

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO: ANÁLISE DOS  
ARTIGOS 813 A 821 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**MARCELO SILVA COSTANTINI**

Presidente Prudente / SP  
Novembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO: ANÁLISE DOS ARTIGOS 813  
A 821 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**MARCELO SILVA COSTANTINI**

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, sob orientação de Prof. Cláudio José Palma  
Sanches.

Presidente Prudente

Novembro/2002

*PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO: ANÁLISE DOS ARTIGOS 813 A 821 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Dr. Cláudio José Palma Sanches  
Orientador

Dr. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro  
Examinador

Dr. Luciano de Souza Pinheiro  
Examinador

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2002.

O trabalho espanta três males:  
O vício, o tédio e a necessidade.  
(Voltaire)

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e a meus avós, exemplo de perseverança e otimismo, pelo auxílio sempre presente durante todos os anos de estudo e na realização desse trabalho.

À Minha namorada, Amanda, pelo companheirismo de todas as horas e apoio incondicional.

Ao Dr. Cláudio José Palma Sanches, a minha gratidão pelos ensinamentos e estímulos, fundamentais na realização deste trabalho.

Ao Dr. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro e ao Dr. Luciano de Souza Pinheiro, por terem me concedido a honra de ser haviado por professores e processualistas tão ilustres.

## RESUMO

O presente trabalho teve como escopo a análise dos dispositivos concernentes ao Processo Cautelar de Arresto no Código de Processo Civil. Para tanto foi dividido em dois capítulos.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre as noções introdutórias do processo cautelar, suas características gerais e classificações.

Para, no segundo capítulo, introduzir-se ao tema objeto do trabalho. A intenção foi a de analisar as características gerais de cada dispositivo, do 813 ao 821 do CPC.

Considera-se, pois, as análises dos artigos 813 e 814, o coração do presente trabalho, donde se tratou do cabimento do arresto, defendendo-se que, para o arresto, como para qualquer tutela cautelar, os requisitos devem ser os mesmos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, criticando-se, assim, as restrições impostas pelos artigos citados.

Na conclusão, tratou-se da importância da tutela cautelar hoje, como forma de desordinarização do processo de conhecimento, justificando-se, assim, a escolha do presente tema.

**PALAVRAS CHAVE:** Processo Cautelar; Tutela Cautelar; Arresto.

## ABSTRACT

The present work had as aim to analyse the articles about the Arrest Caution Process in the Civil Proces Code. Therefore it was necessary to divide it into two chapters.

The first chapter, disserted about introductory notions in the caution process, its general characteristics and classifications.

The second chapter introduced the theme, object of the work. The intention was to analyse general characteristics of each article from 813 to 821 of the Civil Process Code.

The analysis of these articles is considered the heart of this project, where the autor treated the suitability of the arrest, as in any caution tutelage the requirements must be same, the *fumus boni iuris* and *periculum in mora*, criticizing, this way, the restrictions imposed by the mentioned articles.

In the conclusion, the autor treated about the importance of the caution tutelage today, as a way of avoiding the cognition process to be ordinary, justifying, this way, the choice of theme.

KEY WORDS: Caution Process; Caution Tutelage; Arrest

## SUMÁRIO

## **CAPÍTULO I: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE TUTELA CAUTELAR**

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>2. PROCESSO CAUTELAR</b>	<b>12</b>
2.1 Processo, Procedimento, Ação e Medida Cautelar	13
<b>3. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	<b>16</b>
3.1 Classificação do Direito Positivo	18
3.2 Medidas Cautelares Contenciosas e Não Contenciosas – Classificação com Vistas à Natureza Cautelar	20
3.2.1 Classificação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR	20
3.2.2 Classificação de GELSON AMARO DE SOUZA	23
<b>4. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR</b>	<b>26</b>
4.1 Instrumentalidade	26
4.2 Autonomia	30
4.3 Provisoriedade	36
4.4 Revogabilidade	38
<b>CAPÍTULO II: ARRESTO</b>	
<b>5. CONCEITO</b>	<b>41</b>
<b>6. HISTÓRICO</b>	<b>43</b>
<b>7. INTRODUÇÃO: O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA</b>	<b>47</b>
7.1 Fumus Boni Iuris	48
7.2 Periculum in mora	54
7.3 Mérito no Processo Cautelar de Arresto	58
<b>8. ARTIGO 813 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	<b>69</b>
<b>9. ARTIGO 814 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	<b>74</b>
<b>10. ARTIGOS 815 E 816 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: LIMINAR NO PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO</b>	<b>84</b>
10.1 Caução	93

11. ARTIGO 817 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL _____	95
12. ARTIGOS 818 E 821 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ARRESTO E SUA RELAÇÃO COM OS DISPOSITIVOS RELATIVOS À PENHORA	10
0	
12.1 Prazo para Execução do Arresto	11
6	
13. ARTIGO 819 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO ARRESTO	12
1	
14. ARTIGO 820 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EXTINÇÃO DO ARRESTO	12
4	
15. CONCLUSÃO	12
7	
16. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	13
6	

## CAPÍTULO I:

### NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE TUTELA CAUTELAR.

# 1. INTRODUÇÃO

O Estado, detentor dos monopólios da produção das leis e da distribuição da justiça, utiliza-se, na solução dos conflitos da sociedade, de um instrumento de realização do direito material: designado de jurisdição<sup>1</sup>. E esta é exteriorizada através dos seguintes provimentos:

1. Processo de conhecimento: é o processo que visa a conhecer o direito e estabelecer quem, na relação processual, tem a razão.
2. Processo de execução: é o processo que tem como escopo o de providenciar o cumprimento efetivo do mandamento judicial emitido no processo de conhecimento ou realização do mandamento contido em documento cuja força e eficácia a lei praticamente equipare a uma sentença<sup>2</sup>, (art. 585 do CPC).

Em tese, essas duas espécies de processo, meio de que se serve o Estado para realizar a jurisdição, bastariam para a justa solução das controvérsias. No entanto, o processo para que cumpra o seu papel, no sentido teleológico, ou seja, para que mantenha a paz social, é dotado de garantias formais que devem ser

---

<sup>1</sup> “Para impedir a justiça privada e os seus excessos naturais cometidos pelos mais fortes, ou pelos mais astutos, contra os fracos e desprotegidos, torna-se necessária a instituição de um poder superior, a quem o organismo social confere a missão de zelar pelo cumprimento da lei, sempre que as divergências entre seus membros ameacem a paz e a segurança coletivas. *Jurisdição*, portanto, cujo núcleo conceitual situa-se na função de dizer o direito (*ius + dicere*), implica necessariamente a idéia de processo, logo, a idéia de *mediação* entre a agressão ao direito subjetivo e a possibilidade de reação que o titular dele poderia contrapor-lhe.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de processo Civil. 3 ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2000, 149 p. 3 v.)

<sup>2</sup> WAMBIER.L. R.; ALMEIDA. F. R. C.; TALAMINI. E. Curso avançado de processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 25 p. 3 v.

seguidas sob pena de o processo perder sua validade. Essas garantias criadas para proteção do indivíduo trazem a questão do tempo para dentro do processo. Essa problemática é bem explicitada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Duas forças opostas, dessa maneira, atuam sobre o processo: a que exige solução rápida para o litígio e a que impõe delonga à atividade jurisdicional para efetivação do contraditório e ampla defesa. Isto faz com que, por mais rápido que consiga ser o processo, exija uma demora que pode ser mais ou menos longa, conforme a complexidade da causa.<sup>3</sup>

São os princípios informativos do processo, como o do devido processo legal, que tem como corolários: o contraditório e a ampla defesa (art.5º,LV, CF). E ainda o duplo grau de jurisdição, o princípio da boa fé e lealdade processual, e o princípio da verdade real. E também os princípios informativos do procedimento: princípios da oralidade; publicidade; economia processual; e o da eventualidade ou da preclusão.<sup>4</sup>

Esses princípios configuram uma dupla proteção ao indivíduo frente ao processo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, assegurando-lhe paridade de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa.<sup>5</sup>

Como dito acima, essas garantias que existem para o bem, podem tomar mão dupla, e trazerem assim, malefícios para o processo (e conseqüentemente ao direito da parte) em decorrência do decurso de tempo necessário para um procedimento minucioso onde é permitida a ampla oportunidade de defesa e de produção de provas.

Faz-se então necessário, a existência de um instrumento que vise assegurar a utilidade do processo, que assegure a eficácia do provimento jurisdicional ao final emanado. Porque, por mais rápido que funcione a máquina judiciária, sempre se

<sup>3</sup> Curso de direito processual civil. 33. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002, 591 p. 2 v.

<sup>4</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 32. ed. Rio de Janeiro: forense, 2000, 22 p. 1 v.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, 117 p.

interpõe algum tempo razoável entre a propositura da ação e o seu termo final; e o ideal seria que a lide fosse composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo.

Para isso, existe o *processo cautelar*, regulado em livro próprio no Código de Processo Civil de 1973, no livro III. É um processo que tem como elemento específico à prevenção e como finalidade assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução; é então, como disse ALFREDO BUZAID na exposição dos motivos do Código de Processo Civil de 1973, um *tertium genus*, já que contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e do processo de execução. Quer dizer, serve tanto para garantir a eficácia do processo de conhecimento, como também a do processo de execução. É um processo com a função de tutelar imediatamente um outro processo (dito principal), e apenas mediatamente o direito material. Daí Calamandrei dizer que ele é um instrumento do instrumento.<sup>6</sup>

O livro III, relativo ao processo cautelar, divide-se em dois capítulos. O primeiro contém disposições gerais sobre medidas inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos provimentos cautelares específicos (nominados) regulados no capítulo seguinte<sup>7</sup>, dentre os quais, faz parte o arresto.

## 2. PROCESSO CAUTELAR

O Processo Cautelar é uma terceira forma de atuação da jurisdição, dispostiva nos artigos 796 a 889 do CPC, e que se presta a uma finalidade auxiliar e subsidiária ante as funções jurisdicionais de cognição e de execução, logo serve-se à tutela do processo. A expressão “cautelar”, em nossos dicionários, figura tão

---

<sup>6</sup> CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Campinas-SP: Servanda, 2000, 42 p.

<sup>7</sup> exposição de motivos do CPC, item 23.

somente como verbo. Entretanto, no código sua função é a de um adjetivo; a fim de qualificar um tipo de processo (substantivo) autônomo.<sup>8</sup>

As cautelares não são por si mesmas um fim, mas um meio idôneo para que a providência definitiva (conhecimento ou execução) produza todos os seus efeitos úteis,<sup>9</sup> concorrendo dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição. É, nas palavras do proeminente processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Trata-se de processo contencioso, como o de cognição e o de execução, pois seu pressuposto é também a lide. Mas, em vez de preocupar-se com a tutela do direito (composição da lide) - função principal da jurisdição - , o processo cautelar exerce função *auxiliar e subsidiária* servindo, à tutela do processo, onde será protegido o direito.<sup>10</sup>

O Processo cautelar é, pois, o instrumento material para a produção e deferimento das medidas cautelares, tem como característica o caráter não satisfativo do provimento jurisdicional, sendo assim, como professa OVÍDIO BATISTA DA SILVA: "... o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional, conhecida como tutela cautelar...".<sup>11</sup>

É importante distinguir a figura do Processo Cautelar com a da tutela cautelar, pois, enquanto aquele diz respeito ao instrumento de atuação do direito material; esta refere-se à substância (natureza da medida) contida no processo, na sua espécie de tutela de urgência. Quer dizer, o processo cautelar é um meio de atuar a tutela cautelar, e esta *não necessariamente* é obtida através de um processo cautelar. É o caso do arresto do artigo 653 do CPC que é efetuado na constância do processo de execução. Trate-se, portanto de uma tutela cautelar, tomada na forma de medida cautelar, sem, no entanto, a necessidade de um processo cautelar.

<sup>8</sup> Exposição de Motivos do CPC. Item 6.

<sup>9</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. Arresto Cautelar. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997. 31 p.

<sup>10</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. Processo Cautelar 20. ed. São Paulo: Leud, 2002. 47 p.

<sup>11</sup> Curso de Processo Civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 15 p. 3 v.

As normas do processo de conhecimento são aplicáveis subsidiariamente ao processo cautelar. Embora não há nenhuma norma no procedimento cautelar que expresse isso, como existe no processo de execução (art.598), dentro do processo de conhecimento, o artigo 271 admite essa aplicação subsidiária. Assim, são aplicáveis no processo cautelar, por exemplo, as normas de competência, tempo, lugar, prazo, comunicação dos atos processuais, nulidades, formação, suspensão e extinção do processo.(No que for compatível.)

## **2.1. PROCESSO, PROCEDIMENTO, AÇÃO E MEDIDA CAUTELAR**

Como existe um processo cautelar, mister se faz a existência de um procedimento cautelar que é o rito a ser cumprido para a obtenção da tutela cautelar. No Código de Processo civil há um procedimento cautelar comum (arts.801 a 803) e os procedimentos específicos (arts.813 a 889). Na palavra do mestre JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS:

A noção de um processo é eminentemente teleológica, finalística, voltada para o resultado de obter-se. A noção de procedimento, ao invés, é eminentemente formal. O procedimento é o processo visto em sua exterioridade, na sua dinâmica ou, para usar distinção já percebida pelo grande mestre que foi João Mendes, o processo é o movimento em sua forma extrínseca.(Instituciones del Nuevo proceso Civil Italiano, p. 244)<sup>12</sup>

O procedimento cautelar comum é aplicado nas medidas cautelares atípicas ou inominadas conferidas ao magistrado em decorrência do poder geral de cautela e também subsidiariamente nos procedimentos especiais (art.812).

---

<sup>12</sup> Comentários ao Código de Processo Civil.8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 3 p. 3 v.

A faculdade da parte de invocar a tutela cautelar através do processo configura o seu direito de ação, ou seja, o direito a uma *ação cautelar*<sup>13</sup>, como direito subjetivo público à tutela jurisdicional de prevenção ou segurança.<sup>14</sup> Esse direito de ação existe em dois planos: a) primeiro, em nível constitucional, que é o direito de petição, ou o denominado *direito de ação constitucional* (art.5º, XXXV, da CF/1998.); b) depois vem o de caráter processual, que é onde se constata a existência ou não dos pressupostos e condições da ação, verificando se a ação é apta ou não para a tutela processual<sup>15</sup>. Assim, se alguém ajuíza uma ação, mas não preenche as condições (legitimidade de partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, CPC 267 VI), havendo a carência<sup>16</sup> desta (art. 301 CPC), terá evidentemente exercido seu direito em nível constitucional (teve atendida sua garantia de acesso à justiça – art. 5º, XXXV - ); porém, não o exerceu no nível processual.

Finalmente, como resultado concreto da trilogia fundamental “jurisdição-processo-ação”, surge a medida cautelar, que é “... a *providência material efetiva tomada pelo órgão jurisdicional para preservar ou garantir uma situação de fato relevante para a futura prestação jurídica definitiva.*” Ou seja, medida cautelar é, por exemplo, o arresto, uma medida cautelar de arresto (ou seqüestro, ou arrolamento de bens) que se dá através de um processo cautelar (instrumento para obtenção da

---

<sup>13</sup> A ação cautelar corresponde ao direito da parte de provocar o órgão judicial a tomar providências para eliminar a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil. E, para garantir o resultado da cautelar, evitando que perca o objeto, o juiz pode conceder liminarmente a medida, com ou sem justificação prévia (art. 804). (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão : 0288692-8 Agravo de Instrumento (Cv) Cível Ano: 1999 . Comarca: Belo Horizonte. Órgão Julg.: Terceira Câmara Cível.Relator: Juiz Wander Marotta. Data Julg.: 01/09/1999. JUIZ – Jurisprudência Informatizada Saraiva – JUIZ (21). )

<sup>14</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. Processo Cautelar. Op. cit. 87 p.

<sup>15</sup> “Em síntese: a lide provoca a ação; a ação provoca o processo; o processo provoca a jurisdição; e a jurisdição compõe ou elimina a lide.” (JUNIOR. Humberto Theodoro. Pressupostos Processuais e condição da ação no Processo Cautelar. Revista de Processo. São Paulo, N.50, p.7-23.”

<sup>16</sup> “*Carência da ação.* É a falta de uma ou mais condições da ação. São três as condições da ação: legitimidade de partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido (CPC 267 VI). O autor será carecedor da ação quando não estiverem presentes todas as condições da ação. A consequência do acolhimento desta preliminar é a extinção do processo se julgamento de mérito (CPC 267 VI).” (NERY. Nelson; Nery. Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 656 p.)

medida cautelar), ou, no caso do arresto, pode-se dar também no decurso de um processo de execução, como é o caso do arresto do artigo 653 do CPC.

Em síntese, a tutela cautelar pode ser concedida através de um processo, de um procedimento ou por uma simples medida cautelar:

Assim, a regra básica da *demanda* ou *pedido* está, também, presente na ação cautelar. Em face das providências emergenciais para eliminar o perigo de dano, prevalece o princípio *dispositivo*, de sorte que, a atividade cautelar dos órgãos jurisdicionais não se põe em movimento a não ser quando requerida, adequadamente pela parte interessada. Só em casos excepcionais, expressamente autorizadas em lei, é que algumas medidas provisionais são tomadas de ofício pelo juiz, no curso de processos principais (CPC, art. 797). Em tais circunstâncias extraordinárias, não há, porém, nem processo nem ação cautelar, mas apenas *medidas cautelares avulsas*, dentro de processos de mérito. Em nenhuma hipótese, contudo, haverá, antes ou fora do processo principal, a instauração *ex officio* de um verdadeiro procedimento cautelar.<sup>17</sup>

### 3. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Várias são as classificações na doutrina das medidas cautelares. Galeno Lacerda diz que por ser a matéria, tão complexa e heterogênea, tão rica e variada, e tão nova na análise dos doutos, que se pode afirmar, sem exagero, que cada processualista possui classificação própria e pessoal do assunto.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> JUNIOR, H. T. Pressupostos Processuais e Condições da ação no Processo Cautelar. Op. Cit. 17 p.

<sup>18</sup> LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1999, Pág.11. 3 v.

Um objeto pode ser observado sob diversos ângulos: pela sua utilidade, pela sua forma, ou pelo seu tamanho. Depende do referencial que parte o agente classificador. Considerando isso (a premissa que parte o agente classificador), Humberto Theodoro Júnior reputa interessante a classificação de Ramiro Podetti, por seu caráter prático e objetivo, que leva em conta não puramente o caráter finalístico da medida, mas faz uma conjugação entre a finalidade e o objeto sobre que deva incidir o provimento.<sup>19</sup>

Sendo assim, pode-se encontrar três espécies de providências cautelares:

1. *Medidas para assegurar bens*, compreendendo as que visam a garantir uma futura execução forçada (arresto) e as que apenas procuram manter um estado de coisas.
2. *Medidas para assegurar pessoas*, compreendendo providências relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes.
3. *Medidas para assegurar provas*, compreendendo antecipação de coleta de elementos de convicção a serem utilizados na futura instrução do processo principal.<sup>20</sup>

E, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, seguindo a classificação de RAMIRO PODETTI, esquematiza da seguinte forma:

---

<sup>19</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. Op.cit.. 92 p.

<sup>20</sup> Podetti et al. (1956) apud Theodoro (2002). *Processo Cautelar*. Op. Cit. 93 p.

- I) *Poder geral de cautela* – medidas inominadas.
  
- II) *Medidas específicas* – medidas nominadas, subdivididas em:
  - a) medidas sobre bens;
  - b) medidas sobre provas;
  - c) medidas sobre pessoas;
  - d) medidas conservativas e outras não cautelares, e apenas submetidas ao procedimento cautelar.<sup>21</sup>

A razão do professor HUMBERTO THEODORO incluir esse item “d” em sua classificação é que o nosso código atual de Processo Civil incluiu dentro dos limites do livro III medidas que não possuem a natureza da medida cautelar. Que apenas utilizam-se de seu procedimento; como a interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança (art. 222, VIII); e a entrega de bens pessoais do cônjuge (art. 888, II). A medida cautelar serve para dar segurança a um processo principal; nunca pode ser satisfativa. Essas medidas utilizam-se do procedimento cautelar, porém, são satisfativas. Assim como o artigo 798 do CPC concernente ao poder geral de cautela fora desvirtuado de sua real finalidade de proteção para se tornar uma antecipação de tutela. Isso se deu em razão a uma necessidade que se fez devido ao emperrado processo ordinário, nos casos em que não se podia esperar a solução final da sentença fundada em cognição exauriente. Tanto era necessário que se regulasse uma tutela com base em cognição sumária que a lei 8952 de 1994 veio para instituir no artigo 273 do CPC a tutela antecipada. Veja as interessantes palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI:

---

<sup>21</sup> Op. Cit. 95 p.

Na verdade, o artigo 798 do nosso Código foi, por muito tempo, o responsável pela prestação da tutela sumária satisfativa. Mas não pensem os espíritos menos avisados que a prestação da tutela sumária satisfativa sob o manto protetor da tutela cautelar constituiu um abuso, não fosse tal norma, em muitos casos concretos o princípio chiovendiano de que a “durata del processo non deve andare a danno dell'attore che há ragione” não teria sido observado. É inegável, porém, que a necessidade de efetividade de tutela dos direitos transformou a tutela cautelar em tutela sumária satisfativa. (...)<sup>22</sup>

### 3.1. CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO

Em uma análise contextual do Código de Processo Civil, revelam-se duas importantes classificações:

1. A primeira classificação legal, no conforme do artigo 796, é quanto ao momento em que são deferidas; que podem ser antecedentes ou incidentes:

Art.796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

a) *medidas cautelares antecedentes*: são as medidas ajuizadas antes do processo principal. O artigo 800 do CPC utiliza-se da nomenclatura de *medidas preparatórias*, entretanto essa qualificação é criticada pela doutrina porque a

---

<sup>22</sup> A Antecipação da tutela. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 99 p.

*cautela* não se destina a preparar o processo principal, e sim a assegurar sua eficácia e utilidade; e as medidas preparatórias, na verdade, são requisitos ou condições da ação principal, não sendo medidas de segurança.

*b) medidas cautelares incidentes:* são as que nascem no curso do processo principal, como incidentes dele.

2) a segunda classificação que observamos do contexto do código é a que divide as medidas cautelares em:

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.(grifo nosso)

*a) medidas cautelares típicas ou nominadas:* são as reguladas no capítulo II do livro III sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos”.

*b) medidas cautelares atípicas ou inominadas:* aquelas fundadas no poder geral de cautela admitidas nos termos do artigo 798 e 799 do CPC.

## 3.2. MEDIDAS CAUTELARES CONTENCIOSAS E NÃO CONTENCIOSAS – CLASSIFICAÇÃO COM VISTAS À NATUREZA DA TUTELA CAUTELAR

### 3.2.1. CLASSIFICAÇÃO DE HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

O eminente processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR divide as medidas cautelares em dois tipos: em contenciosas ou jurisdicionais e em medidas de cunho administrativo ou voluntário<sup>23</sup>.

Medida Jurisdicional é a obtida pela via do direito de ação propriamente dito, gerando assim procedimento contencioso, semelhante ao do processo principal. É o denominado *processo cautelar*.

Quando o pedido de providência cautelar encontra resistência do adversário, caracteriza-se o conflito de interesses a solucionar, um conflito que não se confunde com o do pedido principal, pois limita-se apenas ao plano da prevenção ou segurança. Que não é o objeto do processo principal.

Nasce assim, dentro do processo cautelar, uma *lide*, pois todo processo tem lide e esta é o objeto principal do processo<sup>24</sup>. Lide, consoante a lição de CARNELUTI, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência dos outros<sup>25</sup>. Entretanto, é uma lide que não se confunde com a do processo principal, é sim uma verdadeira - *lide cautelar*, e: “*cuja solução há de ser dada em procedimento necessariamente contencioso, com total resguardo do contraditório, segundo o rito dos artigos 801 a 804.*”<sup>26</sup>

Existe, pois, uma lide cautelar ao lado de uma lide principal.

<sup>23</sup> Op. Cit. Processo Cautelar. Item 62.-a. 96 p.

<sup>24</sup> Exposição de motivos do CPC. Item 6.

<sup>25</sup> Idem. Ibidem

<sup>26</sup> JÚNIOR. Humberto Theodoro. Processo Cautelar. Op. Cit. Item 62-a.

Há medida jurisdicional voluntária ou administrativa quando a medida cautelar ocorre sem qualquer litigiosidade entre as partes, no plano da tutela de prevenção.

Toda medida cautelar pressupõe um processo necessariamente contencioso. Contudo, no plano da medida preventiva nem sempre há controvérsia ou disputa entre as partes, pelo contrário, elas podem ambas estarem interessadas na sua efetivação, como acontece frequentemente nas vistorias *ad perpetuam rei memoriam*.

Essa distinção pode ser feita facilmente pela existência ou não de contestação dentro do procedimento cautelar. A importância prática dessa distinção ocorre principalmente para os efeitos da sucumbência. Na medida voluntária ou administrativa as custas ficam por conta do requerente<sup>27</sup> que se somarão às custas do processo principal; na medida contenciosa ou jurisdicional às custas são ônus do vencido segundo as regras gerais do Código de Processo Civil. Ainda, nas medidas não contenciosas não há que se cogitar da *verba advocatícia*, porque não há vencido, nem vencedor, nessa tutela cautelar.<sup>28</sup>

No entanto, a doutrina reconhece ser devido honorário advocatício no processo cautelar<sup>29</sup>, como LUCIANO FERREIRA LEITE, que entende ser devido nas

<sup>27</sup> “*Princípio da causalidade*: Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí incidentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver julgamento de mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse julgada pelo mérito...” ( JUNIOR, Nelson Nery. N. Op. Cit. 312 p.

<sup>28</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar* Op. Cit. 97 p..

<sup>29</sup> A jurisprudência reconhece: “*Ação cautelar. Condenação em honorários*. Definida a ação cautelar como processo cautelar (CPC270), a sentença que lhe puser termo – com ou sem julgamento de mérito – condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (CPC 20). Desarrazoado é afirmar-se, em antinomia com a legislação, que a cautelar constitui mero incidente da causa principal, quando o código, com indiscutível clareza, define o processo cautelar e cujo ato que lhe põe termo é a sentença. A sentença que puser termo à ação cautelar deverá condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios ( STJ, 1º T., Resp 70636, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 2.10.1995, DJU 23.10.1995, p. 35634). ( JUNIOR. Nelson Nery. Op. Cit. 315 p.)

