiteado pela parte.

Outro requisito necessário ao ajuizamento de ação cautelar é o “*periculum in mora*”.

O “*periculum in mora*” consiste na probabilidade de ocorrer dano pela demora em obter a parte o reconhecimento do direito por ela pleiteado, que poderá perecer em decorrência do retardamento da concessão da tutela cautelar.

Ao juiz cabe, em cada caso concreto a ele submetido, na ação cautelar, avaliar, segundo o seu prudente arbítrio, se, efetivamente, o retardamento será prejudicial àquele que intentou a referida ação.

O processo cautelar está previsto no Livro III do Código de Processo Civil.

No primeiro capítulo, que trata das disposições gerais, estão as normas que disciplinam os procedimentos genéricos das medidas cautelares específicas e das ações cautelares inominadas. No segundo capítulo estão contemplados os procedimentos cautelares específicos.

O artigo 796 do referido estatuto estabelece que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Há ações cautelares que antecedem a propositura da ação principal e são denominadas preparatórias. Outras são ajuizadas em pleno curso da ação principal, como a ação cautelar de atentado, e são chamadas de ações cautelares incidentes.

No Código de Processo Civil está previsto, nos artigos 801 a 803, a forma como se processam as ações cautelares em geral e, nos artigos 813 a 889, estão catalogados os procedimentos cautelares específicos.

Nas ações cautelares o prazo de contestação é de 5 (cinco) dias, contados da juntada do mandado de citação do réu, após o seu cumprimento, ou da juntada do mandado de cumprimento da medida cautelar, se esta for concedida liminarmente, sem justificação prévia ou com justificação prévia. Na contestação, deverá o réu indicar as provas que pretende produzir.

Se a ação cautelar não for contestada, o juiz proferirá sentença em 5 (cinco) dias, posto que a ausência de contestação leva à presunção de que o requerido aceitou como verdadeiros os fatos expostos pelo requerente.

Se houver contestação do réu, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, desde que haja prova oral a ser nela produzida. Há ações cautelares, como a de sustação de protesto de título cambial, na qual o autor demonstra, documentalmente, que não é devedor do título indevidamente levado a protesto, em que é dispensável a audiência de instrução e julgamento.

A medida cautelar poderá ser concedida liminarmente. A concessão poderá ocorrer, sem audiência da parte contrária, independentemente de justificação prévia, se houve, nos autos prova documental suficiente para tanto. Se depender da coleta de prova oral a concessão da liminar, o juiz designará audiência de justificação, sem a convocação do réu para ela, se o magistrado pressentir que, se o réu for citado, poderá frustrar-se a efetivação da medida cautelar pleiteada pelo autor. O juiz poderá, na hipótese de conceder liminar, ordenar que o requerente da ação cautelar preste caução real ou fidejussória. A exigência de caução fica ao prudente arbítrio do juiz.

O autor da ação cautelar deverá propor a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados do cumprimento da tutela cautelar, quando esta for ajuizada antes de intentada a ação principal.

As medidas concedidas nas ações cautelares podem ser revogadas ou modificadas, a qualquer tempo, se o juiz, em face das provas trazidas aos autos, entender oportuna a sua revogação ou modificação.

A ação principal deverá ser distribuída, por dependência, ao mesmo juízo ao qual foi distribuída a ação cautelar, quando esta for preparatória, e os autos desta deverão ser apensados aos daquela e, quando a ação cautelar for incidente, ou seja, quando for proposta posteriormente ao ajuizamento da ação principal, será ela distribuída ao mesmo juízo em que corre o processo principal, como previsto no art. 800 do Código de Processo Civil.

Considerações Sobre Alguns dos Procedimentos Cautelares Específicos. do Arresto

Os artigos 813 a 821 do Código de Processo Civil prevêem o arresto, que tem por escopo a apreensão de quaisquer bens do devedor, necessários à garantia do credor na execução já proposta ou a ser por ele tentada.

Para que seja concedido o arresto, impõe-se que o credor seja detentor de título executivo, ou seja, que a dívida a ser cobrada por via judicial se apóie em título líquido, certo e exigível e que, assim, enseje a propositura de ação de execução, como previsto no artigo 586 do Código de Processo Civil. O título pode ser judicial ou extrajudicial. Os títulos executivos judiciais estão previstos no art. 584 do CPC e os extrajudiciais, no art. 585 do mesmo estatuto.

O parágrafo único do artigo 814 do CPC estabelece que “equipara-se à prova literal de dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença líquida ou ilíquida, pendente de recurso ou o laudo arbitral, pendente de homologação, condenando o devedor no pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se”.

O artigo 813 do Código de Processo Civil prevê as hipóteses em que pode ser concedido o arresto. Esta previsão é meramente exemplificativa, podendo outras hipóteses, não previstas legalmente, ensejar a concessão do arresto.

O devedor, que não tenha domicílio certo e que pretenda ausentar-se ou alienar os bens de sua propriedade, ou que deixe de pagar o débito ao credor, no prazo ajustado, pode ter seus bens arrestados para a garantia do titular do crédito (art. 813, inciso I).

O devedor com domicílio certo pode ter seus bens arrestados, nas hipóteses previstas nos incisos II e III do mesmo art. 813: **a)** quando se ausenta ou tenta ausentar-se de seu domicílio, sem esclarecer porque assim agiu, com o que dá a entender ao seu credor, ou aos seus credores, que se ausentou para fugir aos seus compromissos; **b)** quando se torna insolvente, ou seja, quando deixa de pagar dívidas vencidas e aliena os bens de sua propriedade; quando contrai ou tenta contrair dívidas anormais, que muitas vezes são inexistentes e forjadas com terceiros, que se habilitarão como credores, em conluio com o devedor, em execução a ser promovida contra este; quando transfere ou tenta transferir os seus bens, fraudulentamente, em nome de terceiros, com ele mancomunados; e quando, utilizando-se de qualquer outro meio fraudulento, busca criar óbices à execução para lesar os credores; **c)** quando o devedor pretender alienar, hipotecar ou dar em anticrese os bens imóveis de sua propriedade, sem deixar bens livres e sem ônus para a garantia dos credores.

Quando o juiz entender indispensável a justificação prévia, antes de conceder a liminar no arresto, esta será feita em segredo de justiça e de plano. Poderão ser colhidos depoi-

mentos de testemunhas. Se o autor prestar caução, o juiz poderá dispensar a justificação, o mesmo ocorrendo se o arresto for requerido pela União, pelo Estado ou pelo Município, nas hipóteses previstas legalmente.

Se a ação principal, que se seguirá ao arresto, for julgada procedente, este será convertido em penhora.

## Do seqüestro

A ação cautelar de seqüestro tem por escopo a constrição de um ou mais bens determinados, **sobre os quais se litiga**, para que às partes seja resguardado o direito de receber, a final, sem confrontos pessoais, sem desvios e sem danificações, os referidos bens.

O artigo 822 de Código de Processo Civil, nos incisos I a IV, estabelece as hipóteses em que o juiz poderá deferir o seqüestro: **a)** quando, na disputa da propriedade ou da posse de bens móveis, semoventes e imóveis, houver a possibilidade da prática de atos de violência entre os litigantes ou de dano resultante, exemplificativamente, de desvio do bem litigioso, de sua transferência a terceiro ou de sua danificação material; o seqüestro visa resguardar o titular do direito sobre a coisa litigiosa de qualquer ato que a ponha em risco, não só no aspecto físico (danificação material), como, também, no referente a atos fraudulentos por parte do réu, que possam causar dano ao autor sob o ponto de vista jurídico; **b)** quando o réu, na ação reivindicatória, depois de proferida sentença que lhe for desfavorável, desviar os frutos e rendimentos do imóvel visado por tal ação; **c)** quando um dos cônjuges nas ações de separação judicial, de divórcio e de anulação de casamento os estiver dilapidando; **d)** quando houver apoio legal, afora as disposições do Código de Processo Civil, para a concessão do seqüestro, como o disposto no parágrafo único do art. 507 do Código Civil e 116 do Código Comercial.