“No processo cautelar, os honorários de advogado são devidos, se houver litígio e, portanto, sucumbência (RSTJ 36/420, 48/395, 63/411, 65/388, 67/402, 68/275, Súmula 12 do TRF-2ª Região, em RT 756/393; RF 284/263, 303/174, JTA 120/272, RP 27/307, Amagis 8/307). Do contrário, o juiz, ao proferir sentença na ação principal, levará em conta, para fixar os honorários, a existência do processo cautelar. A questão, porém, não é pacífica (p. ex., negando honorários, ainda que haja litígio: RT 625/185; negando-os, sob fundamento de que a ação cautelar não é "causa": TFR-1ª Turma, AC 107.245-RS, rel. Min. Carlos Thibau, j. 17.2.87, negaram provimento, v.u., DJU 2.4.87, p. 5.650).

A jurisprudência tem considerado que os honorários são cabíveis:

ações cautelares de natureza mandamental e constitutiva, já que o processo cautelar é um processo e o artigo 20 do CPC não restringiu o pagamento dos honorários advocatícios.<sup>30</sup>

### 3.2.2. CLASSIFICAÇÃO DE GELSON AMARO DE SOUZA

O eminente processualista, partidário de uma posição doutrinária divergente da já exposta, da qual é expoente GALENO LACERDA, como também faz parte LUCIANO CASEIRO, trata do assunto da seguinte forma:

- 
- ainda quando julgado o processo cautelar juntamente com o principal (RJTJESP 94/309);
  - no processo incidental, não havendo razão para aguardar-se o julgamento do principal a fim de fixá-los (RJTJESP 94/141);
  - se a medida liminar perdeu sua eficácia, pelo não ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias da sua efetivação (RT 608/66);
  - na sustação de protesto (RT 485/106, JTA 33/304, 35/97, 36/20, 36/162); contra: RT 491/203, JTA 116/9, RF 251/313, dois casos, 254/304, RJTAMG 29/236, maioria;
  - no seqüestro (RT 485/157);
  - no atentado, se assumiu caráter contencioso (RT 522/184) ou foi ajuizado após sentença no processo principal (RT 522/182);
  - na ação cautelar de exibição de documento (v. art. 844, nota 4);
  - no protesto contra a alienação de bens, se assumiu feição contenciosa (RJTJERGS 134/360).
- Não cabem:
- em arrolamento de bens, mesmo que com feição contenciosa (JTA 47/88);
  - quando, ao invés de preparatórios, são incidentais (RT 494/54), ainda que o processo tenha assumido caráter contencioso (RJTJESP 36/114, maioria);
  - na produção antecipada da prova (v. art. 851, nota 1a).” ( NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 5.ed. em cd-row/2000. Nota 18 do artigo 20.)

<sup>30</sup> “Assim, devida a honorária nas ações cautelares de natureza mandamental e constitutiva, não havendo nenhuma razão de ordem legal que impeça a aplicação do princípio da sucumbência nessas ações. Até mesmo nos casos de revelia. É que, se a parte teve que intentar ação, pouco importa que a pretensão tenha ou não sido resistida. Para que haja ação não há necessidade de que ocorra resistência à pretensão deduzida, como pretendia Carnelutti, porque se assim fosse, seria impossível afirmar-se a existência e ação nos feitos não contestados (a revelia) e naqueles em que o demandado confessasse a ação, aceitando expressamente os fatos deduzidos na petição inicial. Acrescente-se, para arrematar, que o art. 20 do CPC não é de aplicação restritiva, de vez que não circunscreveu o pagamento de honorários advocatícios aos processos de conhecimento.”(LEITE. Luciano Ferreira. Do Processo Cautelar e sua Aplicação. Revista de Processo. N. 4, p. 239-248)

(...) existem medidas cautelares que somente são resolvidas pela via contenciosa (com ação e processo cautelar) e outras que poderão ser estabelecidas pela via voluntária, por simples procedimento, sem necessidade de ação e processo. A doutrina, vez por outra fala também em medida cautelar administrativa, que pode ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte dentro do processo principal, sem a necessidade de procedimento ou processo em separado.<sup>31</sup>

Pode-se observar que o professor GELSON A. DE SOUZA, divide em três espécies as medidas cautelares no tocante à natureza da providência: *voluntária; administrativa pura e; a jurisdicional*

Vê-se que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR não faz a distinção entre medida cautelar voluntária e administrativa, tratando-as como sinônimas. Nisso, basicamente, difere essas duas classificações.

A cautelar voluntária, seguindo a classificação do professor GELSON, é aquela medida que pode cumprir sua missão sem a contestação ou oposição do requerido. Sem oposição não existe lide, e sem esta não existe processo, porque não existe o seu objeto. O professor cita como exemplo, a cautelar de produção antecipada de provas, onde existe apenas um procedimento cautelar, sendo portanto “*medida sem processo*”.<sup>32</sup> Nesse caso não há uma sentença de mérito; e sim, uma homologação, e como afirmou o terceiro grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo: “*as decisões homologatórias se limitam a autenticar a vontade das partes*”(RT 405/203)<sup>33</sup>. O juiz não julga, logo não se utiliza da jurisdição, por isso não é um procedimento jurisdicional, tratando-se assim de um procedimento administrativo, onde o *juiz dirige o processo*; no entanto, não soluciona a lide.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. Teoria Geral do Processo Cautelar. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 21 p.

<sup>32</sup> MARINONI Et al (1992) apud Souza (2002) Op. Cit. 41 p.

<sup>33</sup> LACERDA, Galeno. Op. Cit. 22 p.

<sup>34</sup> Idem. Ibidem.

A medida cautelar administrativa pura, por sua vez, corresponde a “... *uma última modalidade àquela que pode ser determinada de ofício pelo juiz ou em atendimento de pedido da parte dentro do próprio processo principal.*”<sup>35</sup> Aqui a parte não pede em procedimento separado.

Essa aproveita uma relação jurídica já existente como, por exemplo, o arresto do artigo 653 do CPC. É um medida sem processo próprio, e também sem procedimento separado do principal; realizada no bojo de um processo de execução.

A cautelar jurisdicional, nas palavras do professor:

É aquela que tem lide expressando contenciosidade e que, por tal razão, exige a propositura de uma ação cautelar para provocar a atuação jurisdicional de Estado e, com isso, formar-se nova relação processual, através de um novo processo em separado, ou seja, o processo cautelar.<sup>36</sup>

Existe o processo quando forma-se uma nova relação jurídica e, *não* quando aproveita-se uma relação jurídica já existente. Deve ainda para caracterizar um processo, que estejam presentes todos os seus elementos, como, por exemplo; citação para defesa, contestação, lide e sentença.

A cautelar jurisdicional e a voluntária exigem a iniciativa da parte (arts. 2º e 262, do CPC).

---

<sup>35</sup> SOUZA. Gelson Amaro de. Op. Cit. 21 p..

<sup>36</sup> Op. Cit. 23 p..

## **4. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR**

### **4.1. INSTRUMENTALIDADE**

Instrumentalidade, na verdade, é uma característica de todo processo. No entanto, a instrumentalidade do processo cautelar é diferenciada da dos demais, caracterizada no fato de que: enquanto o processo de conhecimento e o de

execução são instrumentos da jurisdição para satisfação do direito material; o processo cautelar é um instrumento, não de satisfação, mas de prevenção. E não do direito material, mas um instrumento de tutela do processo.<sup>37</sup>

Enquanto o processo de conhecimento ou o de execução objetivam imediatamente a composição da lide (principal), o cautelar só o faz mediadamente, já que o seu objetivo imediato é assegurar a eficácia e utilidade do feito principal.<sup>38</sup>

Daí vem sua característica de não satisfatividade, diz o proeminente professor GELSON A. DE SOUZA *“Ela somente será satisfativa em relação ao pedido de segurança e nunca será satisfativa em relação ao pedido de fundo ou principal.”*<sup>39</sup> Por isso esse professor utiliza-se da expressão *não satisfatividade integral*. Porém, a doutrina em geral não faz essa colocação, entendem apenas como sendo um instrumento de segurança para o processo principal, para a manutenção do equilíbrio entre as partes no conflito.

O processo cautelar, não é um fim em si mesmo, é um meio para que o provimento jurisdicional seja eficaz, útil e operante. O mestre Italiano CALAMANDREI em sua obra do ano de 1936, foi quem idealizou a terminologia de ser o processo cautelar um instrumento a serviço do instrumento (um processo a serviço de outro processo), vejamos suas lapidares palavras a respeito do assunto:

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela

---

<sup>37</sup> “Entre nós, as medidas cautelares são processuais, jurisdicionais, jamais se confundindo com o direito de garantia, que pertencem ao plano do direito material.” (MARINS. Vitor A. A. Bomfim. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 V. Do Processo Cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 99 p.)

<sup>38</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. Op. Cit. . 35 p.

<sup>39</sup> Op. Cit. 51 p.

cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela imediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma *instrumentalidade qualificada* (grifo nosso), ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do processo definitivo, que por sua vez é um meio para aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*.<sup>40</sup>

Ainda com respeito a instrumentalidade do processo, veja-se o esclarecimento de LUIZ RODRIGUES WAMBIER:

Diz-se, do processo cautelar, ser ele o instrumento do instrumento. E por que? O que isto significa?

Porque se, de um lado, se pode afirmar que o processo tem caráter instrumental, com relação ao direito material (por exemplo, às normas de direito civil), porque existe para fazer com que sejam efetivamente cumpridas estas normas, de outro lado o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou de execução, sendo, logo, nesse sentido e nessa medida, instrumento do instrumento.<sup>41</sup>

CALAMANDREI refere-se ainda a instrumentalidade como – instrumentalidade hipotética - pois, não se sabe, ainda, no curso da cautelar, se o processo que é tutelado para que seu provimento no final, ou seja, na sentença, seja eficaz e útil, vai ou não ser procedente. Em outras palavras: protege-se o processo sem saber se será ou não procedente a pretensão, e se não for, não precisaria de proteção. (No caso há responsabilidade objetivo do requerente da medida cautelar, nos termos do artigo 811 do CPC.) . Essa instrumentalidade hipotética se deve ao fato de o processo cautelar se pautar em um juízo de plausibilidade de resultado no processo

---

<sup>40</sup> Op. Cit. 42 p.

<sup>41</sup> Op. Cit. 27 p.

principal de mérito. Ele somente será um instrumento de proteção caso a pretensão da parte seja procedente.

Não se deve olvidar, no entanto, que a instrumentalidade não é característica exclusiva do processo cautelar, pois o processo é sempre um meio para atingir um fim.

Pois bem. Essa explicação para a instrumentalidade do processo cautelar, fundada na doutrina de CALAMANDREI, é a dada por a quase totalidade da doutrina.

Pois que, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA tem outra visão, a qual pedimos vênia para expôr, para efeito de se ter uma visão mais ampliada do instituto em sede de processo cautelar. Entende, o referido autor, que o processo cautelar protege o direito, e não o processo, sendo, portanto, instrumentos jurisdicionais criados para a proteção dos direitos.<sup>42</sup> Essa posição esta intimamente ligada com seu entendimento de que existe um direito material à cautela ou pretensão à tutela jurídica à segurança.<sup>43</sup>

OVÍDIO BAPTISTA considera o sentido de instrumentalidade atribuído à tutela cautelar um elemento conceitual imprestável para definir o que seja esta espécie de proteção jurisdicional. Considera em seus argumentos contra a teoria de CALAMANDREI que, em primeiro lugar, a utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada para um fim. O agente que se serve do instrumento pode usá-lo para finalidade muito diferente daquela para a qual ele foi criado. Exemplifica que, a enxada é um instrumento utilizado pelo

<sup>42</sup> Op. Cit. 49 p. Item 3.1

<sup>43</sup> “Todavia, o poder afirmar-se de que a demanda cautelar satisfaz a pretensão à segurança, como o fizemos em obra anterior (A ações cautelares e o novo processo civil, 35), não significa que percamos a linha demarcatória entre ações cautelares a ações satisfativas. O que simplesmente assegura ainda não satisfaz. E tal é a diferença inapagável entre tutela cautelar e tutela jurisdicional comum. Tal posição não tem nada a ver com a ação como direito concreto à tutela jurídica, como supõe GALENO LACERDA (Comentários, 51). Na doutrina que temos sustentado, jamais se disse que só teria ação cautelar aquele que tivesse realmente, um “*direito substancial de cautela*”. A ação enquanto exercício de pretensão de tutela jurídica perante o Estado, independe de quaisquer pressupostos e naturalmente da própria existência do direito apenas *afirmado* pelo demandante. O que acontece com a tutela cautelar é que a simples aparência de um direito (*fumus boni iuris*) obriga a ordem jurídica a prestar-lhe essa espécie de tutela especial, como uma forma adequada de proteção.” (SILVA, Ovídio Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil. Porto Alegre: Lejur, 1985. vol. XI, cit., 77-82 p. Apud Orione Neto Op. Cit. 289 p.). “Acreditamos que se o poder Judiciário deve atuar no sentido de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, quando provocado, se soluciona conflitos, satisfazendo interesses, não importa quais, garantindo a eficácia e utilidade de um processo principal, de natureza satisfativa, inevitável que se reconheça, à luz do texto magno (art. 5º, XXXV), um direito *substancial* à cautela.” (SHIMURA. Op. Cit. 43 p.)

agricultor para cultivar a terra. Isto estaria certo, mas nada impede que o agricultor se valha da enxada como instrumento para ferir alguém; assim como, o arsênico pode ser utilizado tanto como medicamento quanto como veneno, e pergunta: qual será, porventura, a função instrumental do arsênico?

Lembra ainda, que existe uma infindável cadeia de instrumentos, sendo perfeitamente lícito dizer que todo direito de crédito é instrumento de quem o credor se utiliza para conseguir a propriedade, explicando que esta era a concepção tradicional do direito francês, acolhida pelo código civil de 1865, no qual o direito das obrigações vinha regulado dentre os modos de adquirir a propriedade. Ainda vai mais longe, dizendo que o direito, como instituição humana, é instrumento destinado a regular o convívio social, segundo normas civilizadas, mas não seria impossível imaginar que um certo sistema jurídico, globalmente considerado, produzisse graves injustiças, e servisse de instrumento mais para a desarmonia e para o acirramento dos conflitos sociais do que para aquela finalidade que lhe fora destinada.

Depois de explicar essa duplicidade da instrumentalidade, dizendo que essa pode servir tanto ao bem como ao mal (ser veneno; ou ser remédio); explica que entende como problema da teoria da *função instrumental*, da instrumentalidade hipotética, de CALAMANDREI, o fato de não conseguir superar sua ligação com a denominada *teoria concreta do direito de ação*. Isso porque só se poderia caracterizar a tutela cautelar como instrumental se estivéssemos a supor que o litigante que dela se serve viesse afinal a sagrar-se vencedor, no processo satisfativo; pois, do contrário, a tutela cautelar e todo respectivo procedimento, armado pelo litigante sem direito, teriam desservido ao direito e complicado inutilmente o processo.

Essa é visão do referido autor, porém a grande maioria da doutrina entende como sendo o processo cautelar um instrumento de proteção ao processo.

## 4.2. AUTONOMIA

O Código de Processo Civil pátrio de 1973 ao reservar para a atividade cautelar um livro próprio (III), colocando-o em pé de igualdade com as funções de conhecimento e execução, tomou atitude sem precedentes na legislação de outros povos.<sup>44</sup> Isso significa uma afirmação da autonomia desse processo.

Remotamente, a ação cautelar foi considerada apenas um apêndice das demais. Atribuiu-se a *CHIOVENDA* o mérito de, pela primeira vez, sustentar a autonomia da ação cautelar. Posteriormente, *CARNELUTTI* e *LIEBMAN*<sup>45</sup> aprofundaram o estudo da tese que a doutrina moderna acabou por consagrar.<sup>46</sup>

O processo cautelar, apesar de dependente de um outro processo, é autônomo porque é um outro processo que enseja uma nova relação jurídica; que nasce com uma petição inicial própria, e termina necessariamente com uma sentença. Tem objeto, objetivos, condições e razão de ser específicos, diferentes do processo principal. Por isso diz-se que é um processo com uma autonomia técnica ou procedimental: possui seu próprio procedimento que não se confunde com o principal; entretanto, não é detentor de autonomia ontológica<sup>47</sup> ( em si mesmo, pois sempre protege um processo principal)<sup>48</sup>; pode-se dizer, no entanto, que trata-se de

<sup>44</sup> “Um dos aspectos que singulariza o Código atual, em confronto com os vigentes em outro países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntivo tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana. (Galeno Lacerda. Op. Cit. 2 p.).

<sup>45</sup> “Liebman já ressaltara: o processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria, uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória.” (Shimura. Op. Cit. 37 p.)

<sup>46</sup> ZANFERDINI. Flávia de Almeida Montigelli Zanferdini. Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano. Revista Síntese de Processo Civil – nº16 – Mar – Abr/2002.

<sup>47</sup> “(...) O processo cautelar é autônomo (procedimentalmente) do principal, embora seja dele dependente, em seu caráter ontológico (CPC 796). (...) (JÚNIOR. Nelson Nery; NERY.Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor.6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1070 p.).

<sup>48</sup> “Declarada improcedente a ação principal, com trânsito em julgado, a ação cautelar perde a sua eficácia, acessória que é daquela...” ( JUNIOR. Nelso Nery. Op. Cit. 1088 p.) O arresto não teria porque existir sem um processo principal. No entanto, essa dependência ontológica comporta exceções, como no caso das vistorias ad perpetua rei memoriam, pois, a prova produzida neste procedimento já esta eternizada, não dependendo, para continuar existindo, de um processo principal.

uma autonomia teleológica<sup>49</sup>, levando em consideração que tem o processo cautelar um fim próprio (resultado pretendido: a segurança) que é o de assegurar o resultado prático do processo principal. (Isso sem olvidar de que nenhum processo é um fim em si mesmo, dada a função instrumental.) Na lição do estimado professor Shimura: “Quando se fala em autonomia, pretende-se aludir ao **fim** de cada processo.”<sup>50</sup> (grifo nosso.)

Isso significa que mesmo o processo cautelar existindo em função do processo principal: depende sempre da existência ou da probabilidade de existência de um direito a ser demonstrado no processo principal. Entretanto suas metas e seu procedimento são próprios e autônomos. Sequer se admite a cumulação do pedido cautelar com o principal, não há compatibilidade de ritos.<sup>51</sup> O processo cautelar é uma tutela de urgência, fundada em cognição sumária; o processo de conhecimento é exauriente e destina-se a resolver a lide.

Onde a autonomia mais se destaca é no comando do artigo 810 do CPC que estabelece que o indeferimento do processo cautelar não obsta a que a parte intente o processo principal, nem influi em seu julgamento, ou seja, o resultado de um não reflete na substância do outro; pode ocorrer, por exemplo, improcedência na ação de

---

<sup>49</sup> “1. Acessoriedade. A finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução.” (JÚNIOR. Nelson Nery; NERY. ROSA Maria de Andrade. Op. Cit. 1069 p.). Se o processo cautelar tem uma finalidade que lhe é peculiar, mister se faz conhecer sua autonomia teleológica, ou seja, seu fim próprio que não confunde-se com o fim do processo principal que é um fim que visa a satisfação do direito; enquanto o fim do processo cautelar é assegurar o resultado de outro processo.

“A posição de destaque que ocupa no código (livro III), ao lado do processo de conhecimento e de execução, e a sua teleologia, lhe permitem gozar de uma autonomia plena como processo específico, necessário a atuar em situações específicas. Visa a assegurar a eficácia da tutela jurisdicional prestada no processo principal e o equilíbrio entre as partes litigantes.” (JUNIOR. Mairan G. Maia. Revogabilidade das Medidas Cautelares. Revista de Processo. N.62, p. 200-213.)

<sup>50</sup> Op. Cit. 38 p.

<sup>51</sup> A jurisprudência assim já decidiu: “(...) A cumulação de pedidos, numa só petição, a nosso ver, contudo, pressupõe, em regra, homogeneidade da tutela jurisdicional (todos, em princípio, devem ser cognitivos, ou todos executivos, ou ainda, todos cautelares). A promiscuidade de pedidos heterogêneos, numa só relação processual, leva a impasses senão intoleráveis pelo menos indesejáveis, conduzindo, por outro lado, à evidente incompatibilidade de ritos.(...) Se se admitisse a cumulação, na mesma petição e, conseqüentemente, nos mesmos autos, do procedimento principal e do cautelar, este último seria conduzido ao rito ordinário ( art. 299, § 2º), o que redundaria em imediatos prejuízos para o requerente, caso não obtivesse a medida liminar, e, caso contrário, para o requerido, que só poderia obter o julgamento de sua defesa contra eventual irregularidade ou deficiência da medida preventiva, na sentença final da ação de mérito, de cujo recurso nem o autor, nem o réu conseguiria a força de efeito apenas devolutivo, como ocorre com a via recursal específica do processo cautelar (art.520, n°IV). ( Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão: 0277663-0. Apelação Cível Ano:1999. Relator: Juiz Dermival Almeida Campos. Data do Julgamento: 04/05/1999. JUIZ – Jurisprudência Informatizada Saraiva (21))

arresto, e procedência na ação principal de cobrança. Existe exceção a essa regra no caso do juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição, fato que será abordado oportunamente.( vide item 11).

O fato do artigo 810 confirmar que o processo principal não é prejudicado pelo cautelar, apesar da exceção de sua parte final, não vale para o caso contrário, ou seja, quando o processo principal é extinto, faz cessar a eficácia da medida cautelar concedida. Contudo, esse caráter de ser acessório, que não existe sem o principal; não retira sua autonomia<sup>52</sup>, o que é reconhecido pela jurisprudência<sup>53</sup> e também, pela doutrina:

Nesse particular, quando a decisão na ação principal influi no conteúdo da cautelar, revogando-a, podemos asseverar que o processo cautelar continua a ser autônomo, mas no aspecto processual, e não material. É *processualmente* autônomo na medida em que existe uma típica jurisdição cautelar, com processo específico, traçado por normas especiais. Processualmente é distinto; *materialmente* é vinculado.<sup>54</sup>

Portanto, o processo cautelar é autônomo, pois possui seu procedimento próprio:tutela de urgência, fundado em cognição sumária que, visa a assegurar o equilíbrio processual do processo principal, servindo, para tanto, de garantia; que não se confunde com o processo principal, seja ele de conhecimento ou de execução, de cunho satisfativo. Vê-se que possuem finalidades distintas, forte razão para não serem confundidos.

<sup>52</sup> “Vale dizer, não é porque é acessório que não possua uma *finalidade própria*.” (Shimura. Op. Cit. 39 p.)

<sup>53</sup> “(...) Assinala-se que, em tese, a medida cautelar objetiva prevenir o exercício prático do processo de conhecimento ou de execução, sendo, portanto, acessória, sob o ângulo processual, recebendo sempre reflexos do feito principal, sem que com isso perca a autonomia, já que se orienta por princípios que só a mesma se referem, constituindo sua característica básica e fundamental o acautelamento provisório da demanda principal elucidando , a propósito, Ernane Fidélis dos Santos (Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro, p. 23) que essa medida “tem por finalidade assegurar a eficácia do processo, de modo que o tempo não impeça ou dificulte sua efetivação.” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Acórdão: 0299396-8. Agravo de Instrumento Cível Ano:1999. Relator: Juíza Jurema Brasil Marins. Data do Julg.:22/03.2000. JUIZ – Jurisprudência Informatizada Saraiva (21) )

<sup>54</sup> Shimura. Op. Cit. 38p.

Sobre a extinção do processo cautelar, o estimado professor Gelson A. de Souza nos esclarece:

Sempre que a ação principal for extinta antes de julgado o processo cautelar este também será extinto. Entretanto, se o cautelar já estiver com julgamento, este não será desfeito pois, em relação ao julgamento, os processos são autônomos.<sup>55</sup>

Consoante com o ensinamento supra, quando o processo principal acaba, o processo cautelar não tem mais seu objeto de tutela; logo, é extinto<sup>56</sup>. No entanto, quando já existe uma sentença, essa é eterna. O que ocorre, pois, é a cessação da eficácia desta.

Não há como discorrer sobre o assunto da autonomia do processo cautelar sem adentrar na questão do artigo 796 do CPC que diz: “O *procedimento cautelar* pode ser instaurado antes ou no curso do processo e deste é **sempre dependente**.”(grifo nosso). O pomo da discórdia é: como uma coisa pode ser *autônoma* e *sempre dependente* ao mesmo tempo? Por causa dessa aparente incongruência esse artigo já recebeu diversas críticas; dizendo ser um enorme contra-senso afirmar a tal ponto a autonomia do processo cautelar, consagrando-lhe um livro próprio no código e, de outro lado, declarar logo no primeiro artigo que, esse é *sempre dependente* do processo principal. Todavia, essa dependência a que alude o artigo ora em análise refere-se a eficácia do processo cautelar dita no parágrafo anterior e não alcança a autonomia técnica dessa espécie de processo: “*Uma coisa é*

---

<sup>55</sup> Op. Cit.46 p.

<sup>56</sup> No tocante ao fato do processo principal extinto, extinguir também o processo cautelar, ou sua eficácia; e do processo cautelar que reconhece prescrição ou decadência impedir propositura do principal, segue ensinamento de BARBOSA MOREIRA:” Não obstante acessório, o processo cautelar é distinto do processo de conhecimento ou de execução a que acede. O desenvolvimento de um não afeta o do outro, salvo disposição especial em contrário; mas pode haver interferências recíprocas, que se explicam pela íntima vinculação entre ambos.” (O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 312 p.).

*a função, a pretensão e a ação. Outra, a eficácia do processo. O artigo em exame cogita da eficácia, e esta mesmo comporta distinções.*"<sup>57</sup>

O processo cautelar tem sua autonomia em relação ao processo principal, tanto é assim que, é processado em ação apartada; nesse mesmo exemplo, explica-se a dependência pelo artigo 809 que manda apensar o processo cautelar ao processo principal. Ora, *esse artigo confirma tanto a autonomia*, quando manda apensar diz que será feito, logo, em autos apartados, com procedimento próprio; *quanto a dependência*, o próprio fato de apensar ao processo principal.

Entretanto, essa dependência não significa subordinação, e sim, um vínculo da própria instrumentalidade, vejamos:

O art. 796 do CPC, através de um linguajar impróprio, estatui ser o processo cautelar sempre "dependente" do processo principal. A dependência a que aduz esse artigo, não significa uma dependência no sentido léxico (subordinado) da palavra, como que se quisesse traduzir uma sujeição formal e substancial do processo cautelar, mas sim um vínculo de instrumentalidade existente entre ele e o principal, que se explica ante sua finalidade. Pressupõe a existência ou a probabilidade de vir a existir um processo de natureza satisfativa. A dependência que parte da doutrina tenta imputar ao processo cautelar é falsa.(...)<sup>58</sup>

O que há entre o processo principal e o cautelar, é sim, um vínculo de instrumentalidade, que faz o cautelar existir para proteger o processo principal e manter o equilíbrio processual entre as partes litigantes, o que não pode ser confundido com dependência. É autônomo sim, processualmente, todavia, mesmo sendo autônomo, sem o processo principal não haverá porque ele existir, não haverá o que ele proteger.

<sup>57</sup> LACERDA. Galeno. Op. Cit. 34 p.

<sup>58</sup> JUNIOR. Mairan G. Maia. Revogabilidade das Medidas Cautelares. Revista de Processo. N.62, p. 200-213.

Galeno Lacerda entende que a expressão *sempre dependente* deve ser entendida em sintonia com os artigos 806, 807, 808 e 811 do CPC, no que concerne à ação cautelar jurisdicional antecedente, pois, estas perdem a eficácia se não proposta a ação principal no prazo de trinta dias (806 e 808,I), ou se extinto o processo principal com ou sem julgamento de mérito (art. 808, II), tudo acrescido da graves responsabilidades do autor da ação de segurança vinculadas à sorte da ação principal (art. 811).<sup>59</sup> E ainda acrescenta:

Nada disto se verifica nas cautelas antecedentes voluntárias ou administrativas, como a mera antecipação de prova, as comunicações preventivas de vontade e outros processos de igual natureza já assinalados. Nestes, não existe a subordinação jurisdicional de eficácia que torna as ações cautelares “sempre dependentes” do proceso principal.<sup>60</sup>

Continuando o raciocínio do autor supra, é evidente que essas considerações somente aplicam-se às medidas antecedentes. “As incidentes, qualquer que seja sua natureza, se formalizam em função de um processo principal preexistente, ao qual se vinculam e do qual evidentemente dependem.”<sup>61</sup> Entretanto, lembramos que somente se diferencia a antecedente, no caso, com relação ao prazo, pois na ação cautelar incidente, a ação principal já estará proposta. Mas, mesmo sendo incidente, a regra no caso da ação principal ser extinta é a mesma, a cautelar também é extinta.

Outro aspecto de sua autonomia, são os requisitos próprios que possui o processo cautelar (*periculum in mora e fumus boni iuris*) o que faz com que as provas que serão engendradas (art. 801, V) nesse processo sejam também diferentes das do processo principal, pois prestam-se a prová-los, quer dizer, devem provar a situação de perigo e a fumaça do bom direito.

---

<sup>59</sup> Op. Cit. 34p.

<sup>60</sup> Idem. Pág.35.

<sup>61</sup> Idem. Pág. 36.

Em uma última consideração sobre o assunto, cumpre ressaltar que, quanto a medida tema desse trabalho: o arresto - em sua inicial, sempre deve haver a especificação do direito material a ser protegido ( art.801,III), sobretudo quando for *antecedente*, isto é, quando ainda não houver processo principal presente.<sup>62</sup>

### 4.3 PROVISORIEDADE

A característica de provisoriedade das cautelares concerne ao fato de esta nascer com previsão para seu fim; destina a durar por um espaço de tempo limitado, porque a situação preservada pelo processo cautelar não é definitiva:

Pelo fato de o processo cautelar ter por finalidade a segurança e utilidade de um outro, o principal, tem-se que a medida preventiva é provisória, não se revestindo de definitividade, própria das ações de conhecimento e execução. Surge com previsão de término de sua eficácia, quando será modificada, absorvida ou substituída por outra, definitiva e de mérito no feito principal. Não sobrevive senão em virtude de um feito principal.<sup>63</sup>

Essa provisoriedade descende da doutrina de CALAMANDREI, que em sua obra distinguiu entre o que é *provisório* e o que é *temporário*. Diz que o que é temporário dura um certo tempo limitado e depois desaparece, não pressupõe a ocorrência de outro evento futuro que o substitua; porquanto aquilo que é *provisório*, como os provimento cautelares, também não são destinados a durar para sempre, mas ao contrário do que é temporário, esta destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário, o que faz com que seus efeitos

---

<sup>62</sup> SHIMURA. Op. Cit. 39 p.

<sup>63</sup> SHIMURA, Op. Cit. 39p.

desapareçam<sup>64</sup>, portanto, são temporários no sentido de interinos. Assim explicou CALAMANDREI:

É oportuno no entanto advertir que o conceito de provisoriedade (e como aquele, coincidente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporaneidade. Temporâneo é simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando sobrevenha um evento futuro sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no íterim (No vocabulário de RIGUTINI, a diferença entre os dois conceitos é assim indicada: temporâneo “ que ocorre a tempo, não perpétuo” ; provisório diz-se de coisa “ feita para provisão e a tempo, até que possa fazer-se outra estável e durável.” ). Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo *intermediário* que precede o evento esperado.<sup>65</sup>

É o que ocorre no caso do arresto que converte-se em penhora, artigo 818 do CPC.

Em sendo a medida cautelar provisória, isso não significa que toda medida provisória seja cautelar. As liminares concedidas em certos procedimentos especiais de mérito como o mandado de segurança, são exemplos de medidas provisórias, mas não cautelares.

Não cautelares, porque no mandado de segurança há uma antecipação do pedido final da ação, o que faz a liminar: satisfativa. O que se sabe, foge

---

<sup>64</sup> “ Para uma compreensão adequada da diferença entre o que seja *provisório*, podemos valer-nos de um ilustrativo exemplo empregado por LOPES DA COSTA (Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação, p. 16).

Os andaimes, diz LOPES DA COSTA, são temporários, mas não são provisórios. Eles devem permanecer até que o trabalho exterior de construção seja ultimado. “ São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los” . Esta *temporiedade*, no entanto, difere do modo como o desbravador do sertão se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função *provisória*, dado que seu uso estará limitado ao tempo necessário à construção da habitação definitiva que a substituirá. “ O provisório é sempre trocado por um definitivo”. (Apud. SILVA. Ovídio Batista da. Op. Cit. 65 p.).

<sup>65</sup> Op. Cit. 25 p.

absolutamente da natureza das cautelares; provimentos que não atingem o mérito de uma ação principal; posto possuam mérito próprio, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

#### 4.4 REVOGABILIDADE

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; *mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.*(grifo nosso).(Código de Processo Civil)

A possibilidade da medida cautelar ser revogada ou modificada decorre de sua natureza de tutela de urgência, significa dizer, cessando a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução. As medidas cautelares, como ensinava LOPES DA COSTA, são concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação, de maneira que, o juiz resolve então, *rebus sic stantibus*.<sup>66</sup> Veja comentário de EDUARDO MELO DE MESQUITA:

A intemperatividade de medidas urgentes com o propósito de evitar danos ocasionados pela morosidade impõe a *sumariedade* do procedimento. Daí a impossibilidade de *definitividade* da tutela que objetiva afastar a uma situação de risco. Afirma-se, por isso, que a tutela cautelar é *provisória*.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Apud Junior, Humberto Theodoro. Op. Cit. 74 p.

<sup>67</sup> As Tutelas Cautelar e Antecipada. 1 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 208 p.

A citação supra é empregada para demonstrar que, devido a sumariedade do procedimento, o processo cautelar não tem aptidão para a definição, devendo, pois, dinamizar-se conforme os fatos e, para isso, pode ser revogada (caso não necessite mais da proteção) ou substituído (para outra espécie de proteção). Rege-se, a tutela cautelar, de acordo com o momento.

No processo cautelar, a sumariedade é consequência de fundamento, consubstânciado no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, quer dizer que, como a proteção deve chegar sem mais delongas, o juiz deve contentar-se com a *plausibilidade* do direito ou interesse alegado e, seu consequente perigo de demora, sem implicar cerceamento de defesa, pois, no processo cautelar não há uma dilação probatória para se conhecer dos fatos, isso é matéria do processo principal. No processo cautelar a matéria diz respeito a *plausibilidade* do direito e perigo da demora, pois que, para que haja proteção eficaz, deve essa se ater à situação fática e, dependendo da mudança dos fatos, mister se faz a mudança da segurança.

Revogação da medida cautelar é diferente de modificação. Modificar tem o sentido de conversão. Como nos casos em que se converte o depósito em arresto. Essa ocorre quando há mudança na situação fática (*periculum in mora*) que ensejou a necessidade de segurança, havendo a necessidade de adequação da medida.

Revogação importa “... a subtração total da eficácia da medida deferida, retirando à parte toda a tutela cautelar, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.”<sup>68</sup>

A medida cautelar concedida em sede de liminar pode também, evidentemente, ser revogada; e sua revogação é automática quando a ação cautelar

---

<sup>68</sup> JUNIOR. Humberto Theodoro. Processo Cautelar. Op. Cit. 182 p.

é julgada improcedente.<sup>69</sup> “Revogadas a qualquer momento” que diz o artigo 807, evidentemente, significa, até a sentença, que é o entretempo da medida cautelar.<sup>70</sup>

A modificação e a revogação das medidas cautelares não podem ser dadas de ofício, nem como resposta a pedido unilateralmente formulado por uma das partes. Devem ser pleiteadas em ação com procedimento especial, distinto daquele em que se ordenou a medida, com obrigatória audiência da outra parte, e com provas de que a situação fática transmutou-se.<sup>71</sup> Ocorre, no caso, uma ação cautelar em sentido inverso, como a que se usou para alcançar a medida, obedecendo, pois, o procedimento cautelar comum, sendo também contencioso, como é o arresto.

Salvo, tratar-se de uma simples *substituição* de medida originária por caução ou por outra garantia menos gravosa para o requerido; quando poderá ser decretada no bojo do processo já existente<sup>72</sup>. A substituição é regulada no artigo 805 do CPC: *“A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”*<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> “Na verdade, são características provenientes da própria teleologia e natureza do processo cautelar, pois a tutela cautelar atua no mundo empírico em razão de uma situação fática-situação objetiva de perigo eminente (periculum in mora) – que poderá cessar ou alterar-se a qualquer momento.” (JUNIOR. Mairan G. Maia. Revogabilidade das Medidas Cautelares. Revista de Processo. N.62, p. 200-213.)

<sup>70</sup> “A revogação da medida cautelar só poderá ocorrer quando se verificar o perecimento da situação periclitante, pois a função precípua da medida assecuratória estará comprometida, tornado-se despicienda a sua manutenção. (JUNIOR. Mairan G. Maia. Revogabilidade das Medidas Cautelares. Revista de Processo. N.62, p. 200-213.)

<sup>71</sup> JUNIOR. Humberto Theodoro. Processo Cautelar. Op. Cit. 182 p.

<sup>72</sup> Idem. Ibidem.

<sup>73</sup> “A lei autoriza seja prestada caução real ou fidejussória. No caso, o bem oferecido pela impetrante (um imóvel) constitui caução que, em princípio, se mostra adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC805). Não há razão de fato ou de direito para arecusa, ou para a exigência de depósito em dinheiro (CPC827). Como já decidiu este Tribunal, o juiz decide sobre a suficiência, cabendo-lhe examinar se a caução (garantia) oferecida é bastante ou não; não lhe é dado determinar qual a espécie de caução devida (JTA 108/84) (1º TACivSP MS 524072-8, Juiz Alexandre Germano, Vice Presidente, concessão de liminar em 3.8.1992).” (Nery, Nelson. Op. Cit. 1085 p.)

-Em sentido contrário, admitindo ao juiz indeferir a caução por, além de insuficiente, ser inadequada : “Fica a critério do juiz a apreciação da idoneidade da caução, podendo exigir a prestação de outra garantia, se a indicada não lhe parecer adequada ou suficiente” (JTJ 184/219).” (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 5.ed. em cd-row/2000. Nota 1-a do artigo 805.)

## CAPÍTULO II:

### ARRESTO

#### 5. Conceito

O arresto é uma medida cautelar nominada, prevista nos artigos 813 a 821 do Código de Processo Civil. É de natureza tipicamente cautelar, ou seja, não é daquelas medidas que figuram no CPC como cautelares, mas, que na verdade, não têm natureza cautelar, como, por exemplo, a notificação. Vale dizer ainda que por ser uma autêntica medida cautelar não ultrapassa as barreiras da prevenção, não satisfatividade, e da provisoriedade.<sup>74</sup>

Arresto ou embargo como diziam os antigos, é medida preventiva que consiste na apreensão judicial de quaisquer bens do devedor para garantia de futura execução por quantia certa.

O arresto é medida obtida tipicamente por processo<sup>75</sup> e *deve terminar sempre por sentença*. É medida cautelar que pode ser tanto *antecedente* quanto *incidente*.

---

-“Se a caução for requerida pela parte, obedecerá ao disposto nos arts. 826 a 838; se determinada pelo juiz, não estará sujeita a esse procedimento.” (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 5.ed. em cd-row/2000. Nota 1 do artigo 805.)

<sup>74</sup> “Constitui medida cautelar típica, preventiva e provisória, que busca eliminar o perigo de dano jurídico capaz de pôr em risco a execução por quantia certa, mediante constrição de bens suficientes do devedor sobre os quais incidirá a penhora (ou arrecadação se se tratar de insolvência.” SHIMURA, S. S. Op. Cit 66 p.)

<sup>75</sup> há exceções, como o arresto do 653 do CPC. No entanto, aqui só trataremos do arresto obtido por processo.

Julgada procedente a ação principal, a qual o processo cautelar de arresto é instrumento de proteção, o arresto resolve-se em penhora (818 CPC) , um efeito da provisoriedade; e, aplicam-se as normas referentes à penhora no arresto (821 CPC).

O processo cautelar de arresto, acessório que é, deve, como enuncia o artigo 809, ser apensado ao principal.

O arresto, portanto, é uma medida cautelar destinada a assegurar um crédito, mediante constrição de bens; pode ser tanto antecedente quanto incidente; é uma medida cautelar nominada e; contenciosa, existe litígio.

Por derradeiro, serve o arresto a proteção dos créditos quirografários. O credor quirografário é aquele que não tem título que le dê preferência, possui os mesmos direitos que os credores comuns. Esta nesta categoria o titular de letra de câmbio, duplicata, nota promissória, cheque debênture.

## **6. HISTÓRICO**

A idéia de tutela cautelar como conhecemos hoje é relativamente recente, data do século X VIII o início da doutrina tal qual estudamos hoje.

Não é possível buscar a formação do arresto em apenas uma época ou lugar, porque foi um processo de desenvolvimento lógico de uma idéia, ou melhor, de um ideal.

E esse ideal era o de segurança das relações jurídicas. Portanto pode-se dizer que esse instituto do direito que serve-se à segurança surgiu como uma *sugestão da vida*; que os remédios jurídicos processuais de segurança foram sendo revelados aos poucos, em todos os povos. Nos dizeres de Pontes de Miranda:

(...) Compreende-se, pois, que povos diferentes criem medidas diferentes (...)Na verdade, sociologicamente, cada cultura vai revelando a pretensão à segurança e dando, com as diferenças de espaço e de tempo, em que se manifestam os seus pensadores e a sua técnica processual, as soluções que lhe pareceram melhores, ou que as suas condições de eficiência legislativa permitiram<sup>76</sup>.

Reputa-se a origem dos processos de cognição sumária e coercitivos aos interditos romanos que, consistiam em ordem emitida pelo magistrado impondo certo comportamento a uma pessoa privada, mediante pedido de outra, normalmente envolvendo direitos absolutos. Resultava de uma decisão para *proteger* o possuidor que, despido de domínio, não tinha meios de assegurar sua posse pacífica. Já apresentando o caráter cautelar, pois. O interdito ou *interdictas* é de origem incerta, porém, situa-se entre a data da instituição do pretor urbano até final do século III a. C. A ordem fulcrada em poder de *imperium* tinha natureza administrativa ou de política administrativa. Com efeito, daí extrai-se que o fim último, normalmente, era a tutela do estado atual da coisa litigiosa, caracterizando a natureza tipicamente cautelar do interdito. No entanto, a ordem, podendo ser desacetada, não possuía

---

<sup>76</sup> MIRANDA, Pontes de. História e prática do arresto ou embargo. 1 ed. Campinas-SP: Bookseller, 1999, 11 p.

natureza absoluta e definitiva, pois desobedecida, instaurava-se um processo caracteristicamente ordinário.<sup>77</sup>

A medida de segurança do homem primitivo não recaia em bens patrimoniais como é hoje. A lei das XII tábuas: primeira legislação escrita dos romanos, estabelecida por um conselho de dez governantes em Roma, e gravada em doze tábuas de bronze em 450 A.C. continha o *nexum*: meio de garantia da própria pessoa diante do empréstimo em dinheiro. Se o devedor não pagasse, ficava, por ordem do magistrado, à merce do credor, e não se livrava do *nexum* enquanto não pagasse a dívida, porém, não era transformado em escravo.

Havia ainda a *pignoris capio*, que consistia na apreensão dos bens do devedor, sem necessidade de ordem judicial, tendo o inconveniente de levar a pessoa à miséria. Importante lembrar que ainda, como é evidente, não era um procedimento de modo algum assemelhável ao arresto de hoje, a não ser pela característica da segurança (dada ao modo da época). E é esta característica e sua evolução até os meios de proteção processuais existentes hoje, especificamente o arresto, que esta sendo analisado aqui.

Na verdade, nem o direito romano, nem o canônico, conheceram o arresto, mas conseguiam resultados aproximados com a *missio in possessionem* e a *sequestratio*.<sup>78</sup>

Com a queda do império romano e a invasão bárbara: que foi a invasão de vários povos na roma decadente, sobretudo os germânicos, no século IV; dois sistemas confrontaram-se: o romano que exigia uma ampla cognição para a execução; e o germânico, que se iniciava pela execução contra o devedor, que devia pagar ou jurar, para depois defender-se por meio de uma ação contrária.<sup>79</sup>

Dessa união surgiu o direito lomgobardo, prevendo a *penhora arbitrária*, fonte do arresto italiano.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> MESQUITA. Eduardo Melo de. Op. Cit. 187 p.

<sup>78</sup> MIRANDA, P. D. Op. Cit. 11 p.

<sup>79</sup> SHIMURA. Op. Cit. 70 p.

<sup>80</sup> Idem. Ibidem

Se o arresto italiano tem como fonte o direito longobardo; é certo que o direito germânico encontra raízes no direito *carolíngio*: época da dinastia franca do século XVIII, com o instituto da *missio in bannum*.<sup>81</sup> E trouxe como inovação, com os carolíngios, o fato de abarcar também os bens imóveis, pois, até então somente cabia esse tipo de medida com os bens móveis. O direito alemão, diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, recebeu inovações mais de forma do que de fundo do direito estrangeiro, sendo a mais importante a que consistiu na separação do processo de arresto da causa principal, pois na Alemanha a solução de ambos se dava na mesma audiência.<sup>82</sup> Pode-se vislumbrar aí, já o que seria um começo da autonomia do processo de arresto.

Sabe-se que o homem, com o decorrer da evolução, fica cada vez mais sofisticado, o que faz com que abandone as medidas drásticas e adquira meios mais sutis e cada vez mais humanos de solução dos conflitos, onde a vida e a liberdade não podem ser suprimidos como consequência do não cumprimento de obrigações de ordem civil; foi assim que veio o direito deixando no passado o arresto pessoal e estabelecendo o arresto real, cujos fins são os mesmos e apenas se distinguem em que, neste, a coerção é indireta, enquanto, naquele, é direta.<sup>83</sup>

A expressão arresto surgiu no ano 1440 em Portugal (advindo do francês arrêt) já com o significado jurídico de medida preventiva que consiste na apreensão judicial de bens do devedor, para garantir a futura cobrança da dívida<sup>84</sup> e o que conclui-se é que o arresto, como é conhecido atualmente, deita raízes tanto no direito romano quanto no intermédio: o italiano e o alemão; não sendo possível atribuir a apenas um o seu nascedouro, pois, como visto, foi todo um processo de evolução no objetivo da segurança para o direito que originou o arresto hodierno.

Hoje, portanto, a tutela cautelar encontra sua importância na busca incessante de se dar efetividade à prestação jurisdicional e atingir a segurança e a maior

---

<sup>81</sup> Idem. 71 p.

<sup>82</sup> Op. Cit. 203 p.

<sup>83</sup> MIRANDA. Op. Cit. 14 p.

<sup>84</sup> HOUAISS, A. Dicionário da Língua Portuguesa. 2001. 301 p.

perfeição possível na aplicação do direito; buscando-se, para tanto, uma maior agilização do procedimento, assim como tutelas adequadas para cada tipo de direito.

## **7. INTRODUÇÃO: O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA.**

São necessários para a concessão de toda e qualquer providência cautelar, enquanto espécie de tutela de urgência: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como já salientado, o processo cautelar visa a assegurar um resultado eficaz para o processo principal. Portanto, este há de ser dotado de um procedimento que, seja necessariamente, mais célere que o do processo principal. Desse modo, entre o fazer bem, porém demoradamente; e o fazer rápido, e por conseguinte, sem uma análise exauriente do que é pleiteado: optou o processo cautelar pelo último.<sup>85</sup>

Nesse diapasão é que entra o *fumus boni iuris*: que significa *fumaça do bom direito* – e, desse modo, já tras ínsita a idéia de urgência, pois, *fumaça* aqui é empregado no sentido de *aparência*, logo não almeja a definitividade e a certeza tão característicos do processo de conhecimento.

E ainda o *periculum in mora*: que é o *perigo da demora* que esta sujeito a coisa objeto do processo principal, que, caso não receba a proteção cautelar, corre o risco de se deteriorar ou, até mesmo, de se dissipar.

## 7.1 FUMUS BONI IURIS

---

<sup>85</sup> “... as circunstância geradoras de uma situação de urgência, que reclame uma forma de tutela imediata, coloca o estado, a quem incumbe o dever de prestar jurisdição, entre duas alternativas igualmente insatisfatórias, impondo uma opção sempre perigosa, entre proteger a *aparência*, correndo o risco de oferecer proteção a quem, depois, se verifique não ser titular do direito que o magistrado inicialmente supusera existente, provocando incômodos e prejuízos àquele que haja sofrido a *proteção imediata da aparência*; ou então, preferindo o ordenamento jurídico seguir a outra alternativa, recusando a tutela imediata com base apenas no provável direito protegido, para somente decidir quando o julgador dispuser de todos os elementos capazes de propiciar-lhes um *juízo de certeza* sobre a existência do direito, certamente fará com que a sentença se tenha tornado inútil e tardia, dado que o direito, que exigia proteção imediata, por estar exposto a um dano irreparável, ao encerrar-se a demanda, provavelmente não terá mais condições de realizar-se concretamente. (SILVA, Ovídio baptista. Op. Cit. 55 p. ).

A expressão *fumus boni iuris* que dizer “fumaça do bom direito” ou “aparência do direito”, significa plausibilidade ou probabilidade de um direito.<sup>86</sup> Juntamente com o *periculum in mora*, constitui a espinha dorsal da ação cautelar, ou seja, ambos são a sustentação de toda a teoria da tutela jurisdicional cautelar.<sup>87</sup>

Não obstante a grande maioria da doutrina se utilizar dos termos plausibilidade e probabilidade do direito como sinônimos; preferimos, como professa EDUARDO MELO DE MESQUITA<sup>88</sup>, o termo *plausibilidade*, por ser mais adequado, deixando a *probabilidade* para a verossimilhança exigida na tutela antecipada do artigo 273 CPC pois, no processo cautelar, o *fumus boni iuris* pode aparecer com menor juízo de certeza do que na tutela antecipada. Para o processo cautelar, basta a *plausibilidade* dos fundamentos aduzidos e sérias razões que induzam à periclitância do direito da parte (*periculum in mora*) para que o ordenamento jurídico assegure uma tutela cautelar. Na dúvida, deve-se conceder a proteção cautelar, porém, nesses casos, exigindo-se caução. Veja o que professa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a esse respeito:

Está aí o confronto entre dois valores, o do escopo jurídico e o do social, que não constitui algo peculiar ao processo cautelar, mas que nele aparece de modo particularmente visível. Pode ser que, ao apoiar-se no mero *fumus*, o juiz conceda medida que corresponda afinal e se harmonize com a vontade concreta do direito substancial (v. g., quando concede um arresto a quem é realmente credor); mas pode ser também que a cautela concedida não guarde essa correspondência e o seu beneficiário não seja titular de direito algum a preservar. Eis o risco. Mas o *fumus boni iuris* expressa a probabilidade razoável e suficiente, que ao juiz compete medir em cada caso. Evitará quanto possível as cautelas constrictivas que discrepem do direito substancial, *mas preferirá errar concedendo as cautelas do que errar negando-as*: em situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito a sacrifício. Exemplo eloquente são os alimentos provisionais, ou os provisórios, concedidos para a subsistência do alimentando diante da razoável possibilidade de que entre as partes exista o vínculo alimentar.<sup>89</sup> (grifo nosso)

<sup>86</sup> “Interpretem-se, pois, as expressões lesão “a direito” e “direito ameaçado”, empregadas pelos arts. 798 e 801, IV, no sentido de *direito aparente*, ou seja, da existência em prol do autor daquilo que a doutrina tradicional, há séculos, exige para a ação cautelar: *o fumus boni iuris*.” ( LACERDA. Galeno. Op. Cit. 117 p.)

<sup>87</sup> NETO.Luia Orione. Tratado das Medidas Cautelares.1 ed.São Paulo: LEJUS, 2000. 454 p.

<sup>88</sup> Op. Cit. 300 p.

<sup>89</sup> A Instrumentalidade do Processo. 9 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2001. 260 p.

O mesmo autor ainda esclarece que, esse risco de se conceder a medida cautelar é atenuado em razão da menor imunidade das medidas cautelares a revisões e possível revogação, decorrência do menor nível de cognição a que é condicionada a concessão das medidas cautelares, pois concedidas em juízo de plausibilidade: “(...) *corre-se o risco de concedê-las sobre bases mais frágeis, mas sabe-se que poderão se revogadas se e quando estas ruírem diante de razões mais sólidas.*”<sup>90</sup>

O *fumus bomi iuris* e o *periculum in mora*, no processo cautelar, exercem função de mérito, constituem o fundamento; na tutela antecipada, funcionam como requisitos e, nesta, como é uma antecipação dos efeitos da decisão final, (não uma garantia, como é o processo cautelar), é mais lógico que devam apresentar-se com mais certeza. Veja o brilhante exemplo de ARRUDA ALVIM sobre a probabilidade exigida para a tutela antecipada:

Se coloco cinco bolas brancas e cinco vermelhas numa caixa, é difícil prever se vou tirar bola branca ou vermelha, porque o seu número é equivalente (são idênticos os motivos convergentes e divergentes). É possível que eu tire uma bola branca, mas é possível também que tire uma vermelha. A situação é de dúvida. Estaria no âmbito da mera possibilidade. Se aumento as bolas brancas e diminuo as vermelhas, começo a adentrar-me no campo da probabilidade. Se coloco seis bolas brancas e quatro vermelhas, é provável que eu tire bola branca, mas é possível que eu tire vermelha. À medida que vou colocando mais bolas brancas e diminuindo as vermelhas (sete bolas brancas e três vermelhas, oito brancas e duas vermelhas etc.), irei elevando o grau de probabilidade, chegando até uma situação próxima do probabilismo, já adentrando no domínio da certeza. Destarte, se coloco nove bolas brancas e uma vermelha, é possível que eu tire uma bola vermelha, porque ela está ali (há um motivo convergindo para isso), mas é provável (99,9%) que eu tire uma bola branca (há nove motivos convergindo para tanto). A probabilidade é o que fatalmente ocorrerá se não sobrevier algum motivo divergente; a possibilidade é o que não ocorrerá, salvo se sobrevier algum motivo convergente.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Op. Cit. 263 p.