O seqüestro previsto no parágrafo único do art. 507 do Código Civil ocorre quando, em disputa de ação possessória, nenhuma das partes conseguir provar que a sua posse é melhor que a da parte “ex adversa”. Isto ocorrendo, o juiz determinará o seqüestro da coisa litigiosa, até que seja apurado, no final da ação ou no decorrer desta, qual é o melhor possuidor, com o que será evitada a possibilidade de violência pessoal entre os litigantes, no fluir da contenda.

Pode o juiz determinar, também, o seqüestro de área sobre a qual tramita ação de reintegração de posse, quando esta tiver sido invadida por várias pessoas e que, no curso da referida ação, após a citação de todos os que se encontram na área em disputa, houver a possibilidade iminente de que outras pessoas venham a ingressar na mencionada área.

A decretação do seqüestro da área litigiosa, em tal hipótese, em atendimento a requerimento do autor da ação de reintegração de posse, é indispensável, para que sejam evitadas novas invasões da área demandada, no decorrer da lide.

Na hipótese mencionada, se novas invasões ocorressem, após o encerramento da citação daqueles que se encontravam na área, ao ser proposta a ação possessória, o juiz deveria determinar a citação dos novos invasores. E, se outras invasões fossem verificadas, novas citações deveriam ser feitas e, assim, indefinidamente, enquanto houvesse invasões.

O que acima se expôs, costuma ocorrer nas invasões de áreas de terras nas grandes cidades.

Para evitar o nunca findar de citações de invasores, o juiz deverá acolher o seqüestro da área litigiosa, a pedido do autor, definindo-se o pólo passivo da contenda com as pessoas que se encontrarem na área apontada no momento da decretação do seu seqüestro. Após o seqüestro da área, o juiz nomeará o depositário dela, como previsto no art. 824 do Código de Processo Civil. Se novas invasões ocorrerem, após o seqüestro da área objetivada pela ação de reintegração de posse, os invasores poderão ser retirados, a mando do juiz, pelo oficial de justiça, o que é perfeitamente possível, visto como, seqüestrada a área, não mais pode ser ela invadida posteriormente ao seqüestro, por aqueles que não compeem a lide, no pólo passivo.

A hipótese de seqüestro, acima alvitrada, encontra apoio no parecer do eminente desembargador Gildo dos Santos, inserto na "Revista dos Tribunais" 483/53, que na ocasião da emissão do aludido parecer era ainda advogado e professor.

Cumpra salientar que o seqüestro visa a tutela judicial sobre o próprio bem litigioso, ao passo que o arresto objetiva quaisquer bens do devedor. O seqüestro pressupõe a existência de litígio envolvendo o bem a ser por ele atingido, enquanto que no arresto os bens a serem arrestados não são litigiosos, mas garantirão o crédito do autor até o final da contenda, na ação principal. Por exemplo, o titular de crédito representado por nota promissória emitida pelo devedor poderá requerer o arresto de quaisquer bens deste para garantir-se do recebimento do valor que lhe é devido, se o devedor, porventura, tomar qualquer das atitudes previstas nos incisos I, II e III do art. 813 do Código de Processo Civil.

O art. 823 do Código de Processo Civil estabelece que se aplica ao seqüestro no que couber, as disposições atinentes ao arresto, contidas nos arts. 813 a 821 do mesmo estatuto.

## **Da busca e apreensão**

A ação cautelar de busca e apreensão pode objetivar pessoas ou coisas.