<sup>91</sup> ALVIM. José Eduardo Carreira. Tutela Antecipada na Reforma Processual. Rio de Janeiro: Destaque. 36-37 p. apud MESQUITA. Eduardo Melo de. Op. Cit. 301 p.

No processo cautelar, portanto, não é necessária essa conta de probabilidade, porque se dá o *fumus boni iuris* com menor grau de intensidade<sup>92</sup>, deve haver, assim, a plausibilidade do direito alegado; basta que o credor se afirme como tal, demonstrando ao juiz a plausibilidade de seu direito e o sério risco a que o mesmo esteja exposto de não ser satisfeito pelo credor, por insuficiência de seu patrimônio, ao tempo em que lhe for possível a penhora e a correspondente execução, que estará legitimado para pedir o arresto de bens de seu presumível devedor.<sup>93</sup>

A declaração da existência ou inexistência de um direito é função típica do processo principal. Ao processo cautelar cabe, portanto, tendo em vista sua finalidade de proteger a efetividade daquele, apenas reconhecer a existência provável do direito a ser realizado no processo satisfativo. Basta que o direito seja aparente. Essa característica é correlata às expressões: cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória.<sup>94</sup> Quando o magistrado julga o processo cautelar, cabe-lhe apenas verificar se o direito material que a parte pleiteia é plausível, não cabendo uma análise profunda em sede de processo cautelar. Quem melhor definiu o *fumus boni iuris* foi CALAMANDREI, nos seguintes termos:

Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. O êxito dessa cognição sumária sobre a existência do direito tem, portanto, em cada caso, valor não de declaração, mas de hipóteses: se essa hipótese corresponde à realidade se poderá ver somente quando for emanado o procedimento principal. Não existe nunca, no interior do processo cautelar, uma fase ulterior destinada a aprofundar

---

<sup>92</sup> “A simples aparência de um direito (*fumus boni iuris*) obriga a ordem jurídica a prestar-lhe essa espécie de tutela especial, como uma forma adequada de proteção. A sentença de procedência na ação cautelar reconhece a existência de uma pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito. Apenas não a declara existente, bastando-lhe a *mera probabilidade* de sua efetiva existência.” (SHIMURA. Op. Cit. 43 p.)

<sup>93</sup> SILVA. Ovídio Baptista da. Op. Cit. 54 p.

<sup>94</sup> WAMBIER. Luiz Rodrigues. Op. Cit. 28 p.

essa investigação provisória sobre o direito e a transformar a hipótese em declaração.<sup>95</sup>

Em suma, no processo cautelar a cognição do juiz fica adstrita à possibilidade do direito material pleiteado no processo principal, e, como a lide satisfativa é matéria do processo principal não pode o processo cautelar alcançá-lo. Essa relação é bem exemplificada pelo professor WAMBIER: “Se A tiver o direito que alega ter (o que é provável), devo conceder a medida pleiteada, sob pena do risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz<sup>96</sup> (porque, por exemplo, o devedor não terá mais bens para satisfazer o crédito.) Daí pode-se entender que, para o processo cautelar, basta o *fumus boni iuris* como um corolário lógico do *periculum in mora*, haja vista ser a *urgência* uma premissa inarredável de todo provimento cautelar (A própria urgência traz a necessidade de uma cognição sumária.) “A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando fosse convocado para prestar tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume sempre existente.”<sup>97</sup> E isso é evidente, pois, no caso de um arresto, *v.g.*, o juiz deve concedê-lo, necessariamente, com ligeireza. Ademais, diz OVÍDIO BAPTISTA, caso o direito se apresente como uma realidade indiscutível, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a tutela de simples segurança; e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa.<sup>98</sup> Adverte ainda o referido autor que, quando se fala em direito aparente refere-se ao magistrado, pois, para a parte parte deve apresentar-se como algo indiscutivelmente existente.

Não se prova a aparência do direito apenas em depoimento testemunhal, como ficará demonstrado da análise do artigo 814, deve haver, ao menos, algum início de prova escrita. A verossimilhança do direito deve ser demonstrado de forma precisa, pois, esse é um requisito de suma importância, de modo que, a concessão

---

<sup>95</sup> CALAMANDREI. Op. Cit. 100 p.

<sup>96</sup> Op. Cit.

<sup>97</sup> SILVA. Ovídio baptista. Op. Cit. 76 p.

<sup>98</sup> Op. Cit. 77 p.

de uma segurança sem nenhuma presença deste fatalmente irá fracassar, pois se prestará a assegurar algo que não existe e, desse modo, a medida cautelar poderia produzir efeitos contrários aos que procura evitar.

Não obstante a grande maioria da doutrina entender que a análise concernente ao *fumus boni iuris* deve ser feita na cognição do direito material; surgiu um entendimento mais recente, derivado principalmente de estudos do professor RONALDO CUNHA CAMPOS, ao qual esposou-se HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>99</sup>, entendendo que, na verdade, a fumaça do bom direito não se deve ater à análise do direito material, e sim, na do direito processual, melhor dizendo, nas condições da ação principal – passando assim, a grosso modo, a ser uma “*fumaça do bom processo*”.

Segundo esse entendimento, considerando que o processo cautelar presta-se a assegurar a eficácia e utilidade ao provimento do processo principal, o correto seria verificar a verossimilhança do direito da parte quanto ao processo, e, não condicionar a tutela preventiva à verossimilhança do direito substancial da parte. E o faz sob o seguinte fundamento: se a tutela cuida de proteger o próprio processo, qual a relevância de um exame imperfeito e incompleto do direito material não tutelado na ação cautelar para controle de sua admissibilidade? E responde dizendo: se é ao processo que se visa garantir, necessita-se verificar não a existência ou probabilidade de direito subjetivo material, mas “*o direito da parte ao processo.*”<sup>100</sup> Sempre é oportuno rever as brilhantes palavras do professor mineiro HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que esclarece o entendimento de RONALDO CUNHA CAMPOS:

Se o pedido cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material. Importa, destarte, para apuração da admissibilidade da

---

<sup>99</sup> Tratando do tema no item 50 de seu livro “processo cautelar”(op. cit.), , sob a alcunha de: “moderna visão do problema do *fumus boni iuris*”, aduzindo ser esta a visão da “mais atualizada doutrina”.

<sup>100</sup> JÚNIOR. Humberto Theodoro. Op cit. 82 p.

ação cautelar, não prejudicar o mérito da causa principal, mas apurar se o pretendente reúne em si as condições ou requisitos da ação de mérito.<sup>101</sup>

Data vênia, a despeito dessas duas posições, entendemos que tanto a primeira quanto a segunda devem ser consideradas para a análise do *fumus boni iuris*. Portanto, entende-se aqui como a mestre da PUC-SP: BETINA RIZZATO LARA que, a melhor posição é a intermediária, ou seja, a análise do *fumus boni iuris* deve partir da possibilidade de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo principal e, para tanto, considera-se tanto a análise do direito material quanto a análise das condições do processo,<sup>102</sup> dentro dos limites da cognição superficial.

Deve-se, portanto, invocar para a análise do *fumus boni iuris*, a proporcionalidade e, ponderar para considerar o direito que estiver mais aparente ou sopesá-los a fim de formar no magistrado a convicção de que há verossimilhança do direito alegado.

Para reforçar o entendimento da necessidade de se verificar tanto o mérito quanto a questão processual veja as palavras esclarecedoras da mais recente doutrina em termos de processo cautelar do mestre da PUC-SP, EDUARDO MELO DE MESQUITA:

Haverá *fumus boni iuris* se a parte demonstrar as condições para exercer o direito de ação, se o fato narrado assegura pronunciamento de mérito, em tese, favorável. Por isso, o ordenamento jurídico garante a concessão de medidas provisórias e urgentes.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Idem Ibidem.

<sup>102</sup> *Liminares No Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT. 1994. 102 p.

<sup>103</sup> Op. Cit. 303 p.

Como se percebe, suas palavras são claras no sentido de considerar-se tanto o mérito como as condições da ação. As condições tanto da ação cautelar quanto da principal, veja que, por exemplo, se a parte não é legítima para o processo principal; também não será no cautelar, pois, é parte legítima no processo cautelar quem tem a legitimidade para ser parte no processo principal. É, com efeito, a posição mais ponderada, a de verificar-se, em certo juízo de proporcionalidade, a ocorrência tanto de um quanto de outro direito. Lembramos ainda que, a análise das condições da ação podem ser postergadas caso não seja possível conhecer delas no início da lide, devendo estas estarem preenchidas até o momento da sentença<sup>104</sup>. Portanto, em não sendo possível verificar as condições da ação no início da lide; mas, presente a verossimilhança do direito alegado (análise do direito material), deve ser concedida a tutela cautelar; se presente também o *periculum in mora*, é evidente.

## 7.2 PERICULUM IN MORA

*PERICULUM IN MORA. CARACTERIZAÇÃO.* “Periculum in mora é dado do mundo empírico, capaz de ensejar um prejuízo, o qual poderá ter, inclusive, conotação econômica, mas deverá sê-lo, antes de tudo e sobretudo, eminentemente jurídico, no sentido de ser algo atual, real e capaz de afetar o sucesso e a eficácia do processo principal, bem como o equilíbrio das partes litigantes” (Justiça Federal – Seção judiciária do Espírito Santo, Proc. N.93 – 0001152, jiz Macário Júdice Neto, j. 12.5.199).<sup>105</sup>

<sup>104</sup> “*Momento em que devem estar preenchidas as condições da ação.* Não só para propor ou contestar a ação, mas também para ter direito a obter sentença de mérito (favorável ou desfavorável) é necessária a presença das condições da ação (legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido – CPC 267, VI) no momento da prolação da sentença. Se faltantes quando da propositura, mas completadas no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito (Liebman, Manuale ...); presentes quando do ajuizamento mas ausentes posteriormente, dá-se a carência (art. 301, X), devendo o juiz extinguir o processo sem o julgamento do mérito (RT 489/143;...). Caso não existam elementos no processo para que o juiz aprecie as condições da ação na fase de saneamento do processo, poderá fazê-lo quando da prolação da sentença, pois se trata de matéria de ordem pública (RJTJSP 139/181) (NERY, NELSON. Op. Cit. 255 p.)

<sup>105</sup> NERY. Nelson. Op. Cit. 1077 p.

*Periculum in mora* quer dizer o perigo da demora . Perigo esse que faz com que a parte faça uso de uma tutela de urgência, como é o processo cautelar, para não ver seu pretense direito esvaído antes de devidamente conhecido pelo processo principal.

O código de Processo Civil no artigo 798 ao tratar do poder geral de cautela traduz o *periculum in mora* em sendo quando uma parte possa causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, no entanto, essa lesão ou perigo que corre a parte não é qualquer perigo; e sim, somente o perigo que possa afetar a eficácia do processo principal. Ainda observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que houve uma impropriedade terminológica do legislador ao falar em *fundado receio de dano ao direito de uma das partes* haja vista que, se ainda não houve o julgamento do processo principal, ainda não se pode falar em direito.<sup>106</sup> Diz também o autor:

Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isso pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal<sup>107</sup>.

Ainda fala o código em fundado receio de lesão grave “e” – (e não “ou”) – de difícil reparação. Deve o magistrado se apoiar em provas objetivas e não apenas no temor da parte. Não basta o depoimento da parte apenas; deve haver provas concretas que demonstrem o perigo da demora.

Para LOPES DA COSTA, o dano deve ser provável e não basta a possibilidade, eventualidade:

---

<sup>106</sup> Op. Cit. 83 p.

<sup>107</sup> Idem. Ibidem.

(...) possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O “ possível” abrange assim até mesmo o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A “probabilidade” é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras de experiência comum ou da experiência técnica.<sup>108</sup>

Portanto, o *periculum in mora* é a situação capaz de desfazer o equilíbrio das partes no curso do processo e que com isso afete de modo grave a eficácia do processo principal.

Não se refere apenas à questão do tempo em relação ao processo ou provável demora na prestação jurisdicional, apesar de que com ela se relaciona de forma intrínseca, pois, o perigo pode advir tanto da demora do próprio processo que é necessário para o conhecimento do direito (como colheita de provas, perícias, impugnações); quanto possa vir do perigo iminente oriundo da própria natureza do direito pleiteado que não pode esperar o procedimento normal da jurisdição.

Pode ainda o perigo advir de um ato da parte, como por exemplo, o devedor que realiza algum dos atos previstos no artigo 813 do CPC, que tentou definir os casos de *periculum in mora*, o que gerou críticas por parte da doutrina, como será visto quando da análise do referido artigo.

Esse ato pode, ainda, tanto criar uma situação de perigo quanto aumentar um perigo já pré-existente, pois, pode o perigo apresentar-se em diversos níveis, podendo, logo, não se apresentar como situação capaz de afetar a eficácia do processo principal em determinado grau, mas que, aumentado, gerará o perigo potencialmente nocivo ao processo que force a parte a se fazer valer de uma tutela cautelar. Portanto, quando se fala em perigo de dano, não se fala do perigo de dano que pode ser evitado com a própria tutela ordinária, pois o simples não recebimento de uma dívida no prazo já causa um perigo de dano, mas que pode ser objeto de

---

<sup>108</sup> Apud: JÚNIOR. Humberto Theodoro. Op. Cit. 84 p.

ação ordinária; mas sim do perigo: “É o perigo de dano que deve ser evitado com urgência, por meio de um remédio que se acrescenta, de forma particular e eventual, para cobrir o espaço deixado indefeso pela tutela geral”<sup>109</sup>. Portanto, reportando-se ao exemplo supra, a parte que não recebe no prazo estipulado pode se valer de ação de execução por quantia certa, por exemplo, então é este um perigo tutelado por uma ação ordinária, porém, se há um risco de que o credor não venha a receber por uma situação excepcional, por exemplo, que o devedor que possua bens de raiz, intenta aliená-los, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas (art. 813, III, CPC), nesse caso surgiu um perigo de dano que carece de uma proteção excepcional e urgente, que seria o caso de um arresto. Apenas a execução por quantia certa não seria o suficiente, pois seus trâmites normais demandam certo tempo, por exemplo a citação e a penhora, porque pode ser o caso de uma cautelar *inaudita altera parte*.

O dano que deve ser evitado através da medida cautelar é o dano iminente, quer dizer, aquele decorrente de um perigo imediato, que possa se verificar de um momento para outro, e que, provavelmente, se consumará antes da decisão final. Esse dano pode ainda ser atual ou, aquele causado pouco a pouco, em série, caso em que a medida serviria para obstar a sua continuidade ou agravamento.<sup>110</sup> Se o dano se consumir, não mais cabe ação cautelar; e sim ação de reparação, pois, não há mais o que acautelar.

No caso do arresto, a situação a ensejá-lo, ou seja, o perigo de perder a garantia ou de tornar ineficaz o processo principal deve ser, em regra, posterior ao crédito, salvo caso de ignorância da parte ou situação que esta não poderia razoavelmente conhecer.<sup>111</sup>

Importante deixar claro que, sempre que houver possibilidade de inviabilizar a execução, futura ou presente, pelo desvio de bens, por perigo posterior ao crédito ou não conhecido à época, é cabível o pedido de arresto. Serve-se, por exemplo, no caso de, na ação de execução, o executado ser citado e a penhora demorar a se

---

<sup>109</sup> LARA. Betina Rizzato. Op. Cit. 98 p.

<sup>110</sup> Idem. Ibidem.

<sup>111</sup> SHIMURA. Sérgio Seiji. Op. Cit. 79 p.

efetivar, nesse ínterim pode o devedor desaparecer com seus bens, logo, cabe arresto.

Serve o arresto, para proteger os credores quirografários. Haja vista que o credor com garantia real já dispõe de meios especiais de segurança para garantia de seu crédito, salvo se a garantia perecer ou tornar-se insuficiente ou litigiosa.

### 7.3 MÉRITO NO PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO

Já foi manifestado, no presente trabalho, o entendimento de que existe mérito no processo cautelar: que consiste no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Mérito próprio, é evidente; que não se confunde com o mérito do processo principal, pois, no processo cautelar há a lide de segurança, enquanto no processo de conhecimento há a pretensão resistida e, no processo de execução, a pretensão insatisfeita, como será demonstrado.

Essa não é uma posição tranquila na doutrina, aliás, a questão do mérito no processo cautelar não encontra “aguas mansas”, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Tanto é assim que, GALENO LACERDA, com sua autoridade superlativa, aduz ser a existência e definição do mérito na ação cautelar um dos temas mais polêmicos do moderno direito processual.<sup>112</sup>

Com efeito, há vários entendimentos divergentes. Uns dizem que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* constituem condições específicas do processo cautelar, este como interesse de agir, aquele como possibilidade jurídica do pedido; outros, que o *periculum in mora* corresponde ao interesse de agir, enquanto o *fumus boni iuris*, o mérito do processo cautelar.

---

<sup>112</sup> Op. Cit. Tomo I, 210 p.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, primeiro entendeu que o processo cautelar não continha mérito<sup>113</sup>, porém, depois reformulou seu pensamento, introduzindo o item 48-a em seu livro “Processo Cautelar”, onde demonstrou entendimento de que o *fumus* e o *periculum* devem figurar no mérito da ação cautelar.

Para se explicar o mérito no processo cautelar, mister se faz começar pela noção de lide, para assim, se chegar ao mérito.

Lide, consoante a lição de CARNELUTTI, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. Continuando. A lide, como professa ALFREDO BUZAID, na exposição de motivos do CPC<sup>114</sup>, é o objeto<sup>115</sup> principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes, pois, o processo é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para a solução dos conflitos. Isso porque o Estado moderno não tolera mais a justiça privada, desse modo, chamou para si o monopólio da solução dos conflitos jurídicos, configuradores de litígios ou lides, seja entre particulares, seja entre estes e o Estado.

Pois bem. A lide, do mundo dos fatos, quando é trasladada para o mundo dos autos, ou seja, para o processo, se transforma em mérito. Isso significa que o mérito do processo, nada mais é do que a lide – o conflito de interesses - introduzida nos limites processo. Ainda na lição de BUZAID, lide e mérito são sinônimos<sup>116</sup> em processo civil: “O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa”<sup>117</sup>. (e. g. arts. 5º, 22, 47, 110, 126, 132, 325, 462, 470, 610, 645 e 798.)

Entretanto, a lide, como fato sociológico, é composta de infindáveis elementos; enquanto o mérito é estremado por limites traçados na petição inicial, distinguindo-se

<sup>113</sup> Op. Cit. Processo Cautelar. 77 p.

<sup>114</sup> Capítulo II. Item 6.

<sup>115</sup> “Por *objeto do processo* se designa o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a *res in judicium deducta*, da linguagem tradicional. (...)” ( Neto. Luiz Orione. Op. Cit. 442 p.)

<sup>116</sup> “No sistema do CPC pedido tem como sinônimas as expressões *lide*, *pretensão*, *mérito*, *objeto*. É o bem da vida pretendido pelo autor: a indenização, os alimentos, a posse, apropriedade, a anulação do contrato etc. O regime jurídico do pedido está no CPC 286 – 294. Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pedese a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato)” (NERY. Nelson. Op. Cit. 639 p.)

<sup>117</sup> exposição de motivos, Cap. II. Item 6.

por caracteres essenciais epigrafados pelo autor<sup>118</sup>. Quer dizer, se o autor não passa para a petição inicial alguma nuança dos fatos, não obstante ela continuar existindo no mundo dos fatos, ela não existirá no mundo dos autos, pois, o mérito, uma vez demarcado (irreversivelmente no saneamento <sup>119</sup>), não mais pode sofrer alterações. Apenas para reforçar o raciocínio, veja comentário de ARRUDA ALVIM:

Para o juiz, não interessa propriamente, o conflito de interesses (tal como sociologicamente preexistente à propositura da ação), mas sim, como este lhe seja apresentado pelo autor em sua petição inicial (v. art. 282, 128 e 460). A parte do conflito de interesses não reduzida a lide, é juridicamente irrelevante, mesmo porque dela não se pode o juiz conhecer (art. 128).<sup>120</sup>

Continuando. Cabe agora precisar a indispensabilidade do mérito em toda espécie de processo. Reportando-se à lição de BUZOID, que na exposição de motivos aduz que o código usa a expressão lide para designar o mérito da causa e que a lide é o objeto principal do processo, sendo assim, se o objeto principal do processo é a lide, todo processo tem que versar sobre a lide, esse é seu objeto<sup>121</sup>, logo, todo processo tem mérito, caso contrário, seria um processo sem objeto, sem fundamento, *sem pedido*<sup>122</sup>, o que seria inconcebível. Como todo processo tem mérito, basta fazer um raciocínio em forma de silogismo para chegar ao mérito do processo cautelar: *todo processo tem mérito, o processo cautelar é um processo propriamente dito, logo, o processo cautelar tem mérito.*

<sup>118</sup> “Fixação da lide. É o autor quem, na petição inicial, fixa os limites da lide. É ele quem deduz pretensão em juízo. O réu, ao contestar, apenas se defende do pedido do autor, não deduzindo pretensão alguma. Quando reconvém, o réu se torna autor da reconvenção, fixando os limites da lide reconvençional na petição inicial desta ação.” (NERY. Nelson. 477 p.)

<sup>119</sup> “O termo final para que o juiz possa, com o consentimento do réu, alterar o pedido ou a causa de pedir é o saneamento do processo. Depois dessa decisão, não mais é possível proceder-se à referida modificação, ainda que haja consentimento expresso do réu.” ( NERY. Nelso. Op. Cit. 590 p.)

<sup>120</sup> Manual de Direito Processo Civil. 1. V. 4 ed. 19 p. apud OLIVEIRA. James Eduardo C. M. RT 712/40

<sup>121</sup> “ No dicionário houaiss, o verbete ‘objeto’, em seu sentido jurídico, esta assim descrito: ‘aquilo sobre que incide um direito, uma obrigação, uma faculdade, uma regra de conduta, uma proibição, um contrato, *uma demanda em juízo*’ (grifo nosso)”

<sup>122</sup> “no sistema do CPC pedido tem como sinônimas as expressões *lide, pretensão, mérito, objeto.* (...)” (NERY. Nelson. Op. Cit. 639 p.)

Prosseguindo. O processo tem tríplice embasamento conceitual e existencial, adotando assim, o Código de Processo Civil, de forma expressa em sua sistemática, a teoria do “trinômio”, que consiste nos: pressupostos processuais (elementos de existência e validade da relação processual), condições da ação (antecedentes lógicos e necessários para o conhecimento do mérito) e o mérito (conflito justificador da atuação jurisdicional).

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, considera-se regular a relação processual e a ação, podendo, depois disso, partir para a análise do mérito, que é a essência do processo, sua razão de ser: *“o autor para assegurar a tutela jurisdicional, num caso concreto, tem de observar determinados pressupostos e condições, sem o que o seu genérico direito de ação não obrigará o Estado.”*<sup>123</sup>

Pois bem. O Código de Processo Civil prevê três modalidades de processo: no Livro I, o de conhecimento; no livro II, o de execução e; no livro III, o cautelar.

Cada processo se presta a solucionar um tipo de lide. Cada lide destes processos terá uma natureza, portanto, cada provimento terá que ser adequado para resolver suas respectivas lides. Pode-se dizer, pois, que a jurisdição esta armada de métodos apropriados, mediante processos especializados, para compor cada modalidade de lide. Portanto, o Código de Processo Civil concebeu as modalidades de processo em atenção aos matizes das lides.<sup>124</sup>

O conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, na clássica conceituação de CARNELUTTI, é o mérito ou a lide do processo de conhecimento. Como professa JAMES EDUARDO OLIVEIRA, é lide primária porque representa o conflito na sua primeira manifestação, em seu nascedouro.<sup>125</sup>

Já a lide do processo de execução consiste, segundo também clássica definição de CARNELUTTI, a uma pretensão insatisfeita, sendo, pois, o conflito de interesses qualificados pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do

---

<sup>123</sup> JÚNIOR. Humberto Theodoro. Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar. RP(Revista de Processo) 50/7/

<sup>124</sup> James Eduardo C. M. RT 712/40

<sup>125</sup> Idem. Ibidem.

outro<sup>126</sup>. Para a solução dessa lide existe o processo de execução que, como professa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, tem como escopo o de realizar efetivamente a situação jurídica apurada<sup>127</sup>

No processo cautelar, como este se presta a dar segurança, a lide que nele existe é, pois, a lide de segurança. É também uma lide acessória porque existe para assegurar a eficácia do processo principal, porém que, encontra sua autonomia e identidade na diversidade de sua função, diante das demais atividades jurisdicionais:<sup>128</sup>

A lide cautelar é o conflito entre sujeitos que tem como elemento palpitante a busca da preservação de um bem jurídico (pretenção) em face do perigo ou da incerteza provocada (resistência ou periclitância). Um virtual direito em risco tem, na seara dos fatos, essa exata tradução. (...) A mesma orientação pode ser usada para qualificar a lide do processo cautelar como acessória ou dependente. Aliado ao raciocínio anteriormente expedido, o fato de a petição inicial do processo cautelar exigir que se indique a lide e seu fundamento (do processo principal, evidentemente) mostra que a lide cautelar (art. 801, IV) nasce e vive em função da lide principal; são xipófagas. A lide cautelar será descrita como requisito do n. IV, de modo que o n. III(art. 801) só pode referir-se ao processo principal. É cediço que a ação cautelar propõe-se a assegurar a eficácia e a utilidade da ação principal, vale dizer, mira mediatamente a composição da “lide originária”. Daí a interdependência entre os processos cautelar e principal, a que corresponde a interdependência entre as respectivas lides. (...) Tem o processo cautelar, sem sombra de dúvidas, sua própria lide, seu próprio objeto, seu próprio mérito – o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.<sup>129</sup>

No que diz respeito ao inciso III do artigo 801, entende-se que quando a cautelar antecedente não cumpre o disposto neste, que a petição inicial é julgada inépta. No entanto, THEOTÔNIO NEGRÃO relata que há jurisprudências recentes

<sup>126</sup> Idem Ibidem

<sup>127</sup> Curso de Direito Processual Civil. Op. Cit. 1 V. 41 p.

<sup>128</sup> “Consiste, em suma, a ação cautelar no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providência que conservem ou assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de ‘assegurar que o processo – no dizer de Liebman – possa conseguir um resultado útil’. ( JÚNIOR. Humberto Theodoro. Pressupostos Processuais... Op. Cit. RP 50/7

<sup>129</sup> OLIVEIRA. James Eduardo C. M. Op. Cit.

que permitem a emenda da inicial, por determinação do juiz, mesmo após a contestação, desde que isto não altere o pedido ou a causa de pedir, constituindo a omissão mera irregularidade.<sup>130</sup>

Desse modo, quando o artigo 801, IV, estipula que o requerente deve demonstrar, na inicial, a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, entendendo-se que tratou do mérito da própria ação cautelar<sup>131</sup> que, caracteriza-se, como se diz no próprio dispositivo, por ser um mérito demonstrado e conhecido de forma sumária, contituindo um juízo de mera *plausibilidade* do direito alegado, pois, trata-se de tutela de urgência que, para que garanta a eficácia do processo principal deve ser concedido com ligeireza e, desse modo, não pode se fundar, de modo algum, sua sentença, em cognição exauriente; não há no processo cautelar uma fase destinada a uma dilação probatória extensa, pois não é compatível com sua finalidade, devendo as provas demonstrarem apenas, e em *sumária cognitio*, o *fumus* e o *periculum*. Nesse sentido, distingue-se da sentença de conhecimento, que é juízo de realidade e certeza.

Ademais, como professa SHIMURA<sup>132</sup>, se o *fumus* e o *periculum* fossem colocados como condições da ação, o pedido de cautela viria despido de qualquer fundamentação, veja o comentário do autor citando MARCELO LIMA GUERRA:

De modo preciso, MARCELO LIMA GUERRA arremata no sentido de que a caracterização do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* como integrantes do mérito tem não apenas a importância de manter a coerência conceitual com a sistemática do CPC quanto à ação e as suas condições, como também a consequência prática e imediata de impedir a declaração de inexistência de tais requisitos independente de atividade instrutória, mas especificamente, por ocasião do despacho liminar, que venha a *indeferir a inicial*, por tal razão. A existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*

<sup>130</sup> Código de Processo Civi e legislação processual em vigor. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 820 p.

<sup>131</sup> “O inciso IV, do art. 801, exige que o requerente indique em sua petição inicial, ainda que sumária, a exposição de seu direito que julgue ameaçado e o perigo de lesão a esse mesmo direito. Neste ponto, esta inserida a necessidade de indicar a lide cautelar, que é diferente da lide principal, como já foi mencionado.” ( SOUZA. Gelson A. Op. Cit. 67 p.)

<sup>132</sup> Op. Cit. 127 p.

é precisamente a única matéria que pode ser objeto de atividade instrutória desenvolvida no processo cautelar.<sup>133</sup>

Deveras, conquanto a afirmação contida na parte final da citação, em se considerando o inciso n. V do artigo 801 do CPC, vê-se que são provas concernentes ao *fumus* e ao *periculum*, pois, diz respeito as provas necessárias para a concessão da medida cautelar.<sup>134</sup>

Assim, quando não presentes o *fumus* e o *periculum*, a ação deve ser julgada improcedente nos termos do artigo 269, inciso I, do mesmo modo se dará quando for julgada procedente. De qualquer modo, a sentença será de mérito: “Quando o juiz acolher ou rejeitar, ainda que em parte, o pedido, estará proferindo decisão de mérito, que é a finalidade natural do processo.”<sup>135</sup>

No entanto, não se pode olvidar que, existindo ou não mérito no processo cautelar; em existindo, sendo este julgado pelo mérito( 269 CPC) ou não (267 CPC), quer se chegar: isso seria importante para reflexos na coisa julgada cautelar ou não? Responde-se que essa é uma questão de cunho eminentemente acadêmico, pois, qualquer que seja o entendimento, a regra para se repetir ou não outro eventual processo cautelar de arresto é o seguinte: sempre pode repetir se houver novo fundamento, se mudaram as circunstâncias; se não mudaram, não pode (art. 808, parágrafo único). Veja exemplo de SHIMURA:

Se tício pede tutela cautelar de arresto, porque o devedor está tentando se ausentar (art. 813, II, “a”), esse fato traduzirá o *periculum in mora*, que será o conteúdo da causa de pedir próxima, o seu *fundamento*. Se não lograr demonstrar essa situação fática invocada, será caso de improcedência do pedido. Será decisão de mérito (*mérito cautelar*, repita-se), visto que o

<sup>133</sup> Op. Cit. 130 p.

<sup>134</sup> “Não se deve confundir essas provas, que se destinam simplesmente a provar a necessidade de segurança no processo cautelar, com as provas que devem ser produzidas no processo principal atributivo de direito. O processo cautelar é apenas atributivo de segurança e não de direito e, por isso, as provas de um e outro processo também serão diversas.” (SOUZA. Gelson A. Op. Cit 68 p.)

<sup>135</sup> NERY. Nelson. Op. Cit. 605 p.

fundamento alegado não restou provado. Se, posteriormente, o mesmo devedor tentar alienar bem imóvel que possui, a fim de frustrar execução, isso significará *novo fundamento*, a propiciar nova demanda cautelar, pois outra será a *causa pretendi* próxima, outro *fundamento*, conforme dicção do par. único do artigo 808, CPC.<sup>136</sup>

Logo, em termos práticos, para se obter o arresto, deve-se provar o *fumus* e o *periculum*, não importando que classificação se dê a esses. Da mesma forma: não obstante toda discussão *doutrinária* acerca da coisa julgada, pode-se tentar obter novo arresto toda vez que mudar o fundamento, conforme exemplo supra.

No exemplo supra, tratou-se o *periculum in mora* como a causa de pedir próxima porque trata-se dos fundamentos de fato:

*Fundamentos de fato.* Compõem a causa de pedir próxima. É a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí porque a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido.<sup>137</sup>

O *fumus boni iuris*, por sua vez, dada sua relação com a análise da plausibilidade do direito alegado no processo principal, constitui os fundamentos jurídicos, sendo, pois, a causa de pedir remota:

*Fundamentos jurídicos.* Compõem a causa de pedir remota. É o que, mediadamente, autoriza o pedido. O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima porque enquanto não ameaçados ou violados, não

---

<sup>136</sup> Op. Cit. 129 p.

<sup>137</sup> NERY. Nelson. 639 p.

ensejam a seu titular o ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido.<sup>138</sup>

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também entende pelo mérito no processo cautelar. Que o processo cautelar não atinge nem soluciona o mérito da causa principal. Mas, que no âmbito exclusivo da cautela preventiva, a ação cautelar contém uma pretensão de segurança, traduzida num pedido de medida concreta para eliminar o perigo de dano. Assim, esse pedido, em sentido lato, constitui o mérito da ação cautelar, que nada tem que ver com o mérito da ação principal. Também entende perfeitamente possível separar o mérito das preliminares relativas aos pressupostos processuais e condições da ação propriamente ditas. Conclui que, nesse prisma, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem figurar no mérito da ação cautelar, por serem requisitos do deferimento do pedido e não apenas da regularidade do processo ou da sentença.<sup>139</sup>

ORIONE NETO, entende que o mérito propriamente dito no processo cautelar é o pedido de cautela, ou seja, a pretensão veiculada pelo requerente no processo cautelar. Se a lide é de segurança, o pedido de segurança é o mérito.<sup>140</sup> Entende ainda que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* constituem as questões de mérito do processo cautelar e, não o mérito propriamente dito, compõem o mérito *lato sensu*; enquanto o pedido de cautela equivale o mérito *strictu sensu*. Aduz que quando o juiz aprecia as dúvidas surgidas e ainda não resolvidas ao longo do arco do procedimento estará decidindo acerca das questões de mérito, o que deve ser feito na motivação da sentença porque aqui que o juiz chegará à síntese resultante do confronto entre teses e antíteses colocadas pelas partes mediante a sua participação contraditória no processo. Por isso, o supra citado autor critica o artigo 458, III do CPC, que considera dotado de “bastante impropriedade”, pois, entende que na 3º parte da sentença, a parte dispositiva, o juiz decide o mérito propriamente dito e não as questões de mérito. Aduz que, pela dicção do código, dizendo que no

---

<sup>138</sup> Idem. Ibidem

<sup>139</sup> Op. Cit. Processo Cautelar. 79 p.

<sup>140</sup> Op. Cit. 444 p.

dispositivo o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeteram, dá a entender que aqui o juiz decidirá as questões de mérito, daí a impropriedade:

Quando o juiz diz “isto posto, julgo procedente a ação e condeno o réu...” etc., ele não está decidindo questão, ou questões: havendo-as decidido já todas, agora ele está chegando à essência de sua função e dando o arremate do seu serviço jurisdicional, julgando a causa, a pretensão, o mérito, ou (para CARNELUTTI) compondo a lide. Resolver o mérito não é o mesmo que resolver as questões de mérito.<sup>141</sup>

Ainda, EDUARDO MELO DE MESQUITA traça uma distinção entre fundamento e pedido, dizendo que o fundamento consiste nos fatos contidos na inicial, qualificados como *causa petendi*, consubstanciam o fundamento jurídico da demanda e; que o pedido é que consiste no mérito. Entende que há mérito no processo cautelar, porém que este radica no pedido, consubstanciado em uma medida cautelar típica, e.g., arresto, ou atípica. E que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* não podem ser vistos como integrantes do *pedido* cautelar, mas da *causa petendi*, pois se pede a medida cautelar por causa do perigo de dano e da plausibilidade do direito ou interesse alegado.<sup>142</sup>

Diante dos entendimentos supra espostos, não obstante todos pelo mérito, -o que é uma tendência da doutrina hoje, reconhecendo cada vez mais o processo cautelar, enquanto processo autônomo, dotado de todas as determinantes de um processo, como é o caso do mérito –, vê-se a complexidade do tema, sendo a doutrina muito divergente, em especial com relação a este assunto.

---

<sup>141</sup> Idem. Ibidem

<sup>142</sup> Op. Cit. 309 p.

## **8. ARTIGO 813 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

De acordo com o artigo 813 do CPC:

Art. 813. O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

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;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV - nos demais casos expressos em lei.

O artigo 813 do CPC onde, no atual código, foram reguladas as denominadas *causae arresti* é alvo de críticas de quase a totalidade da doutrina. A crítica recai justamente na intenção do legislador de elencar as hipóteses de cabimento do arresto.

Defende a doutrina que agiu com mais acerto o legislador do Código de Processo Civil de 1939, pois, não enumerou taxativamente as *causae arresti*, formulando uma regra geral em seu artigo 675, nº I, que consistia em: “*provável ocorrência de fatos capazes de causar lesões de difícil ou incerta reparação*”. O que dava ao juiz o prudente arbítrio para avaliar as circunstâncias de cada caso. O atual código, enumerando as *causae arresti*, voltou a fazer o que se fez no primeiro diploma sistemático de Processo Civil Brasileiro: o regulamento nº 737, de 1850, alega então a doutrina que houve uma involução, um regresso ao que já devia estar superado. Pois, entende-se conflitante que, de um lado se conceda uma amplo poder

de cautela (art. 798 CPC) para as medidas cautelares inominadas; e que, de outro, queira restringi-lo ao máximo, em se tratando de medidas cautelares nominadas.

Nesse sentido se expressa OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

Estes dois preceitos, inscritos nos arts. 813 e 814, quando confrontados com os artigos do próprio código em que o legislador promete tutela cautelar ampla e genérica para todos os casos em que se demonstrem os pressupostos clássicos legitimadores da tutela cautelar, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, revelam desde logo a contradição entre o princípios adotados pelo código, para a tutela cautelar inominada, e as incompreensíveis restrições que o legislador estabeleceu quando cuidou de disciplinar as medidas cautelares específicas.<sup>143</sup>

Não seria, na verdade, exagero se disséssemos que o código de 73 – desprezando o que a doutrina do século XIX podia oferecer no sentido do aprimoramento do instituto – catou o que nela havia de mais inconveniente, para associá-lo apenas ao que, no direito medieval, igualmente poderia desservir ao direito moderno.<sup>144</sup>

Haja vista tais críticas, houve uma recusa por parte tanto da doutrina<sup>145</sup> quanto da jurisprudência<sup>146</sup> em aceitar o artigo 813 como sendo um rol taxativo, hoje entende-se como sendo um rol exemplificativo. Deve-se interpretá-lo como um dispositivo referenciado à existência de danos que possam afetar a garantia do credor, risco de lesão que torne ineficaz o resultado útil do processo. O arresto presta-se à assegurar o resultado útil de uma futura execução por quantia certa – e presentes seus requisitos como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – deve-se conceder o arresto, assim entende o STJ (ver nota 146).

<sup>143</sup> Op. Cit. 220 p.

<sup>144</sup> Op. Cit. 224 p.

<sup>145</sup>“ No entanto, a maioria da doutrina orienta-se no sentido da exemplificatividade do dispositivo (*numerus apertus*). E realmente é a melhor posição. O que se deve extrair do art. 813 é a existência de danos que possam afetar a garantia do credor, risco de lesão que torne ineficaz o resultado útil do processo. Não se dar maior amplitude exegética ao artigo é esvaziar o sentido do poder geral de cautela, previsto no artigo 798.”(SHIMURA. Sérgio Seiji. Op. cit. 172 p.)

<sup>146</sup> Assim entende o Superior Tribunal de Justiça: “Considerando que a medida cautelar de arresto tem a finalidade de assegurar o resultado prático e útil do processo principal, é de concluir que as hipóteses contempladas no art. 813, CPC, não são exaustivas, mas exemplificativas, bastando, para a concessão do arresto, o risco de dano e o perigo da demora” (STJ-RT 760/209).

Outra questão que surgiu com o artigo 813 foi: no caso de comprovadas suas causas, fica o juiz desvinculado de observar a ocorrência do *periculum in mora* previsto genericamente no artigo 798? SHIMURA<sup>147</sup> é categórico ao responder que não: que não há presunção *juri et de jure* na ocorrência do *periculum in mora* no rol do artigo 813, haja vista que não podemos nos olvidar de que estamos no terreno das cautelares e, que a espinha dorsal da tutela cautelar são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*<sup>148</sup>, havendo então que existirem sempre que se falar em cautelar.

Outro ponto importante no tocante ao artigo 813 é que não haverá perigo se o devedor que se desfaz de seus bens ainda guarde outros para garantia da dívida, apenas poderá causar perigo se aquele bem que se está querendo vender é o único que existia de garantia. Assim como o simples fato do devedor se ausentar também não é fato capaz de, per si, engendrar um arresto. Veja-se o seguinte exemplo de SHIMURA:

Alguém, proprietário de uma respeitável fortuna, domiciliado há longos anos na mesma localidade, onde desfruta de excelente conceito como cidadão e homem de negócio, vem a praticar um delito grave e, objetivando, apenas, minorar sua situação penal, “ausenta-se furtivamente” de seu domicílio. Sendo estimada sua sólida fortuna em 1.000 e tendo como um credor quirografário a quem deve somente 1, parece evidente a falta de fundamentação jurídica para o arresto se não evidenciar, também, a periclitación de seu direito de crédito, posto em risco com o fato da ausência furtiva.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Op. Cit. 172 p.

<sup>148</sup> “(...) corresponde a prova do que se chama na doutrina de “*fumus boni iuris*”, e o segundo requisito diz respeito ao temor de dano *periculum in mora*, *que são as causae arresti*, isto é, os fatos que autorizam admitir o fundado temor de que a garantia da futura execução possa desaparecer, frustando-lhe a eficácia e utilidade, pois o devedor já desapareceu com o bem objeto do contrato, podendo fazer o mesmo com o bem objeto da garantia.” (grifo nosso).

(Tribunal de Alçada do Paraná - agravo de instrumento - 135008700 - cruzeiro do oeste - juiz conv. eugenio achille grandinetti - terceira camara cível - julg: 15/06/99 - ac.: 11621 - public.: 06/08/99).

<sup>149</sup> Op. Cit 173 p.

Cabe o arresto mesmo se não houver má-fé na danificação do patrimônio do devedor, isso importa em dizer que, mesmo sendo involuntário o ato lesivo ou até mesmo contra a vontade do devedor, isso não é causa que obsta a medida cautelar de arresto. Basta a existência do receio de lesão (art. 801, IV).

Para a valoração da situação de perigo invocado pelo autor deve-se sempre se ater a um estado real das coisas<sup>150</sup>, isso significa que devem haver provas concretas e objetivas nos autos. Isso, no entanto, não exclui uma valoração subjetiva por parte do juiz em face da pessoa do devedor no que concerne a fatos relativos a sua vida financeira como: sua situação patrimonial, o volume de seus bens, a maior ou menor correção normalmente adotada em seus negócios, a pontualidade no cumprimento de seus compromissos.<sup>151</sup>

Em suma, o que se deve considerar para a concessão do arresto é se há o perigo de a futura execução por quantia certa ver-se frustrada, já que essa é a finalidade do arresto. Com efeito, todos os casos elencados no artigo 813 trazem uma situação de perigo, entretanto, o que a grande maioria dos praxistas defendem é que trata-se de uma tentativa de enumerar os casos de cabimento que se faz totalmente dispensável dentro da sistemática cautelar moderna; haja vista que diante da multiplicidade de formas que pode tomar um caso prático, melhor seria deixar tal análise a cargo do magistrado. Diante de tais críticas percebe-se uma marcante inclinação por parte da doutrina e da jurisprudência (como já demonstrado) em se desconsiderar a referida enumeração legal; porém, em hipótese alguma, se olvidar do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Para encerrar a presente exposição, onde pretendeu-se demonstrar todo o descontentamento gerado pelo retorno ao nosso direito do dispositivo ora em análise, e de sua conseqüente desconsideração por parte da doutrina e jurisprudência; cabe, para reforçar o exposto, as sempre citáveis e brilhantes palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

---

<sup>150</sup> JUNIOR. Humberto theodoro. Op. cit. 214 p.

<sup>151</sup> Idem. Ibidem.

O destino deste art. 813 é permanecer letra morta em nosso direito contemporâneo, porque o legislador, ao exumá-lo do direito medieval, comportou-se como costumam comportar-se os normativistas e os lógicos da ciência jurídica, que operam como se fosse possível submeter os fatos e a história às normas por ele livremente criadas, forçando-os a submeterem-se a seus conceitos abstratos, com pretensão de validade universal e eterna.<sup>152</sup>

## **9. ARTIGO 814 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dispõe do seguinte conteúdo o art. 814:

---

<sup>152</sup> Op. Cit. 222 p.

Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial:

I - prova literal da dívida líquida e certa;

II - prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se.

O inciso II do artigo supra, veio reforçar o exposto no artigo 813, que já foi objeto do tópico anterior. Tratar-se-á aqui do inciso I, que pretendeu definir o *fumus boni iuris* específico do arresto, exigindo a prova literal da dívida líquida e certa. Do mesmo jeito que o artigo 813 esta para o *periculum in mora*; o 814 esta para o *fumus boni iuris*.<sup>153</sup>

OVÍDIO BAPTISTA e GALENO LACERDA são enfáticos em criticar tanto o artigo 813 quanto o artigo 814. Entendem, pois, que tão rígidos requisitos acabam por dificultar por demais a obtenção de tal medida cautelar, o que não mais se coaduna com o processo cautelar contemporâneo nem tampouco com o próprio Código de Processo Civil que, no artigo 798, oferece uma ampla tutela cautelar.

Existe um preconceito latente com o arresto que vem do direito medieval e que, ainda nos dias de hoje não fora extirpado. Tal preconceito inconcebível é considerar o arresto, e também o sequestro, uma medida odiosa, de exceção, de natureza vexatória, expressões ainda utilizadas por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. GALENO LACERDA cita libelo de GALENO E SOUZA, datado de 1867, que classifica como sendo um libelo *monstruoso*. É seu conteúdo:

---

<sup>153</sup> “(...) o art. 814, criou, o que pedimos Vênia para considerar, correndo o risco de cair em certa inortodoxia, terminologia como “provas legais” para o *fumus boni iuris*, neste contexto. Com isso quer-se dizer o seguinte: parece que o legislador considerou que o juiz só pode comceder a medida cautelar – arresto - se o *fumus boni iuris* for demonstrado por meio das formas de comprovação de que tratam os inc. I, II e parágrafo único de art. 814.” (WAMBIER. Luiz Rodrigues; WAMBIER. Teresa Arruda Wambier. Breves Comentários à 2 ° Fase da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 249 p.)

Que o sequestro e o arresto, como odiosos, são regularmente proibidos (menos nos casos em que o direito os permite), pela razão, entre outras, de ser um procedimento desordenado das regras de direito, principiar o juízo pela execução, a que o sequestro se equipara, e ser espoliativo ou turbativo do cômodo da posse da coisa sequestrada ou arrestada” acrescentando, depois, que “é preciso que a dívida seja provada, sobre obrigatória, seja líquida e certa.”<sup>154</sup>

Reamente, o arresto antigo era medida drástica, pois como já exposto no presente trabalho (item 6. Histórico), atingia esta medida diretamente a liberdade pessoal do devedor, o que é inconcebível no mundo moderno. E realmente vem daí, dos excessos do arresto do passado, o fato de considerá-lo, até hoje, uma medida repulsiva, somente justificada nos estritos dizeres da lei, forma que seria adequada – nos conformes do direito penal – se, até os dias atuais, tal medida ainda importasse em restrição da liberdade e dignidade da pessoa humana. Hoje, as restrições não ultrapassam a esfera patrimonial do devedor e, deve o direito, proteger o direito do credor, proteger assim a eficácia da justiça – de que adiantaria um processo para reaver uma quantia se, após longos anos de disputa em juízo e, o devedor prevendo que não terá chance ante a pretensão, pode, neste entretempo, dissipar seus bens. Ainda, como se percebe do referido texto, há um certo vício oriundo da antiga doutrina Italiana em se considerar o arresto como um princípio de execução, do mesmo modo que se concebiam cautelares satisfativas; o que hoje, sebe-se, não é mais concebível, satisfatividade foge totalmente do espírito cautelar.<sup>155</sup> Ainda é de se

---

<sup>154</sup> Op. Cit. 45 p.

<sup>155</sup> Ovídio Baptista explica essa questão do seguinte modo: “Na verdade, essa curiosa identificação conceitual entre assegurar e satisfazer explica-se facilmente. Para os que estejam mergulhados na ideologia da ordinariedade, toda suposta satisfação que porventura tenha lugar antes da sentença não será “verdadeira satisfação”, mas apenas “satisfação fática”, ou, como ensinava o grande jurista italiano, “satisfação cautelar”. Logo, não haverá, para eles, como distinguir entre antecipação cautelar e antecipação (falsamente) satisfativa, em virtude de ambas antecederem a sentença. Tudo se esclarece quando constatamos que tanto CALAMANDREI quanto seus seguidores brasileiros não contrapõem cautelaridade à satisfatividade, e sim à definitividade, ao julgamento definitivo, de modo que sendo ambos, para a doutrina, decisões provisórias, não haverá critério que os possa distinguir. Esta é a razão que autoriza muitos de nossos processualistas a considerarem cautelares a antecipações de tutela do artigo 273 do CPC.”( Op. Cit 34 p.)

ressaltar que, execução e arresto são institutos substancialmente diferentes em sua natureza, de modo que, não se pode conceber o arresto como um princípio de execução pelo simples motivo de: o arresto ser medida de natureza cautelar e, portanto, assecuratória – não define a lide; enquanto que a execução é provimento satisfativo – busca a definição da lide. Veja-se as palavras de GALENO LACERDA, que, com seu brilhantismo peculiar, critica o preconceito existente até hoje:

Tão estranhável se ostenta a intransigência e antipatia dos antigos autores do direito comum, ampliada pelos velhos reinícolas e praxistas portugueses, contra o arresto e o sequestro, que arriscamos uma conjetura para explicá-la: a razão de tal atitude não se prenderia, acaso, aos excessos desumanos do arresto pessoal do devedor, a partir da Idade Média até os alhores do século XIX, excessos que feririam, com razão, a consciência dos juristas coevos? Em nossos estudos sobre a história do direito, temos deparado com situações análogas. Certas teses absurdas, nos dias de hoje, repetidas por autores desprovidos de senso crítico, ou conservadas sem motivo aparente pela legislação, tiveram outrora explicação clara e lúcida que as justificasse. Desaparecida, porém, a razão, pela evolução histórica e progresso do direito, a instituição obsoleta, contudo, perdura por simples inércia e pela tendência de repetição sem esforço crítico, ou sem percepção das modificações havidas.<sup>156</sup>

OVÍDIO BAPTISTA critica o fato de que, o a atual código, além de exumar o conteúdo do artigo 813 depois que já havia extinto pelo código de 1939, envolvendo então, para o regulamento 737 de 1850; ainda se recusou a absorver, nas fontes lusitanas medievais, o princípio consagrado pelas velhas ordenações do Reino Português, que vigoraram por mais de trezentos anos no Brasil, que dispensava tanto a certeza quanto a liquidez do crédito para a concessão do arresto, prestando assim, homenagem a pressupostos anacrônicos perante o direito moderno; pois, pegara o que havia de ruim no direito antigo, que é o disposto no artigo 813; porém, recusaram-se a absorver o que existira de bom, ou seja, a dispensa dos requisito do

---

Na doutrina processual brasileira, cautelar significa sempre assegurar; não se confunde, portanto, com tutela antecipada, porque sempre que for antecipação do provimento final, terá a satisfatividade. E, na doutrina Italiana, usa-se cautelar com o sentido de não definitividade.