A busca e apreensão de pessoas, no âmbito civil, somente pode referir-se a incapazes, ou seja, os menores e os interditos, visto como as pessoas capazes não podem ser submetidas à guarda de quem quer que seja, como é óbvio.

A busca e apreensão de menores pode ser pleiteada pelos pais ou pelo tutor. Se os pais forem falecidos ou se foram destituídos do pátrio poder, ao tutor nomeado incumbe promover a busca e apreensão do menor que esteja de posse de pessoa não autorizada a ter a guarda deste. Quanto ao interdito, ao seu curador cabe promover a busca e apreensão, se ele estiver sob a guarda de pessoa não autorizada a tanto.

A busca e apreensão de coisas, somente pode objetivar bens móveis, visto como não é possível apreender bens imóveis. A respeito destes, no referente à tutela cautelar, cabem o arresto ou o seqüestro.

O juízo competente para o processamento da ação cautelar de busca e apreensão, quer seja esta preparatória, quer seja incidental, será aquele perante o qual já esteja em curso ou perante o qual será ajuizada a ação principal. Aos autos desta serão apensados os da ação cautelar (art. 809 do CPC).

O cumprimento do mandado de busca e apreensão será feito por dois oficiais de justiça. Os oficiais deverão convocar duas testemunhas para acompanhar a diligência e poderão arrombar não só as portas externas e internas do imóvel onde se encontra a pessoa ou a coisa visada pela busca e apreensão, como também os móveis onde, porventura, esteja a pessoa ou a coisa que será apreendida.

## Da produção antecipada de provas

A produção antecipada de provas, no âmbito das ações cautelares, visa, consoante o previsto no Código de Processo Civil, o interrogatório da parte que integrará a ação principal, a coleta de prova testemunhal e a realização de prova pericial.

O requerente da ação cautelar de produção antecipada de provas terá, obviamente, de justificar a necessidade de tal antecipação.

O interrogatório de qualquer das partes e a inquirição de testemunhas ocorrerá, antecipadamente, se houver motivo relevante que justifique tal antecipação. Entre tais motivos o art. 847 do CPC enumera os seguintes: se a parte ou qualquer das testemunhas tiver de ausentar-se, ou se, em razão de idade avançada ou de moléstia grave destas, houver a possibilidade de que, se a coleta da mencionada prova for deixada para o momento processual próprio, as referidas pessoas venham a falecer ou fiquem impossibilitadas de depor em decorrência da idade ou da moléstia de que forem portadoras.

No pertinente à prova pericial, a sua antecipação, como é evidente, terá, também, de ser justificada pelo autor da ação cautelar ora em exame.

O réu que, na ação cautelar de produção antecipada de provas, para a qual for citado, não acompanhar a prova pericial nela realizada, não poderá, na ação principal, impugnar a referida perícia, por ter-se operado a preclusão a tal respeito.

## Da ação cautelar de alimentos provisionais

A ação cautelar de alimentos provisionais pode ser proposta, como preparatória ou incidental, nas seguintes hipóteses: **a)** nas ações de separação judicial contenciosa e na de anulação de casamento, se estiverem os cônjuges separados de fato; **b)** nas ações de alimentos; **c)** nos demais casos previstos legalmente, como nas ações de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e na ação direta de divórcio, prevista no art. 40 da Lei 6.515/77.

Na ação de separação judicial contenciosa o cônjuge que deles necessitar, desde que os litigantes estejam separados de fato, poderá pleitear alimentos provisionais, por via de

ação cautelar. Esta poderá ser intentada antes da ação de separação judicial contenciosa, ou no curso desta. O mesmo pode ocorrer na ação de anulação de casamento, com a diferença de que, nesta, a obrigação alimentar cessa após o trânsito em julgado da sentença que acolher a ação.