<sup>156</sup> LACERDA. Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. (Vol. VIII, tomo II.) 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 46 p.

inciso I do 814.<sup>157</sup> Veja-se o conteúdo que, evidencia a dispensa de tais, no livro III, Título 31, § 3 das ORDENAÇÕES FILIPINAS:

E não dando a dita satisfação, fará o juiz sequestro em qualquer coisa<sup>158</sup> sua, onde quer que for achada, que valha tanto como a cousa demandada. E não lhe sendo achada, nem querendo ele satisfazer em juízo, se ao juiz parecer, que é pessoa, que facilmente se poderá ausentar para outra parte, para se dele não fazer direito, mandá-lo á prender ou entregar a fiadores idôneos, que o apresentem em juízo a todo o tempo, que requeridos forem, tomando primeiro algum sumário conhecimento nos casos, que por testemunhas se podem provar, por que ao menos se mostre conjeturadamente ser o dito réu obrigado ao que lhe é demandado.<sup>159</sup>

Pois, percebe-se que, para a concessão do arresto em tal ordenamento, basta que o juiz, ante análise do conjunto probatório, se convença da suficiente verossimilhança-plausibilidade da existência do direito. É, pois, o que se pretendo hoje, que da evidente presença da plausibilidade do direito e de sua real necessidade de segurança, ou seja, que provados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, presentes estarão os requisitos autorizadores para concessão da medida, sem os severos mandos legais existentes hoje, que aspiram a engessar a análise dos referidos requisitos.

Ainda lamentam os referidos autores o fato de a jurisprudência não ter feito o mesmo que fez do 813 com o 814, quer dizer: “*Se a prática forense não leva muito em conta as prescrições constantes do artigo 813, libertando –se do desvariu teórico com que o legislador pretendeu aprisioná-la, o mesmo não ocorre com este lamentável art. 814.*” (OVÍDIO BAPTISTA, Op. cit. 222 p.).

Defende-se assim, a possibilidade do ampliação do campo de atuação da medida cautelar em razão de uma lógica decorrente do próprio sistema seguido pelo

---

<sup>157</sup> Op. Cit. 219.

<sup>158</sup> Há uma impropriedade na terminologia empregada, pois, a medida na verdade se refere um típico arresto; notadamente porque medida para proteger crédito que recaia em qualquer coisa é arresto; sequestro recai em coisa determinada.

<sup>159</sup> Op. Cit. 221p

direito brasileiro onde o processo de conhecimento, por definição, não contém execução simultânea com a cognição, então o processo cautelar acaba por ser um modo com que os juristas práticos conseguem superar a dificuldade do emperrado procedimento ordinário, sendo, logo, um modo de desordinarizar as demandas satisfativas que exijam tratamento urgente, que são, pois, incompatíveis com a ordinaryness.<sup>160</sup>

O que fazer então quando se fizer necessário um arresto, porém, lhe faltar algum dos requisitos legais? Por exemplo, nos casos de créditos ilíquidos, condicionais ou a termo. Há de ser dada a tutela, mesmo que esta venha sob denominação diversa. É o que defende HUMBERTO THEODORO JÚNIOR nos casos de créditos ilíquidos, condicionais ou a termo:

Há, assim, um interesse tutelável juridicamente, mas que não encontra guarida no âmbito de arresto, que é medida cautelar específica. Poderá, portanto, o credor condicional, se houver risco à preservação de seu direito eventual, recorrer à tutela cautelar inespecífica, usando um meio hábil de prevenção, dentro dos limites do poder geral de cautela, contido nos artigos 798 e 799 do CPC.<sup>161</sup>

Veja, que mesmo o referido processualista, possuindo uma postura mais retraída em relação à GALENO LACERDA E OVÍDIO BAPTISTA, reafirma a tendência atual do amplo poder de cautela, entendendo que seja dada a cautela, mesmo que sob denominação diversa. É de se entender: para que limitar o arresto? Se se pode conceder, mesmo assim, uma cautela que, pode não se chamar arresto, no entanto, será um, haja vista ser uma medida que terá a sua natureza, logo, será um arresto “disfarçado”. Torna-se, assim, sem sentido quem entenda serem válidos os requisitos ou condições específicas presentes nos artigos 813 e 814 para se limitar o arresto; ora, de que adianta se de um jeito ou de outro pode-se conceder a tutela cautelar; senão o arresto, a tutela cautelar derivada do amplo poder de cautela

---

<sup>160</sup> Ver item 1.6 Ovídio Baptista. Op. Cit.

<sup>161</sup> Op. Cit. 221 p.

que concede o artigo 798. Nesse sentido, mereceu aplausos de GALENO LACERDA o seguinte julgado da 4<sup>o</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Quando se quer evitar que alguém consuma ou dilapide bens que constituem a garantia do seu credor, a medida cabível é o arresto. Desde que concorram os requisitos legais, é de ser concedido. Não importa, porém, que o juiz o conceda sob o nome de depósito preparatório da ação, desde que, em substância, seja arresto, porque outra coisa não é medida que determina a tirada dos bens do poder do devedor para confiá-los à guarda de depositário idôneo <sup>162</sup>

Portanto, o interesse maior é que toda situação perigosa para o processo deve merecer proteção cautelar, presentes os demais elementos, por isso se concede a proteção mesmo que venha com outro nome, pouco importando o nome que se dê a providência, como, *verbi gratia*, “arresto inominado”, “depósito de bens”, “inalienabilidade de bem imóvel”. <sup>163</sup>

No entanto, há também um outro caminho a se seguir que é conceder o arresto cautelar mesmo, essa é uma orientação que encontra guarida em muitos autores como GALENO LACERDA, OVÍDIO BAPTISTA e também o professo VITOR BOMFIM MARINS que trata do tema do seguinte modo:

Os permissivos legais do arresto podem ser presumidos no fundado receio de fuga ou insolvência do devedor, de ocultação ou dilapidação de bens. Em tais situações, não se há de sacrificar a finalidade inspiradora do instituto pela escusa de reverência eclesiástica à literalidade da lei. ( 1<sup>o</sup> Câ. Civ., AgRg 0091235-4/01, Ac. 6697, rel. Juiz Cunha Ribas, unânime, j. 28.05.1996, in DJ 14.06.1996).

Essa é, sem dúvida, a orientação correta. Teria sido melhor houvesse o legislador traçado apenas os princípios genéricos inerentes ao arresto e

<sup>162</sup> RF, 101/99, de 27.04.1944. Apud. LACERDA. Galeno. Op. Cit. 49 p.

<sup>163</sup> MARINS. Vitor Bomfim, Op. Cit. 198 p.

dispensado a injustificável exigência de prova literal de dívida líquida e certa, sem recorrer ao casuísmo, empírico e insuficiente.<sup>164</sup>

Portanto, a doutrina somente diverge quanto ao nome a utilizar, sendo pacífico a necessidade de acautelar o processo que necessite.

Crédito ainda não exigível pode ser objeto de arresto. Nesse ponto não há problemas, até porque a lei não traz nenhuma proibição: *"A exigibilidade da dívida não é requisito indispensável à concessão do arresto"* (SIMP-concl. LXXI, em RT 482/273). Quando, por razão do crédito assegurado não for possível ajuizar a ação cautelar, seja ela um arresto ou um "arresto inominado", no prazo determinado pelo artigo 806; o prazo não começa a contar de acordo com a regra geral que é a partir do cumprimento da medida cautelar, e sim, a partir do momento que a dívida se torna exigível ou que ocorra a condição ou termo: *"A eficácia do arresto persiste até 30 dias após a dívida tornar-se exigível"* (SIMP-concl. LXXII, em RT 482/273).

Em síntese, o melhor modo de tratar as medidas cautelares nominadas (arresto) é considerá-las comuns a estrutura e a função cautelar, subordinando-as, portanto, a requisitos uniformes para a sua concessão, de modo que não ocorram discrepâncias legais como as aqui relatadas, de sorte que a noção distintiva entre elas seria apenas a previsão legal.

Por sorte, prevalece o interesse maior que consiste em que toda situação perigosa para o processo deve merecer proteção cautelar, presentes os demais elementos, de modo que a doutrina ou jurisprudência podem divergir quanto à espécie de cautelar a ser delegada, porém sempre é concedida a proteção, senão sob a forma de nominada; dá-se pelo amplo poder de cautela concedido ao magistrado.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Op. Cit. 199 p.

<sup>165</sup> "Vale dizer, as medidas nominadas, que têm por objeto, segundo a letra da lei, garantir os efeitos do julgamento da lide, não têm eficácia substitutiva das outras medidas cautelares típicas, nem se acrescem a elas, alternativamente. Exemplificando: o credor que não tem direito a usar o arresto não pode pretender invocar o art. 798 para obter depósito de bens do devedor, em lugar daquela medida cautelar. Esse entendimento restritivo, modernamente, não deve mais prevalecer, dada a amplitude com que o direito passou a assegurar a chamada

Por isso, mesmo nas ações constitutivas, condenatórias ou nas indenizatórias, pode ser concedido o arresto se presentes seus requisitos, ou, ao menos, uma proteção cautelar inominada. Porém, nessas hipóteses, deve ser exigido muito mais do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, pois, em hipótese alguma, a tutela cautelar pode ser concedida de forma irresponsável, haja vista que, seus efeitos, necessariamente, afetarão o direito do devedor em algum ou alguns de seus bens. Logo, o fato de se defender que cabe o arresto ou, ausentes seus requisitos, uma medida cautelar inominada, é discussão de cunho eminentemente acadêmico, o efeito prático será o mesmo – tanto um quanto outro são cautelares e se destinam à segurança do crédito - pois, volta-se a insistir, o mais importante para a verificação da necessidade de proteção cautelar é estarem seus requisitos presentes (*fumus boni iuris, periculum in mora*)<sup>166</sup>, porque, tais formam a base do estudo das medidas cautelares e, devem ser exigidos, em maior ou menor grau, dependendo da dívida e das circunstâncias do caso concreto. Realmente, se há uma prova da certeza e da liquidez de uma dívida, é tranquilo que estarão presentes os requisitos para a cautelar de arresto; porém, o que se fala aqui é: não é porque uma dívida ainda não é líquida e certa que, necessariamente não haverá nem o perigo da demora nem a fumaça do bom direito. Ressalta-se: não se defende aqui, de modo algum, uma liberalidade para a concessão das cautelares. O fato é que também não se pode exigir requisitos que, pela sua rigidez, perigam tornar o arresto, no caso, letra morta no ordenamento ou que não se dê a este todo o alcance que pode ter. Quanto mais rápido o processo, maior é sua eficácia. Como isso nem sempre é possível, e como se sabe, os processos, por diversos fatores, tendem a ser demorados, nisto reside a importância da figura do processo cautelar em favor da eficácia do provimento jurisdicional e do equilíbrio entre os litigantes, e é por isso que vêm o processo cautelar tomando papel de, cada vez mais importância, no mundo jurídico: “conforme

---

tutela de segurança ou de precaução. Nada impede, portanto, que o juiz dentro do poder geral de cautela, defira uma providência atípica mesmo em se tratando de situação a que normalmente corresponderia uma medida atípica. O que importa é determinar qual a medida que o caso, de per si, está a exigir. ( JUNIOR. Humberto Theodoro. Processo Cautelar. Op. Cit. 110 p.)

<sup>166</sup> Requisitos para a cautelar: Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha que aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a *eficácia* do processo de conhecimento ou do processo de execução. ( NERY, Nelson. Op. Cit. 1075 p.)

ressaltou José Maria Tesheiner, no prefácio de seu livro, 'o advogado nunca é tão advogado como quando obtém medida cautelar. O perigo de dano é iminente. A justiça é lerda. A ação cautelar é, frequentemente, a única forma de fazê-lo andar depressa, afastando o perigo. Não há, então, tempo suficiente para largos estudos. Urge o pedido certo na hora certa.'<sup>167</sup> Com a medida cautelar concedida, voltando o equilíbrio entre as partes, fica muito mais fácil para o credor conseguir um acordo ou, que resolva o devedor quitar quanto antes o débito para ver seu bem livre de qualquer constrição judicial.

Ainda com relação a posição aqui defendida, de que os requisitos para o arresto, assim como é para as cautelares em geral, devem se quedar no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, para mostrar que esse é um entendimento geral dos doutrinadores, veja um exemplo da mais autorizada e atualizada doutrina dos professores LUIZ RODRIGUES WAMBIER E TERESA ARRUDA WAMBIER, quando comentam o artigo 814 do CPC frente à segunda reforma do Código de processo civil:

Pensamos que não se pode entender que o legislador tenha estabelecido a regra de que o juiz só pode se considerar convencido de que há *fumus boni iuris* se a parte apresentar essas provas, constantes do artigo 814. Já nos manifestamos no sentido de considerarmos haver fungibilidade entre as medidas cautelares nominadas, entre as nominadas e as inominadas, e, em, certos casos, a substitutibilidade das medidas antecipatórias de tutela por medidas cautelares. Assim, basta, como regra, que o autor demonstre adequada e convincentemente *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para que faça jus à providência cautelar, seja aquela por ele eleita, seja outra equivalente. Neste contexto, portanto, careceria de sentido limitar-se a forma de prova do *fumus* e o *periculum!*<sup>168</sup>

<sup>167</sup> LARA. Betina Rizato. Op. Cit. 85 p.

<sup>168</sup> Breves Comentários à 2º Fase da reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 249 p.

Terminam ainda por concluir os autores que, à luz do atual contexto, deve-se entender o artigo 814 como uma recomendação ao juiz para que não se contente com provas orais (produzidas na justificação), mas exija também prova escrita.

## 10. ARTIGOS 815 E 816 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: LIMINAR NO PROCESSO CAUTELAR DE ARRESTO

Art. 815. A justificação prévia, quando ao juiz parecer indispensável, far-se-á em segredo e de plano, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas.

Art. 816. O juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia:

I - quando for requerido pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei;

II - se o credor prestar caução (art. 804)

Trata-se aqui da concessão do arresto cautelar liminarmente. Em primeiro lugar, é oportuno fazer algumas considerações sobre a distinção entre medida cautelar, liminar satisfativa e liminar em processo cautelar.

A medida cautelar é o provimento buscado no processo cautelar, a tutela cautelar que vem com a sentença do processo cautelar.

Liminar é a antecipação do provimento final buscado no processo; é um instituto autônomo que tanto pode ganhar ares de satisfatividade (artigo 273 do CPC) quanto de cautelaridade, dependendo do processo em que esta inserida.

A liminar é satisfativa quando o processo é satisfativo, e o que se pretende é antecipar seus efeitos, que seriam obtidos apenas com sua sentença de mérito e que por uma urgência necessitou-se antecipá-los.

A liminar cautelar é simplesmente a antecipação do provimento acautelatório.<sup>169</sup> É o caso da liminar concedida no processo cautelar de arresto. É liminar cautelar porque como o arresto é um procedimento tipicamente cautelar e que visa apenas a assegurar ao processo principal, e não mais do que isso, logo, a liminar que concede o arresto é uma antecipação do próprio arresto, da sentença do processo cautelar que o concede, que guarda as mesmas características deste. Por esta razão, diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que, a medida liminar-cautelatar somente pode ter como conteúdo os provimentos *executivo e mandamental*, uma vez que, a declaração, a constituição e a condenação nunca poderão ser conteúdo das providências cautelares, haja vista serem efeitos próprios das sentenças de procedência do processo de conhecimento: *“Esta impossibilidade é decorrência de uma circunstância facilmente compreensível: as eficácias declaratória, constitutiva e condenatória não podem revestir-se do caráter de provisoriedade ou temporariedade, que se exige das medidas cautelares”*<sup>170</sup>

Portanto, a natureza jurídica da liminar esta atrelada à natureza da sentença que ela antecipa.

O processo cautelar já traz em si a necessidade de rapidez na concessão da medida, pois o perigo é iminente e urge que seja assegurado o direito do credor ver seu crédito satisfeito, para que o processo principal seja dotado de plena eficácia. No entanto, há casos em que a necessidade de rapidez se faz ainda maior, há uma verdadeira necessidade de urgência na concessão da medida cautelar, pois caso contrário, caso seja concedida apenas no final do processo cautelar, sua eficácia já restará prejudicada, haja vista, por exemplo, o bem que seria objeto do arresto já

---

<sup>169</sup> “Ela acaba sendo uma cautela dentro da cautela, o que pode, à primeira vista, parecer meio tautológico. Mas isto acontece porque tanto a liminar quanto a própria ação cautelar apresentam uma função acauteladora. Não é por isto, entretanto, que a liminar transforma-se numa medida cautelar. Uma coisa é uma medida ser conceitualmente cautelar (medida cautelar) e outra uma medida ser conceitualmente uma antecipação de efeitos e dentro de determinadas ações assumir uma natureza cautelar (liminar).” (LARA, Betina Rizato. Op. Cit. 90 p.). Como já se disse, a liminar é um instituto autônomo que antecipa os efeitos do provimento final, por isso, não se pode confundi-la com a medida cautelar, que é o provimento cautelar obtido através da sentença do processo cautelar de arresto, no caso em questão. Nesse caso( da liminar em sede de cautelar), diz-se que a liminar têm função acauteladora porque ela é a antecipação de uma medida cautelar.

<sup>170</sup> Op. Cit. 168 p.

haver sido ocultado. Nesses casos é preciso que a medida cautelar seja concedida em sede de liminar.

Se a liminar concedida do processo cautelar, será também de uma natureza cautelar, seus requisitos, logo, serão também o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Note-se então que, apesar da medida cautelar não se confundir com o instituto da liminar, haverá, pois, uma coincidência em seus requisitos.

Porém essa coincidência é meramente aparente, não subsistindo em sendo feita uma análise mais apurada. A cognição relativa a esses se dará de modo diferente, veja: Para a concessão da *medida cautelar*, através da sentença, o perigo de demora que se deverá provar é aquele relativo a um possível dano para o processo de conhecimento ou de execução, logicamente, pois o processo cautelar serve a estes. Ademais o *fumus* e o *periculum* constituem o mérito do processo cautelar, seu fundamento. Não sendo, pois, meramente requisitos.

E agora pergunta-se: para que serve a liminar no processo cautelar? Pois é importante saber que tipo de perigo esta pretende proteger para, assim, saber como se fará a verificação do *periculum in mora*. Pois bem, no caso da liminar, a demora que pode ocasionar danos deve ser do próprio processo cautelar ( se protege imediatamente a eficácia do próprio processo cautelar). Posto isto, fica evidenciado que a urgência que deve existir para a concessão da liminar é maior do que a necessária para a concessão da medida cautelar. Surge então, um outro requisito, a urgência – como uma extensão de intensidade do *periculum in mora*. A urgência<sup>171</sup> é fundamental para a liminar pois, permite que o juiz não aguarde o momento natural para a concessão da providência que normalmente só se concretizaria com a sentença.

Ademais, como professa LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>172</sup>, a cognição sumária já é inerente ao processo cautelar em razão de que, sua sentença já é

---

<sup>171</sup> No caso da liminar, deve-se provar a necessidade de obter-se, no todo ou em parte, a medida cautelar, que já caracterize-se pela urgência, de uma forma mais urgente ainda, ou seja, pronta e imediatamente, sem o que o provimento jurisdicional cautelar não terá qualquer realização prática. É preciso demonstrar, portanto, uma “urgência duplicada”.( LARA. Betina Rizato. Op. Cit. 97p.) . Logo, pode-se entender que a urgência é o *periculum in mora* em maior intensidade.

<sup>172</sup> Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. 40 p.

fundada em juízo de plausibilidade do direito alegado. Perceba-se, logo, que na liminar do procedimento materialmente sumário, a cognição será necessariamente mais superficial do que na sentença sumária. Na decisão liminar, o que ocorre é a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado através das provas permitidas pela instrução sumária, as quais não podem ser suficientes à cognição exauriente. Veja comentário do autor supra citado:

Registre-se, pois, que no momento em que o juiz profere a sentença no processo sumário, a cognição não poderá ser hábil à declaração da existência ou da inexistência do direito. A técnica da cognição, visando à efetividade do processo, permite a construção de um procedimento tendente a um provimento que realize o direito mediante cognição sumária, surgindo como necessário o “processo principal” apenas para assegurar o direito da parte ao julgamento com base em adequada cognição.<sup>173</sup>

Percebe-se que para a concessão da liminar há distinção quanto ao *periculum in mora* (urgência), já o *fumus boni iuris*, do mesmo modo, este deverá ser evidente quando da concessão da liminar e far-se-á também com base no processo principal.

O perigo de dano pode advir tanto do próprio lapso temporal que se faz necessário para o processo principal<sup>174</sup>, quanto pode vir de uma situação perigosa provocada pelo homem ou por fato natural, nesse caso, considera-se o perigo de dano em si mesmo, quer dizer, o dano já nasce com o ato, sendo pois, um perigo derivado da natureza da coisa. “O dano que deve ser evitado através de uma medida de urgência é o dano iminente, ou seja, aquele que se refere a um prejuízo imediato que pode verificar-se de um momento para o outro e que provavelmente se consumará antes da decisão final”.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Idem 40-41 p.

<sup>174</sup> “Não há dúvida, porém, que a demora é a grande fonte geradora de danos, seja de forma isolada, seja associada a uma outra situação perigosa.” (LARA, Betina Rizzato. Op. Cit. 96 p.)

<sup>175</sup> LARA, Betina Rizzato. Op. Cit. 98 p.

Consoante o artigo 804 do CPC é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz. Pode, pois, o magistrado, caso a urgência com que se apresenta a necessidade de cautela se faz de tal modo que não se pode esperar a citação do réu, ou, se for citado, estará em risco o processo, conceder a medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem a oitiva da outra parte.<sup>176</sup> Pode ser sem audiência de justificção prévia ou, caso o juiz não se convença da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* pode determinar a audiência. Caso a presença do réu não represente perigo, ou seja, em não sendo necessária a concessão da medida *inaudita altera parte*, que é medida de exceção, pode este participar da audiência.<sup>177</sup>

O princípio do contraditório, princípio processual constitucional mediante o qual se deve dar oportunidades iguais a ambas as partes de se manifestarem no processo, não é ofendido na concessão da liminar, até porque é um princípio constitucional elencado no artigo 5º da CF, no capítulo das garantias que, por isso, não permite supressão.<sup>178</sup> Ocorre, pois, que o contraditório é postergado, para a parte intervir no processo durante a instrução e demais atos até o final, com a sentença.<sup>179</sup> Ademais, a parte pode recorrer da decisão que, concede ou denega a

---

<sup>176</sup> Um caso típico de urgência é o perigo existente entre a propositura do processo de execução até a citação do devedor e penhora de bens, caso que, poderá ser concedida a medida cautelar em sede de liminar *inaudita altera parte*, se a espera necessária entre a propositura do processo de execução até a penhora ser temerária, haja vista o perigo da demora poder deixar o credor sem garantias (bens) que satisfaçam seu crédito.

<sup>177</sup> “(...) caso o juiz, pelo exame da petição inicial e dos documentos que a acompanham, não se convença da existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá designar audiência prévia na qual deverão ser produzidas provas. Havendo perigo de que a ouvida do réu torne ineficaz a medida, para a audiência de justificção deverá ser intimado apenas o autor. ( NERY, Nelson op. Cit. 1083 p.)

<sup>178</sup> “(...) O dogma atua de modo amplo nos processos de conhecimento e nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Nos processos de execução e cautelar, e também nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, incide o princípio com os abrandamentos e limitações naturais desses tipos de processos e procedimentos (...) Quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado, no superior interesse da justiça, ensejarem pedidos de liminares em possessórias, MS, ações populares, ADIn, cautelares, ACP e tutela antecipatória (CPC 273), a efetiva concessão da liminar não configura ofensa, mas sim limitação imanente do princípio do contraditório no processo civil. Citado, o réu terá oportunidade de contestar e deduzir amplamente sua defesa. O adiantamento da tutela de mérito ou de seus efeitos, tanto nas ações de conhecimento ( CPC 273 e 461 § 3º), quanto nas ações do consumidor, é expressamente permitido (CDC 84 3º).” ( NERY, Nelson. Op. cit. 25 p.)

<sup>179</sup> “Caso a ouvida prévia do réu possa tornar inócua ou ineficaz a medida liminar, o juiz pode concedê-la sem colher a manifestação do demandado. Mesmo que de natureza satisfativa, esta providência não significa ofensa ao princípio constitucional do contraditório, que fica postergado para momento posterior, podendo o réu interpor

liminar. A concessão de liminar é decisão interlocutória e, como tal, comporta recurso de agravo.<sup>180</sup>

Questão que surge na concessão da liminar é quanto a *discricionariedade* do juiz em concedê-la, pergunta-se: presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* o juiz possui discricionariedade em conceder ou não a medida cautelar, seja em sede de liminar ou não? Responde-se desde logo que não há discricionariedade. Como observa NELSON NERY, não obstante existir certa dose de *subjetividade* na aferição da existência dos requisitos *objetivos* para a concessão da cautelar,<sup>181</sup> não se pode falar em discricionariedade do magistrado, deve-se, portanto, ao ler a palavra “*poderá*” no artigo 798 do CPC, entender como sendo “*deverá*”, pois esse é o único caminho, o caminho legítimo a ser seguido pelo julgador porque outro caminho a lei não concedeu. Deve-se entender a não-discricionariedade do juiz na concessão da cautela tendo em vista que o processo cautelar serve-se a um interesse maior que até mesmo o das partes; que é o interesse em prol da eficácia do processo e, por conseguinte, o da justiça. Nunca se pode olvidar que, no terreno das cautelares, deve-se sempre ter isso em vista, que o processo cautelar serve a um interesse maior que ao das partes, pois tutela a própria eficácia processual e, o juiz como sendo o guardião do processo (art. 125 CPC), não pode se eximir de protegê-lo.

Partindo desse mesmo pressuposto, de que a tutela cautelar serve a um interesse maior, já que os interesses de uma parte e de outra se fundem num único e superior interesse, que é aquele relacionado com a garantia de resultado útil, para a ação de mérito, seja a favor de uma, seja a favor de outra parte, tem-se que aceitar também que, quando o magistrado entender necessário que a medida acautelatória seja concedida liminarmente, porque, caso contrário, se concedida apenas na

---

recurso contra ato judicial (...) A concessão de medida liminar sem a ouvida da parte contrária *limitação imanente* à bilateralidade da audiência V. coment. CPC 797. ( NERY, Nelson. Op. Cit. 1083 p.)

<sup>180</sup> O ato judicial que concede ou denega liminar em ação cautelar é decisão interlocutória, porque resolve questão incidente no curso do processo, sem colocar-lhe fim (CPC 162 § 1.). Desta decisão cabe o recurso de agravo de instrumento, consoante dispõe o CPC 522. ( Idem Ibidem).

<sup>181</sup> “*Discricionariedade do juiz:* (...) é certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um (Nery, Nelson. Op. Cit. 1076 p.)

ocasião da sentença perderá sua eficácia e, por análise dos artigos 797 e 798 do CPC, é de se permitir que o juiz conceda a medida em sede de liminar *ex officio* devido ao amplo poder de cautela que o CPC o concedeu e, frise-se, ao interesse maior a que o processo cautelar é dirigido, qual seja, a de garantir à eficácia da prestação jurisdicional.