Nas ações de alimentos, o autor poderá pleitear, em ação cautelar, que lhe sejam concedidos alimentos provisionais. Pode ele, também, ao invés de propor ação cautelar de alimentos provisionais, pleitear, na própria ação de alimentos, que lhe sejam concedidos alimentos provisórios. Aliás, na ação de alimentos, que é disciplinada pela Lei 5.478 de 25 de julho de 1.968, o juiz “fixará desde logo os alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita” (veja-se art. 4º da referida lei).

Do acima exposto extrai-se que é dispensável a propositura de ação cautelar de alimentos provisionais, quando a ação principal é a de alimentos, certo como há a clara previsão legal de que o juiz, **obrigatoriamente**, ao despachar a petição inicial, estabelecerá, imediatamente, os alimentos provisórios a serem pagos pelo réu. Isto somente não ocorrerá, se o autor da ação de alimentos esclarecer, na petição vestibular, que não necessita de alimentos provisórios, por ter, exemplificativamente, reserva de dinheiro que lhe permitirá aguardar a decisão final da ação de alimentos. Esta hipótese é pouco provável, mas não é impossível de ocorrer.

Assim, o disposto no art. 852, inciso II, do CPC, que prevê a propositura de ação cautelar de alimentos provisionais, quando a ação principal é a de alimentos, tornou-se totalmente desnecessário, após o advento da supracitada Lei 5.478/68, pois o juiz, com apoio no art. 4º desta lei, estabelecerá necessariamente, “início litis”, os alimentos provisórios.

Não há confundir-se alimentos provisionais com alimentos provisórios. **Alimentos provisionais** são obtidos em ação cautelar, de que poderá lançar mão aquele que tenha necessidade de receber alimentos do outro cônjuge, na ação de separação judicial e na de anulação de casamento, desde que nestas os cônjuges estejam separados de fato, na ação direta de divórcio e nas demais previstas legalmente. Os **alimentos provisórios** são a fixação liminar de pensão alimentícia, tanto na ação cautelar de alimentos provisionais (veja-se o parágrafo único do art. 854 do Código de Processo Civil), quanto na ação de alimentos (art. 4º da Lei 5.478/68).

Na ação de investigação de paternidade, os alimentos, via de regra, são concedidos e devidos, somente por ocasião da prolação da sentença em primeiro grau de jurisdição. A concessão de alimentos provisionais, na referida ação, antes da mencionada sentença, ocorre excepcionalmente. Para tanto, é necessário a existência de pressupostos que permitam a antecipação dos efeitos da tutela. Um deles é o que decorre do exame de DNA, que aponte a quase certeza de ser o réu o pai do autor da mencionada ação.

Na ação de separação judicial contenciosa, pode pleitear a concessão de alimentos o cônjuge que deles necessitar. O pedido de alimentos será apreciado na sentença de mérito. Os alimentos provisionais, no entanto, devem ser pleiteados em ação cautelar, cujos autos serão pensados aos da ação de separação contenciosa (art. 809 do CPC).

## **Ações cautelares e antecipação da tutela**

Não há confundir-se as ações cautelares com a antecipação da tutela.

As ações cautelares apóiam-se na aparência do bom direito (“*fumus boni iuris*”) e no perigo no retardamento da prestação jurisdicional (“*periculum in mora*”). Para que as ações cautelares sejam acolhidas, é bastante a probabilidade da existência do direito material que será postulado na ação principal e tal probabilidade poderá apoiar-se em mera prova testemunhal a ser produzida em audiência de justificação prévia (art. 804 do CPC).

A tutela antecipada exige, para a sua concessão, a existência de prova escrita robusta e convincente, a respeito da qual não paire qualquer dúvida. Ante tal prova, que deverá convencer o juiz de que o pleiteado pelo autor é verossímil, poderá ele antecipar a tutela objetivada pela parte. Não existindo prova escrita, descabe a antecipação da tutela. O juiz, por outro lado, não poderá conceder a tutela antecipada, quando houver o risco de absoluta irreversibilidade do deferimento prévio da pretensão do requerente.