Entretanto o juiz, em decorrência do *princípio da inércia* (art. 2º do CPC), que estabelece que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, somente pode conceder medida cautelar *ex officio* quando houver ação em curso:

O juiz age de ofício, somente se já houver ação em andamento, sendo que a autorização contida na norma comentada só abrange as medidas (e não ações) cautelares incidentais, não sendo possível ao juiz iniciar, *ex officio*, ações cautelares preparatórias ou antecedentes.<sup>182</sup>

O artigo 816 inciso I estipula que o arresto será concedido independentemente de justificação prévia quando requerido pela União, Estado ou município e o inciso II quando o credor prestar caução. Porém como bem observa o professor VITOR BOMFIM MARTINS, não estarão dispensados de demonstrar a existência dos elementos que informam a cautelaridade e seus pressupostos objetivos.<sup>183</sup> O professor ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS entende que, por se tratar de um privilégio concedido a Fazenda, o preceito é de interpretação restritiva, não se passando as demais entidades que se consideram incluídas no conceito de Fazenda Pública, como é o caso das autarquias e empresas públicas<sup>184</sup>, porém há entendimentos em sentido contrário<sup>185</sup>. Provar a cautelaridade, quer dizer provar seus requisitos objetivos, ou seja, voltamos ao *fumus boni iuris* e o *periculum in*

<sup>182</sup> NERY, Nelson. Op. Cit. 1074.

<sup>183</sup> Op Cit. 201 p.

<sup>184</sup> Manual de Direito Processual Civil.2 v. São Paulo: Saraiva. 1999, 7 ed. 341 p.

<sup>185</sup> GALENO LACREDA E ALVARO DE OLIVEIRA incluem “autarquia” em seu texto. Op. Cit. Tomo II, 59 p.

*mora*<sup>186</sup>, o que não muda nada em relação aos outros credores, então o que será que muda? ERNANI FIDÉLIS e GALENO LACERDA dizem que o que muda é não precisar se submeter aos requisitos do artigo 813, requisitos que, vale lembrar, entende a maioria da doutrina, não deveria ser submetido nenhum tipo de credor. Veja o que diz GALENO LACERDA:

A fazenda pública, compreendendo União, Estados, municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias, está dispensada expressamente de justificação prévia para obtenção de arresto. Tratando-se de execução fiscal, a exemplo do que ocorre com as execuções em geral, o mandado de citação importa ordem de arresto prévio à penho ( arts. 7º, II, 11 e 14 da Lei nº 6.830, de 22.09.1980). Nas demais ações no interesse da Fazenda Pública poderá ela requerer o arresto, desde que presentes os requisitos genéricos das medidas cautelares, *fumus boni iuris e periculum in mora*. Absurdo pretender sujeitar os interesses da Fazenda, como os de qualquer outro credor, que necessite da garantia, aos limites estreitos e defasados do artigo 813: devedor sem domicílio certo, risco de fuga, insolvência, fraude contra credores etc. O absurdo raiaria pelo ridículo.<sup>187</sup>

Na verdade, o que muda, é no que diz respeito à prova do *fumus boni iuris*, veja o entendimento do STJ:

O art. 816 do CPC não dispensa a existência do perigo iminente. Seu dispositivo funciona como um parágrafo explicitando exceção à regra enunciada pelo art. 814, II. Nele se contém, simplesmente, a afirmação de que, em se tratando de cautela requerida pelo Estado, a prova documental e a justificação podem ser dispensadas. (RSTJ 135/123)<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> “O artigo 816 dá mais um privilégio à União, Estado, ou Município: a dispensa da justificação prévia, nos casos previstos em lei. Entretanto, sejam tais pessoas jurídicas autoras ou rés, não estarão dispensadas de demonstrar a existência de elementos que informam a cautelaridade, e, no caso do arresto, seus pressupostos objetivos.” ( MARINS. Vitor Bomfim. Op Cit. 201 p.)

<sup>187</sup> Op. Cit. Tomo II. 59 p.

<sup>188</sup> Apud. NEGRÃO. Theotonio. Op. Cit. Nota 2ª do art. 816. 832 p.

Em se tratando de Fazenda Pública, surge uma questão: Pode arresto contra a Fazenda Pública, seja por liminar, seja por sentença? Responde-se de pronto que **NÃO**. Por um motivo simples. Os bens Públicos são impenhoráveis, bens impenhoráveis não podem ser arrestados, pois possibilidade jurídica do pedido na ação cautelar de arresto consiste em ser o bem penhorável.<sup>189</sup>

Prosseguindo. Ainda vale frisar que, no caso do inciso II do artigo 816, se o juiz não se convencer de modo suficiente da necessidade de cautela, e entender necessário a justificação prévia, não estará obrigado a conceder a medida sem esta.

Na hipótese de a liminar ser concedida por juízo que posteriormente foi declarado incompetente, ela permanecerá válida até que o juízo competente se pronuncie a respeito, em razão do risco de dano irreparável que não permite a total obediência às regras de competência.<sup>190</sup>

Por derradeiro, a liminar cautelar pode ser revogada se se modificarem as circunstâncias de sua concessão ou por qualquer outro motivo que demonstre que não deve mais ser mantida a proteção cautelar. O artigo 807 do CPC diz que as medidas cautelares podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. Essa expressão *a qualquer tempo* significa que ela pode ser revogada ou modificada, não só através da sentença cautelar como também no curso da ação cautelar, através de uma decisão interlocutória, independentemente da interposição, pela parte, do recurso de agravo de instrumento. A liminar é também revogada naturalmente pela

---

<sup>189</sup> “ E M E N T A - DECISAO: decide o Tribunal de Justicia do Paraná, por seu I grupo de camaras civeis, por maioria de votos, conceder em definitivo a seguranca, confirmando a liminar. Ementa: ARRESTO. Medida intentada contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. Segurança concedida em definitivo. Os bens públicos são impenhoráveis e, portanto, nao estão sujeitos a arresto ou a medida assemelhada, ainda que vise a garantia de cobrança de honorários advocatícios contratados por escrito.” (tribunal de justiça do paraná. ACÓRDÃO: 2751- DESCRIÇÃO: MANDADO DE SEGURANCA (GR) - RELATOR: DES. FLEURY FERNANDES-COMARCA: CTBA-4ª VARA FAZ PUB FAL E CONCORDATAS - ORGÃO JULGADOR: II GRUPO DE CAMARAS CIVEIS PUBLICAÇÃO: 17/06/1996 )

<sup>190</sup> “No caso de ter sido acolhida a exceção de incompetência, os autos devem ser remetidos imediatamente ao novo juízo. Entendemos, no entanto, que se esta ainda não foi julgada e a liminar não tiver sido cumprida, é prudente o juiz determinar sua suspensão, para evitar maiores prejuízos, caso posteriormente, seja acolhida a exceção e o juízo competente entender não ser cabível a liminar.” (RT 592/124) (LARA. Betina Rizato. Op. Cit 123 p.)

sentença que indefere a ação cautelar. Ademais, a apelação de sentença cautelar é recebida apenas no efeito devolutivo ( 520, VI, do CPC).

## 10.1 CAUÇÃO

Consoante o artigo 804 do CPC o juiz, quando conceder a medida cautelar em sede de liminar, poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória para o fim de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Pois bem, tal previsão é parte do sistema de freios e contrapesos criados pelo legislador para evitar o deferimento indiscriminado de medidas cautelares e liminares, pela seguinte lógica, utilizando como referência uma balança: antes de se propor a ação cautelar e se requerer a liminar, a balança pende para o lado do requerido; depois da concessão da liminar, o ideal seria que ficasse equilibrada; no entanto, caso a balança passar a pender para o requerente, é preciso colocar um pouco mais de peso no lado do requerido. Este peso será a caução.<sup>191</sup>

Quando o juiz ficar em dúvida quanto a concessão da liminar, e essa dúvida deve dizer respeito a um possível dano<sup>192</sup> injusto que possa causar ao requerido existe um princípio consagrado em processo cautelar explicado por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA do seguinte modo:

*É princípio consagrado em teoria do processo cautelar que o magistrado, estando em dúvida sobre a conveniência de decretar a medida cautelar, mesmo sobre forma de liminar e especialmete neste caso, deverá concedê-*

---

<sup>191</sup> LARA. Betina Rizzato. 111 p.

<sup>192</sup> “*responsabilidade objetiva*. É essa a natureza da responsabilidade do requerente de medida cautelar pelos danos que a execução da medida tiver causado ao requerido (RT 684/88)” ( NERY. Nelson. Op. Cit. 1090 p.)

la, impondo ao requerente o dever de prestar previamente caução. (grifo nosso)<sup>193</sup>

Como explica HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a caução não elimina os pressupostos da medida cautelar (*fumus boni iuris, periculum in mora*), pois não pode configurar como um super pressuposto para a concessão da medida, porém como funciona como instrumento que facilita o deferimento da tutela cautelar naqueles casos em que se afirma duvidosa a situação de fato justificativa da ação cautelar, pode, logo, ser o juiz mais liberal na aferição dos pressupostos do deferimento liminar da medida preventiva.<sup>194</sup>

Quando o juiz verificar, sem vacilação, seja pela simples análise da inicial, seja pela justificação prévia, que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (*fumus boni iuris, periculum in mora*), não caberá a prestação de caução, pois, neste caso, não há que se falar em dano injusto.<sup>195</sup>

Quanto a discricionariedade do juiz para exigir a caução, LARA entende que, como não há discricionariedade para conceder a liminar caso presentes seus requisitos, também não haverá para a caução em havendo risco de ocorrerem danos injustos para o requerido. Porém, vale lembrar que a caução não é requisito para a concessão da liminar e, somente deve ser exigida quando estritamente necessário. Portanto, quando se fizer realmente necessário, deve ser necessitada.

---

<sup>193</sup> apud LARA. Betina Rizzato 112 p.

<sup>194</sup> Op. Cit. 157 p.

<sup>195</sup> LARA. Op. Cit. 112 p.

## 11. ARTIGO 817 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 817. Ressalvado o disposto no art. 810, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada na ação principal.

O processo cautelar, porquanto instrumental, é autônomo. Sendo assim, suas decisões dizem respeito apenas à lide cautelar, pois, trata-se neste de outra fundamentação, outra finalidade, qual seja, a de proteção do processo principal. Por conseguinte, como regra, a decisão proferida em processo cautelar não alcança o processo principal, por isso que, uma cautelar indeferida, não impede que a parte venha a propor a ação de conhecimento ou execução futuramente, porque a parte perdeu apenas o direito à segurança e não o direito de ver a lide solucionada.

No entanto, há uma exceção à regra: podem ser conhecidas a decadência e a prescrição relativa ao processo principal dentro do processo cautelar. Tal medida se dá em observância ao princípio da economia processual, pois, de nada adiantaria conceder uma cautelar para proteção de um direito já prescrito ou que já sofreu decadência.<sup>196</sup>

Essa exceção é uma inovação trazida pelo código de 73, haja vista não haver dispositivo semelhante na legislação anterior ou alienígena.

Deve-se tal inovação a ALFREDO BUZAID, autor do anteprojeto. Houve, na época, certo receio com a inovação, insurgindo alguns contra esta por entenderem inadmissível que se julgue o mérito do processo principal no processo cautelar, pois estaria se decidindo fora do objeto do processo cautelar. GALENO LACERDA relata que na discussão de emenda que objetivava suprimir essa disposição, perante a

comissão especial da Câmara, o relator-geral assim resumiu as razões de BUZAID, então Ministro da Justiça, em favor do projeto:

Confesso que se trata de questão que também hoje de manhã discuti com o eminente Ministro da justiça, e as razões de S. Exa. são digamos, audaciosas. É evidente que, em processo cautelar, declarar a prescrição ou a decadência de direito parece aberrar um pouco, pelo menos diante daquilo a que nós estamos habituados. É o menos que possa dizer respeito. Mas S. Exa. Tem perfeita consciência de que se trata de uma inovação que visa à economia processual. Porque, diz ele: “Como deferir a medida cautelar, se o direito a que ele acede está prescrito ou já decaiu?” V. exas. Optarão entre o velho e o novo, entre a inovação corajosa e uma emenda que, na verdade, pretende apenas manter a tradição do direito Processual Brasileiro.

O Congresso optou pela inovação corajosa, e Câmara e Senado rejeitaram as emendas supressivas.<sup>197</sup>

A doutrina convencionou por chamar essa excepcionalidade de *deslocamento de cognição* pelo fato de haver, no processo cautelar, um tipo de conhecimento que não lhe é próprio, porque conhece matéria de mérito<sup>198</sup>, que deve apenas ser objeto da ação principal.

Prescrição: em se tratando de pretensão que se exerce em juízo mediante ação condenatória, que terá sempre cunho patrimonial, tratar-se-á de direito sujeito à extinção por meio de prazo *prescricional*: é a tirada da exigibilidade do direito.

Decadência: em se tratando de pretensão que envolve direitos potestativos, quer dizer, aqueles que podem ser exercidos independentemente de haverem sido lesados, são exercitáveis em juízo por meio de ação constitutiva (positiva ou negativa), tais direitos são sujeitos ao prazo da decadência. Na decadência, há a retirada da tutela ao interesse.

---

<sup>197</sup> comentários... tomo I. 306 p.

<sup>198</sup> “superadas as questões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, o legislador brasileiro determinou serem prescrição e decadência matérias de mérito (...)” (NERY, Nelson. Op. Cit. 606 p.)

Pois bem. Logo se vê que o que mais interessa para o arresto será o concernente ao prazo prescricional.<sup>199</sup>

A decadência é matéria de ordem pública, e, devido a isso, pode o juiz conhecê-la de ofício a qualquer tempo. A regra quanto a prescrição é que, em se tratando de direitos patrimoniais, o juiz não pode conhecer da matéria de ofício, deve, portanto, ser expressamente alegado pela parte. A questão que se propõe é: essa regra continua valendo no campo das cautelares? SHIMURA entende que sim, continua valendo por se tratar de direito patrimonial<sup>200</sup>. Parte da doutrina fundamenta essa posição no artigo 810 do CPC quando utiliza-se da expressão “acolher alegação”, SHIMURA diz que esse não é o fundamento correto, pois o artigo 567, V, também se utiliza do verbo “acolher”, para o caso de perempção, litispendência ou coisa julgada, e, ninguém duvida que essas matérias possam ser conhecidas de ofício; aduz, logo, que o fundamento correto é mesmo o fato de se tratar de direitos patrimoniais. Em sentido contrário, GALENO LACERDA, entende que deve ser concedido ao magistrado o poder de conhecer de direitos materiais de ofício, pois deve ser feita uma interpretação teleológica, inspirada na finalidade do texto, que foi a economia processual, a tolher de plano demanda inviável.<sup>201</sup> Temos que, por se tratar de um deslocamento de cognição, haja vista ser vedado ao processo cautelar *conhecer matéria de mérito*, a regra deve continuar a mesma. Não pode haver tal *privilegio* ao devedor que não alega a prescrição, somente porque estar-se-á fora do processo principal, deve-se manter as mesmas regras que existem no processo principal, porque é o entendimento mais lógico e justo, em se interpretando o código;

---

<sup>199</sup> Pois as ações de cunho condenatório são abarcadas pela prescrição, veja na lição de SILVIO RODRIGUES, referindo-se à estudo de AGNELO AMORIM FILHO (RT 300/7): “ Examinando o instituto da prescrição, o Prof. AGNELO AMORIM FILHO conclui que ela só inicia o seu curso a partir da violação do direito, a qual dá o direito a uma ação que reclama uma prestação. Ora, só as ações condenatórias pretendem alcançar uma prestação e só os direitos a ações condenatórias estão sujeitas à prescrição.(...)Desse modo, conclui este esplêndido estudo: 1. Estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias e somente elas; 2. Estão sujeitas à decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem) as ações contitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3. São perpétuas (imprescritíveis): a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as ações declaratórias.” (RODRIGUES. SÍLVIO. Direito Civil. 1 V. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 325 p.)

<sup>200</sup> Op. Cit. 358 p.

<sup>201</sup> op. Cit. 309

logo, não obstante a doutrina de GALENO LACERDA ser por demais autorizada e fundamentada, entendemos estar a razão com SHIMURA.

Outra questão que se propõe é: a sentença que conhece a prescrição ou decadência faz coisa julgada material, impeditiva da ação principal? Para a resposta, insistimos em uma lógica que entendemos fundamental para se pensar na prescrição e na decadência no âmbito do processo cautelar. Essa lógica consiste em ser o conhecimento desses, questão estranha ao espírito cautelar, sendo, pois, como já salientado, um *deslocamento da cognição*, e, sempre para responder alguma questão relativa a essa matéria deve-se ter isso em pauta. Portanto deve-se entender que, faz sim a coisa julgada material em favor do devedor, veja o interessante ensinamento de SHIMURA:

Dessa forma, quando o réu alega prescrição ou decadência, tem em mira obstar a concessão da cautelar e também obter um pronunciamento definitivo sobre a lide principal, em um de seus pronunciamentos preliminares. Sendo assim, quando se formula tal defesa, o que existe é uma reconvenção, conexa com o fundamento de defesa, nos termos do artigo 315. Reconvenção especial, excepcionalmente admitida, com pressupostos bem delimitados, mas reconvenção.

Na verdade, é a mesma ação declaratória que o réu poderia ter ajuizado antes da ação cautelar do autor, para obter antecipadamente a declaração da decadência ou da prescrição. Não o tendo feito, a lei lhe concede de, na cautelar, ingressar com tal pedido. Dêem o nome que quiserem, mas não se pode negar que existe um pedido, cuja decisão faz coisa julgada material.<sup>202</sup>

Ademais, o mais forte fundamento a se considerar para a questão é: de que adiantaria essa disposição caso pudesse a parte depois, mesmo assim, impetrar a ação principal? Que economia processual existiria?

Por conseguinte, outra questão é: quando rejeitadas na ação cautelar as arguições de decadência e prescrição, poderão ser renovadas na ação principal?

---

<sup>202</sup> Op. Cit. 359 p.

Aqui, novamente iremos encontrar divergências. GALENO LACERDA<sup>203</sup> responde que não, faz isso fundamentando no deslocamento de cognição e, principalmente, no artigo 471 que dispõe que *“nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”*. Em sentido contrário, vem SHIMURA<sup>204</sup>, entendendo que, apenas quando repelida a prescrição ou decadência, nada impede seja novamente arguida no processo principal. Fundamenta que, pela excepcionalidade do artigo 810, é imperioso uma interpretação restritiva.

Ainda, pode o juiz, se entender não ser apropriado discutir tal questão no processo cautelar, relegá-lo ao principal.

E, por derradeiro, somente cabe o deslocamento de cognição em processo cautelar antecedente, pois, se já houver ação principal proposta, nela será o lugar apropriado para discutir a prescrição e a decadência.

---

<sup>203</sup> Op. Cit. 309 p.

<sup>204</sup> Op. Cit. 360 p.

## 12. ARTIGOS 818 E 821 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ARRESTO E SUA RELAÇÃO COM OS DISPOSITIVOS RELATIVOS À PENHORA:

Art. 818. Julgada procedente a ação principal, o arresto se resolve em penhora.<sup>205</sup>

Art. 821. Aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente seção.

Em primeiro lugar, faz-se oportuno uma distinção entre os institutos do arresto e da penhora. Ambos não se confundem. Isso porque o arresto é um instituto de índole cautelar que visa à segurança de um direito de crédito ou que em crédito possa se converter; enquanto a penhora é uma providência de natureza executiva: *“através de sua indispensável presença é que se dá o primeiro passo nos atos executivos tendentes a realizar a transferência forçada dos bens ao devedor”*.<sup>206</sup> Portanto, já caiu por terra a posição doutrinária que considerava a penhora como uma medida cautelar uma vez que não pairam mais dúvidas no processo civil Brasileiro que a força de uma sentença cautelar não ultrapassa os limites da “mera” proteção.

---

<sup>205</sup> Esclarece SHIMURA que este artigo pode causar uma interpretação equivocada, advertindo que a conversão do arresto não ocorre simplesmente com o julgamento de procedência da ação principal: “Em primeiro lugar, muitas vezes sequer há condenação (por exemplo: quando a ação principal é de execução forçada não-embargada). Em segundo lugar, ainda que condenatória, se a sentença for íliquida ou se se tratar de condenação apenas eventualmente conversível em dinheiro (exemplos: obrigação de fazer, não fazer, de dar coisa certa), somente após o início da execução forçada, definitiva ou provisória, quando o devedor é intimado a pagar em 24 horas a dívida em dinheiro e não solve o débito, é que, então, haverá a conversão do arresto em penhora, pois inconcebível penhora sem execução. Em terceiro lugar, como quer OVÍDIO BAPTISTA, no fundo, não há conversão do arresto em penhora, como uma metamorfose em que o arresto seria larva. Sucede que, quando da penhora, a constrição recai sobre os mesmos bens arrestados.” (Op. Cit. 380 p.)

<sup>206</sup> JUNIOR. Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 2 v. Op. Cit. 168 p.

O artigo 818 prevê a seguinte situação: decretado o arresto em liminar ou sentença proferida em processo cautelar, antecedente ou incidente à ação principal de conhecimento, julgada esta procedente, o bem objeto do arresto será também o bem objeto da penhora. Entretanto, isso não é automático, nem poderia ser, tendo em vista serem dois institutos dessemelhantes. Faz-se necessário atos processuais para que o bem arrestado seja penhorado, - deve haver o despacho do juiz e lavratura do auto de penhora - , Não há, portanto, uma metamorfose.

Entende VICTOR BOMFIM MARINS<sup>207</sup> que há necessidade de atos processuais para que, um se transforme em outro, ou seja, o arresto se transforme em penhora, diz até que o disposto no artigo 818 seria dispensável tendo em vista que não há transformação automática. Entretanto, SÉRGIO SEIJI SHIMURA<sup>208</sup> e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>209</sup> entendem de modo diverso, que não há necessidade de nova manifestação do juiz, pois a convolação advém da lei, quer dizer, se dá de pleno direito. Basta que o escrivão lavre o termo de conversão para efeito de ser o devedor intimado (art. 669) fixando-se, com a intimação do devedor, o *dies a quo* para oposição dos embargos. Ainda, não é porque houve a convolação do arresto em penhora que o feito cautelar se extingue em definitivo, pois pode ser reaberto em caso de ser preciso apurar eventuais perdas e danos no caso de improcedência do pedido principal, como na hipótese do devedor que embarga a execução, vindo a lograr êxito no pedido de insubsistência da penhora. ( responsabilidade em sede cautelar, artigos 808, III e 811 CPC.)

Ocorre que o arresto sobre determinado bem constitui uma garantia para o credor, e quando este estiver na fase de execução de seu crédito, terá a garantia para satisfação deste, já previamente resguardada, pelo provimento de segurança que é o processo cautelar de arresto. Exemplificando: se A, que move ação de conhecimento contra B, propõe ação cautelar incidente para arrestar de B, determinado bem, porque este está se desfazendo de todo o seu patrimônio, de modo que não haverá bens para garantir o crédito futuro, e o arresto é concedido,

---

<sup>207</sup> Op. Cit 201 p.

<sup>208</sup> Op. Cit. 382

<sup>209</sup> Processo Cautelar. Op. Cit. 251 p.

quando, na execução, se houver por fazer a penhora, bastará que se faça auto de penhora do bem já arrestado<sup>210</sup>. Se já houver uma penhora anterior sobre o bem, porém posterior ao arresto, o credor mais zeloso terá preferência, ou seja, mesmo sendo a segunda penhora, terá preferência pois, considera-se a data do arresto.<sup>211</sup>

Logo o bem arrestado possui efeitos para a ocorrência de direito de preferência, caso ocorram diversas penhoras, de credores diferentes, o credor mais zeloso que tenha o arresto do bem em seu favor anterior às penhoras é quem terá a preferência no concurso destas. Então, conta-se o prazo da penhora levando-se em consideração desde à época do arresto para se saber quem é o credor com direito sobre o bem. Também se enquadra na presente análise o arresto concedido no curso do processo de execução, antes de ser efetuada a penhora. O arresto, portanto, não se confunde com a penhora, mas garante o bem para esta quando da fase de execução, pode-se dizer, logo, que o arresto tende à penhora uma vez que seu destino natural é transformar-se nela, mas com esta não se confunde. Desse modo entende GALENO LACERDA, entretanto, há divergência na doutrina. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, na esteira da lição de LÉO ROSENBERG, entende que devem ser tratadas diferentemente as hipóteses em que o arresto foi concedido com base em título que já autorizava a execução e aquela em que o título (sentença condenatória em grau de recurso) ainda não permitia a penhora ao tempo da medida cautelar.<sup>212</sup> Assim, se o arresto foi concedido quando já era juridicamente viável a penhora, então a eficácia daquele em matéria de preferência retroage à data de sua execução, desde que tenha posteriormente se convertido em penhora. Porém, se na época do arresto, não se podia validamente realizar a penhora, por exemplo, se fundado (o arresto) em sentença pendente de recurso, no conforme do artigo 814, parágrafo único, mesmo convertendo-se mais tarde a medida cautelar em penhora, sua eficácia não pode retroagir ao nascedouro. Portanto, nesse

---

<sup>210</sup> “É, destarte, do decurso improficuo do prazo de 24 horas assinado pelo juiz ao devedor para pagar a dívida de dinheiro, ou convertida em dinheiro, que nasce a conversão do arresto em penhora.” (JÚNIOR. Humberto Theodoro. Op. Cit. 252.)

<sup>211</sup> “A doutrina, de modo geral, opina por fazer retroceder a prioridade da penhora, assegurada no artigo 612, à data em que o arresto se consumou. Na jurisprudência brasileira, verifica-se, também, apoio à tese.” (OLIVEIRA. Alvaro. Op. Cit, 85 p.)

<sup>212</sup> Processo Cautelar. Op. Cit. 249 p.

entendimento, a retroação se dá tão somente até o ponto em que a penhora se tornou possível juridicamente, isto é, o momento em que a sentença tornou-se definitiva e exequível (trânsito em julgado e liquidação). SHIMURA esposou essa posição de THEODORO JÚNIOR, entendendo também pelo critério da *viabilidade da realização da penhora*.<sup>213</sup> Na época da obra de SHIMURA (Arresto Cautelar, 2 ed. 1997), GALENO LACERDA não era do sentir de hoje, o autor reformulou seu entender a partir da edição de 1998 de seu livro (Comentários... Op. Cit.), antes entendia que não se podia atribuir o efeito retroativo ao arresto, já que de medida executiva não se trata.<sup>214</sup> Entendemos que andou bem LACERDA, com a reformulação de seu entendimento, dando maior segurança para o credor mais zeloso.<sup>215</sup>

Ainda com relação ao arresto e a penhora, vale ressaltar que, o credor que já obteve a penhora não pode postular o arresto, pois se já houve a segurança do juízo na execução em curso, não haverá interesse de agir, uma vez que a medida cautelar seria inútil e desnecessária.

---

<sup>213</sup> Op. Cit. 219 p.

<sup>214</sup> Veja comentário de SHIMURA, sobre o entendimento antigo de GALENO LACERDA, presente nas 2 primeiras edições de seu livro: “Nada obstante, GALENO LACERDA, com apoio nas idéias de Pontes de Miranda, entende que o caráter cautelar do arresto não pode ser confundido com a natureza executiva da penhora. Com o arresto, garante-se apenas; a força da sentença ou da decisão cautelar pára aí, necessariamente, vez que não se trata de medida executiva, nem dá ensejo à futura ação de execução. A recepção do arresto ou do sequestro em penhora não é mais do que aproveitamento da constrição cautelar para início da constrição executiva, de sorte que não há falar em continuidade; cessa uma, à decretação da outra. Não foi o arresto ou o sequestro que permitiu a penhora; foi a penhora que se fez com os elementos qua haviam servido ao arresto e ao sequestro. O arresto tende à penhora, mas não é ainda penhora. Desta maneira, não se pode atribuir o efeito retroativo ao arresto, já que de medida executiva não se trata. A prioridade situa-se no plano da execução e somente nesta. A pretensão executiva, que se funda em título de dívida líquida e certa, deve prevalecer sobre a pretensão à segurança, que se contenta apenas com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.” (Op. Cit. 218 p.)

<sup>215</sup> Nesse sentido veja decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

“E M E N T A - DECISÃO: ACORDAM EM 4ª CAMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

*Ementa:* Arresto - penhora posterior sobre o mesmo imóvel determinada em execução processada em outro juízo - validade da providência cautelar. o ato de apreensão de bens consistente no arresto para garantir futura execução, não pode ser desconstituído pela penhora posterior editada em outro procedimento, precisamente porque a diferenciação entre arresto cautelar (cpc, arts. 813 e ss.) e arresto atípico (cpc, art. 653), é irrelevante, considerando-se que todas as formas de arresto destinam-se a garantir direito do credor. Se o adquirente tinha ciência inequívoca do arresto, tanto em face da averbação na matrícula, como em razão de ressalva impressa no instrumento público de cessão de crédito, no qual assumiu toda a responsabilidade pelos encargos incidentes sobre o imóvel, não pode impedir a evolução do procedimento executório.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 84.522-PR.

decisão: unanime - acórdão: 10264 - descrição: agravo de instrumento - relator: des. walter borges carneiro - Comarca: Curitiba - 8ª vara cível- Órgão Julgador: Quarta Camara Cível- Publicação: 10/04/1995”

Já com relação à concorrência entre arresto e arresto, na lição de GALENO LACERDA, a regra é simples: prevalece o arresto em primeiro lugar realizado.<sup>216</sup> Conta-se sempre da data em que foi efetivado o arresto. Com a ressalva de que, exige-se depositário comum, no caso de dois ou mais arrestos sobre o mesmo bem, devendo, pois, permanecer o primeiro nomeado, impedindo-se eventuais despesas com a remoção da coisa arrestada. Entretanto, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende de forma diversa.<sup>217</sup> Para este, no concurso de vários arrestos sobre os mesmos bens, a fixação do direito de preferência entre os credores disputantes far-se-á não apenas segundo a simples ordem cronológica, mas sim, segundo o critério de que a eficácia do arresto somente retroage à data em que se era possível, idealmente, obter um arresto.

Voltando à relação arresto-penhora. Há, de certa óptica, característica que lhes é comum, é o fato de que ambos servem, cada qual de seu modo, para assegurar o bem que garantirá a dívida. Porém o arresto não passa da segurança com vistas à execução futura; a penhora reserva o bem para ser posto em praça ou leilão, logo, é executiva-satisfativa, ela soluciona a lide porque vendendo-se o bem, quita-se o débito; diferente é no caso do arresto, não se vislumbra com este um fim para a dívida, apenas se quer garantir o processo no seu desenrolar, mantendo, assim, um equilíbrio entre as partes, para que se assegure a eficácia do processo principal. Portanto, há certo elemento de garantia comum aos dois institutos, mas a finalidade é diversa.<sup>218</sup>

Quando o artigo 821 do CPC diz que aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente seção, quer dizer que os dispositivos referentes à penhora que não são compatíveis com o arresto não podem ser utilizados. Nesse diapasão, é fácil perceber que o disposto nos artigos 646, 647, 652, por se referirem ao procedimento específico da expropriação forçada, não podem ser utilizados para o arresto, haja vista, como já aduzido, o arresto não passa

---

<sup>216</sup> Op. Cit. 86 p.

<sup>217</sup> Op. Cit. 250 p.

<sup>218</sup> “pelo arresto, tutela-se preventivamente com a constrição de bens destinados à futura execução, e só isso: a força da sentença ou da decisão cautelar pára aí. Com a penhora, executa-se: já se configura, a meio caminho, satisfação do direito do credor.” (OLIVEIRA. C. A. Alvaro de; LACERDA. Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. VIII V. Tomo II. São Paulo: Forense. 1999, 4 ed. 74 p.)

da garantia, não pode ser executivo, não se serve à expropriar bens do devedor para, com isso, satisfazer o direito do credor; sua função é de assegurar o crédito.

O principal a se considerar no presente tópico é que *somente são passíveis de arresto os bens que podem ser penhorados*. Logo, deve-se observar os artigos 648, 649, 650 ao se efetuar o arresto. Importante essa observação pois esse requisito corresponde a possibilidade jurídica do pedido, de modo que, em não sendo penhorável o bem que se pleiteou o arresto, a ação cautelar será extinta sem o julgamento do mérito, nos moldes do artigo 267, VI, observa-se assim que, o pedido é juridicamente possível quando não expressamente proibido pela ordem jurídica e, no caso do arresto, os mandos proibitivos fazem-se presentes nos artigos 648 *usque* 650 CPC.

Ainda, devido a urgência característica do arresto, não é cabido ao devedor nomear bens com a finalidade de constrição judicial, não sendo observados, pois, os artigos 655, 656, 657. ALVARO DE OLIVEIRA diz o seguinte quanto à gradação estabelecida no artigo 655:

Cumpra analisar, porém, se o arrestante deve obedecer à gradação estabelecida no artigo 655. Assertiva dessa ordem não tem, contudo, procedência por não se afinar com as características próprias do processo cautelar. Constituiria demasia a exigência de ser o arrestante compelido a provar ao juiz, previamente, atendimento à gradação determinada no dispositivo sob exame. Tal prova, normalmente, apresenta-se difícil e, muitas vezes, impossível. O *periculum in mora*, implícito no pedido de arresto, insta a certa rapidez em total disfunção com essa exigência.<sup>219</sup>

Como visto, nas precisas palavras de OLIVEIRA, o *periculum in mora* do arresto não permite que a parte passiva deste, se utilize do disposto no artigo 655. No entanto, professa SHIMURA que quando da convolação do arresto em penhora, ao devedor é permitido, antes, quando intimado desta na fase da execução, nomear

---

<sup>219</sup> Op. Cit. 76 p.

outros bens que estejam em grau superior na listagem do artigo 655, exemplificando que, se arrestado um imóvel, nada obsta a que, quando citado na ação de execução, nomeie um veículo para penhora, considerando que, na execução, vige o princípio da menor onerosidade ao executado devedor – art. 620 CPC.<sup>220</sup>

Diferente é o caso de, depois de efetuado o arresto, a parte pedir ao juiz a substituição do bem arrestado. Nesse caso, o fundamento legal é o artigo 805 do CPC. Pode, portanto, a parte pedir substituição do bem nos termos do artigo 805 depois que fora efetuado o arresto. É o caso do arresto excessivo, onde a parte apresenta um bem de menor valor, mas já é capaz de garantir a dívida. Ou se o demandado pede a substituição por dinheiro, sua pretensão deve ser atendida, desde que o montante oferecido seja suficiente para a satisfação plena do crédito. A doutrina e jurisprudência entendem que o juiz não pode decidir qual a espécie de caução devida, mas é evidente que a garantia deve ser idônea.

A lei autoriza seja prestada caução real ou fidejussória. No caso, o bem oferecido pela impetrante (um imóvel) constitui caução que, em princípio, se mostra adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC 805). Não há razão de fato ou de direito para a recusa, ou para a exigência de depósito em dinheiro (CPC 827). Como já decididiu este Tribunal, o Juiz decide sobre a suficiência, cabendo-lhe examinar se a caução (garantia) oferecida é bastante ou não; não lhe é dado determinar qual a espécie de caução devida (JTA 108/84) (1º TACivSP MS 524072-8, Juiz Alexandre Germano, Vice-Presidente, concessão de liminar em 3.8.1992).

Como visto, o juiz não determina a espécie de caução, basta que seja suficiente para a garantia de dívida. Portanto, cabe no arresto a regra relativa à execução, de que esta deve se dar do modo menos gravoso ao réu, art. 620 CPC. Nesse diapasão, se, porventura, a parte, após o arresto, requer substituição do bem arrestado por garantia, que garanta a dívida e ainda lhe seja menos gravosa; deve

---

<sup>220</sup> Op. Cit. 381 p.

ser deferida a substituição com fulcro no art. 805 e 620. É o caso de, por exemplo, a parte que teve a penhora de um imóvel e requer seja substituída por garantia em dinheiro, pois lhe interessa que fique o bem livre de qualquer constrição judicial para que, assim, possa comercializá-lo, deve ser concedida, como já decidiu Eg. Trib. de Alçada de SP, a garantia em dinheiro é sempre menos onerosa, veja: *“Atende ao princípio da menor onerosidade (CPC 620) a penhora em dinheiro, pois evita avaliação de bem penhorado bem como sua arrematação, o que acarretaria despesas ao devedor (TJSP, 9º Câm. Dir. Publ., Ag 177345-5/0-00, rel. Des. Sidnei Beneti, v. u., j. 8.11.2000).*

Nessa mesma linha de raciocínio, serve também ao arresto o disposto no artigo 659: de acordo com o §1º efetuar-se-á o arresto onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública, caso em que deverá haver requisição do juiz ao respectivo chefe; não se levará a efeito o arresto quando seu valor, por ser baixo, será totalmente absorvido pelas custas processuais e honorários advocatícios, pois como o arresto serve para garantir o crédito, deve-se observar o disposto na parte final do 659, o arresto terá que ser suficiente ao principal, juros, custas e honorários, lógico que poderá ser concedido quando não cobrir totalmente a dívida principal, mas ser suficiente para lhe cobrir parte considerável; aplicável também o disposto no §3º, sendo concedido ao oficial, quando não houver bens bastantes para cobrir a dívida, ou não encontrar bens penhoráveis, poder-se-á, o oficial, descrever na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor; o § 4º estabelece que o executado deverá, por sua conta, providenciar o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial. O presente dispositivo é utilizável no arresto também, conclui-se isso apoiando-se no artigo 167, incisol, nº5 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) que dispõe que, no registro de imóveis, serão feitos o registro das penhoras, arrestos e sequestros; ainda, de acordo com o artigo 239 da referida lei, o arresto somente será registrado depois de pagas as custas do registro pela parte interessada; o artigo 240 estabelece que o registro da penhora, entenda-se também do arresto (analogicamente), faz prova quanto à fraude de qualquer

transação posterior. A alienação do bem arrestado configura fraude à execução<sup>221</sup>, sendo, por conseguinte, ineficaz<sup>222</sup> ao processo nos termos do artigo 593 do CPC. Ocorre que, o terceiro que adquire um bem, sabendo estar arrestado, isso, via de regra, ocorre quando a penhora é registrada, não pode alegar boa-fé. Em sendo terceiro de boa-fé, se opuser embargos de terceiros, terá grandes chances de sucesso ( ver acórdão do STJ no rodapé)<sup>223</sup>. Caso não haja o registro do arresto, cabe ao credor provar que o adquirente agiu de má-fé, caso prove, configura também a fraude. O registro gera presunção absoluta de que o adquirente agiu com má-fé – *juris et de juri* - .<sup>224</sup> Em não havendo o registro cabe ao credor fazer a prova da má-fé do terceiro adquirente.<sup>225</sup> Porém há entendimento diverso, no sentido de não ser necessário o registro para configurar a fraude, Veja decisão do STF:

---

<sup>221</sup> “Veja como professa NELSON NERY o porquê do cabimento da fraude de execução também no arresto: “ O nome do instituto – fraude de execução – pode levar o intérprete a confusões. Não é apenas no processo de execução que pode haver fraude de execução. Como o ato é atentatório à dignidade da justiça, é suficiente que haja litispendência em ação judicial, qualquer que seja ela (de conhecimento – declaratória, constitutiva ou condenatória -, *cautelar* ou de execução), em qualquer juízo (comum – federal ou estadual – trabalhista, eleitoral ou militar), desde que tenha aptidão para levar o devedor à insolvência. (...)” (Op. Cit. 971 p.)

<sup>222</sup> “EMENTA: - Execução - Fraude.- A alienação de bem judicialmente constricto é ineficaz, sendo desnecessário demonstrar insolvência do executado. VOTO: (...)Não há dúvida de que deve prevalecer, "data venia", a tese acolhida no paradigma. A alienação, para configurar fraude à execução, condiciona-se à insolvência quando aquele ato de disposição não incida sobre bem que tenha sido objeto de constrição judicial. O bem penhorado não pode ser vendido e, quando o for, o ato será ineficaz em relação ao exequente. Alienação de bem judicialmente constricto, se admitida, inviabilizaria a execução, sobre constituir evidente violação dos deveres do executado. Conheço e dou provimento.”( ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL - Nº 4.198-MG - (Reg. nº 90.0007165-8) - Brasília, 27 de novembro de 1990. MINISTRO NILSON NAVES, Presidente. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO, Relator.)

<sup>223</sup> Nesse sentido, *STJ*: “E M E N T A - FRAUDE À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DO REGISTRO. ARRESTO. EMBARGOS DE TERCEIRO.

1. Não caracteriza fraude à execução a alienação do bem sem que haja o registro do *arresto*, da *penhora* ou de citação válida em ação real ou pessoal, que possa repercutir sobre os bens do devedor, nem se podendo afirmar que o adquirente tivesse ciência da constrição
2. Importa reexame de matéria de fato inquirir sobre a boa-fé do adquirente, quando o acórdão recorrido entendeu não haver provas suficientes nos autos que caracterizassem o seu conhecimento da execução ou do ato de constrição.” (Relator: Ministro Eduardo Ribeiro- Fonte: Dj Data: 08/11/1999 Pg: 00075 - Veja: Resp 110024-Sp (Stj) - *Superior Tribunal De Justiça* - Acórdão: Resp 111899/Rj (199600682070) - Recurso Especial - Data Da Decisão: 02/09/1999)

<sup>224</sup> “Conhecimento da Fraude: Natureza da presunção. A natureza da fraude que pesa sobre o ato de oneração ou alienação de bens na pendência de ação fundada em direito real ou capaz de levar o devedor à insolvência (593 I II) é *relativa*, isto é, respeitadas apenas às partes do litígio. Caso a cotação tenha sido registrada no registro imobiliário (LRP 167 I), a presunção de fraude será *absoluta*. (...) O ônus de provar a existência da fraude de execução é de quem alega, isto é, do credor. No entanto, se o devedor se tornou insolvente por causa do ato tido como fraudatório e não apresenta outros bens livres para a garantia da obrigação; se o adquirente não apresenta certidões negativas de distribuições cíveis e criminais, demonstrando haver-se acautelado para a celebração do negócio, a prova da fraude de execução fica praticamente demonstrada. (NERY. Nelson. Op. Cit. 971 p.)

<sup>225</sup> “se a penhora não foi registrada no registro de imóveis, ao credor cabe a prova da fraude de execução (RTJ 111/690, Lex JTA 150/73)” (NEGRÃO. Theotônio. Op. Cit. 679 p.)

basta que o devedor venda o bem, pois a fraude à execução é considerada em relação ao devedor executado, que vende o bem penhorado e não em relação aos adquirentes de boa-fé. A fraude se concretiza antes da inscrição da compra e venda no Registro de Imóveis. Não é a aquisição, mas a venda do imóvel que é fraudulenta. Por isso mesmo, é irrelevante que a penhora do imóvel esteja inscrita no Registro de Imóveis: a fraude de execução resulta do ato de disposição do bem que o devedor sabia estar constrictado em processo judicial. Daí porque o Código de Processo Civil considera atentatório à dignidade da justiça a fraude à execução (art. 600, I).<sup>226</sup>

Como se vê, por esse entendimento do STF, diversamente do que entende o STJ<sup>227</sup>, basta a venda do bem arrestado para que se afigure a fraude. Entretanto, como adverte HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, esse entendimento, constante do acórdão supra do STF, é da doutrina antiga, que não mais prevalece hoje, note-se que o Acórdão do supra é de 1986<sup>228</sup>:

Segundo antiga doutrina, que todavia merece acolhida *cum grano salis*, não se requer, para a confissão da fraude cogitada nos artigos 592, V, e 593, a

<sup>226</sup> “Veja a EMENTA: FRAUDE À EXECUÇÃO. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o a insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado. Recurso conhecido e provido.” (RE 108.911-3 – RS - Rel.: Ministro Carlos Madeira. Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime 2ª Turma, 30.06.86. Apud. Código De Processo Civil - Lei N. 5.869, De 11.1.73 - 5ª Edição Em Cd-Rom/2000 - Atualizada Até 5-1-2000 - Theotonio Negrão)

<sup>227</sup> Ver acórdão supra. Veja ainda: “A alienação do bem na pendência de ação de execução fiscal, por si só, não caracteriza fraude à execução, mormente quando não registrada a penhora, nos termos do artigo 7º, IV, da Lei 6.830/80; eis que, para a configuração da fraude, é necessária a demonstração do *consilium fraudis*, que pressupõe o conhecimento, pelo terceiro adquirente, da existência da demanda ou da constrição ao tempo do negócio” (STJ 1º T., Resp 122.550/SP, j. 12.03.1998, rel. Min. Milton Luiz Pereira, RT 755/220).

<sup>228</sup> “Depois da CF de 1988, cabe ao STJ julgar questão de Lei Federal, por isso o entendimento do STF é da acolhida da doutrina antiga, veja decisão do STF de 1995 sobre a questão: E M E N T A: Recurso Extraordinário: matéria infraconstitucional: descabimento. *A caracterização da fraude a execução é tema de direito ordinário que não da margem ao RE.* (grifo nosso).” (Supremo Tribunal Federal. Descrição: Ag. Reg. Em Ag. De Inst. Ou De Peticão. Número: 159499 Julgamento: 07/03/1995. Observação: Votacao: Unanime. Resultado: Improvido. Veja Agrag-120682, Rtg-123/123.N. Pp.: (10). Relator: Sepulveda Pertence . Sessão: 01 - Primeira Turma )

presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. Para o mesmo entendimento, pouco importa, também, a boa fé do adquirente. No dizer de Liebman, “a intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”. É irrelevante, finalmente, que o ato seja real ou simulado, de boa ou má-fé. No entanto, como se esclarece no tópico seguinte, a legislação ulterior ao Código e a exegese jurisprudencial acabaram por dar sensível relevância ao lado psicológico também no que se refere à fraude de execução.<sup>229</sup>

Ainda com relação a alienação do bem arresdo, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende que o réu não perde a disponibilidade jurídica sobre a coisa arrestada de modo que fique privado do exercício do direito de propriedade, não podendo aliená-la ou transferi-la. O que ocorre, diz o referido autor, é a imposição de ineficácia dos atos de transferência dominial em face do processo em que se deu a constrição. Veja comentário:

Mas a ineficácia não se confunde com nulidade, nem impede que seja válida a alienação do bem; apenas faz com que o ato praticado seja irrelevante para o processo, ou seja, faz com que o bem transferido, embora integrado no patrimônio do adquirente, conserve a vinculação ao arresto e aos destinos do processo a que serve a medida cautelar.<sup>230</sup>

THEODORO JÚNIOR justifica sua posição lembrando que terminando o processo mediante resgate da dívida ou qualquer outra forma de cessação de eficácia da medida cautelar, desaparecendo o vínculo processual, ninguém pode pretender anular a alienação ou mesmo ver nela qualquer vício ou defeito. Portanto, conclui que a proteção que o arresto proporciona ao impedimento do desvio ou desaparecimento jurídico é mediante a *ineficácia* dos atos de alienação; pode alienar, entretanto, para o processo o bem continua constricto: *Por isso, gerando a imobilização jurídica do bem frente ao processo, no exato dizer de AMÍLCAR DE*

---

<sup>229</sup> Curso De Direito Processual Civil. 2 V. 31 ed. Op. Cit. 100 p.

<sup>230</sup> Op. Cit. Processo Cautelar. 246 P.

*CASTRO, o arresto e o sequestro, tal como a hipoteca judicial, são remédios preventivos da fraude.*<sup>231</sup>

A Lei 6.015/79 (Registros Públicos), nada diz com relação ao arresto de bens móveis, todavia não o proíbe. Arrestado um veículo, a constrição pode ser averbada junto ao departamento de Trânsito, além do competente registro no Cartório de Títulos e Documentos (art. 129. § 7º, por analogia).<sup>232</sup>

O registro da penhora é ato administrativo e, por isso, é independente do arresto, ato judicial; em outras palavras, o registro não é requisito necessário para validade do arresto. Veja comentário de NELSON NERY:

O exequente pode providenciar o registro da penhora de bens imóveis, no cartório do registro imobiliário, independentemente de autorização ou de mandado judicial. O registro da penhora no registro de imóveis caracteriza presunção absoluta (*iuris et de iuri*) de que o ato da penhora chegou ao conhecimento de terceiros, dada a publicidade dos registros imobiliários. Esse registro não é condição para a existência, validade e eficácia do ato da penhora. Sua finalidade é dar conhecimento a terceiros.<sup>233</sup> (*obs: onde estiver penhora, entenda-se como arresto.*)

O registro, vale dizer, só tem efeito de publicidade, valendo como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros. O fato de o arresto não ser registrado não significa que esta impedida a alegação de fraude contra a execução; a consequência é ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento do ato.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> “Em suma, o ato de alienação do bem arrestado ou sequestrado, assim como o penhorado, é simplesmente *ineficaz* por não produzir efeito contra o arresto ou sequestro. É válido e eficaz entre as partes que o praticaram, mas irrelevante e inoponível ao autor do arresto ou do sequestro.” (Op. Cit. Processo Cautelar. 247 p.)

<sup>232</sup> SHIMURA. Op. Cit. 415 p.

<sup>233</sup> Op. Cit. 1007/A.

<sup>234</sup> Vale reafirmar o asseverado na decisão recorrida, eis que comprovadamente o adquirente agiu de boa-fé, adquirindo bem que figurava no registro imobiliário como livre e desempenido, não podendo imaginar que em outra comarca, em outro Estado, corria ação contra anterior proprietário do bem. (...) Como salientado por Alvino Lima, em obra clássica, a observância da boa-fé constitui “regra fundamental das relações humanas”, refletindo-se nos atos jurídicos que afetem interesses de terceiros (“A Fraude no Direito Civil”, 1.965, nº 8). É a boa-fé a

Tal qual a penhora, o arresto deve abranger bens que assegurem, no futuro processo de execução; o pagamento do principal, juros de mora, custas, multa legalmente prevista, honorários advocatícios e correção monetária. Logo, também pode ocorrer deste ser excessivo ou insuficiente. Caso em que aplicar-se-á o artigo 685 do CPP, sempre no intuito de harmonizar o quantum do arresto com o da dívida.

Caso o devedor dificulte o trabalho do oficial, oferecendo resistência injustificada, far-se-á uso do disposto nos artigos 660 a 662, ou seja, o oficial comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento. Deve-se, no entanto, seguir todas as formalidades presentes nos artigos citados.

De regra não se procede ao segundo arresto. Entretanto, ocorre o segundo arresto nas hipóteses do artigo 667, entendendo ALVARO DE OLIVEIRA que o rol é meramente exemplificativo, podendo-se efetuar quantos arrestos forem necessários se, de algum modo, a garantia desaparece, perece ou diminui.<sup>235</sup> Ainda, pode-se desistir do primeiro arresto se, por exemplo, verificar-se a litigiosidade dos bens arrestados ou se estavam penhorados, onerados ou arrestados.

Surge uma questão quanto à aplicação subsidiária ou não do § único do artigo 669, ou seja, de que recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor. ALVARO OLIVEIRA entende que não, porque quando da conversão do arresto em penhora abrir-se-á oportunidade para intimação do outro cônjuge, com as consequências decorrentes, não só da ciência da constrição, como de oportunidade de impugnação da dívida, se for o caso, ou que o cônjuge se defenda por meio de embargos de terceiro nos termos do artigo 1046 do CPC, com expressa referência ao arresto.<sup>236</sup>

Em sentido contrário, OVÍDIO BAPTISTA entende que, caindo o arresto sobre bem em um condomínio, a intimação de todos se faz necessária, aplicando-se pois,

---

"regola aurea" do Direito moderno, como refere Trabucchi, em citação constante do r. aresto." (Acórdão Do Superior Tribunal De Justiça. Agravo Regimental No Agravo De Instrumento Nº 4.602-Pr (Reg. Nº 90.0006255-1). Relator: Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro)

<sup>235</sup> Op. Cit. 78 p.

<sup>236</sup> Op. Cit. 79 p.

o artigo 10 do CPC, que determina a presença de todos os conjuges na ações que versem sobre bens imóveis.<sup>237</sup>

No caso de os bens correrem risco de se deteriorarem ou se a guarda exigir grandes despesas, ou se estiverem avariados, é cabível a alienação de bens antecipadamente, antes mesmo da conversão em penhora (art. 670 c.c. art. 1113). Assim entendem GALENO LACERDA, ALVARO DE OLIVEIRA<sup>238</sup> e SHIMURA<sup>239</sup>, entretanto, deve ser tomada tal decisão somente em caráter excepcionalíssimo, haja vista ser um procedimento totalmente estranho ao espírito cautelar, porque como já se disse, a força da sentença cautelar não pode ultrapassar a esfera da segurança. Porém aqui, faz-se uma proteção até ao próprio devedor, ou eventual devedor, pois o bem em não sendo vendido irá se deteriorar (ex: genero alimentício), além do que se, ao final, for improcedente a ação principal, será o fruto da venda ressarcido ao proprietário-parte passiva da ação cautelar, além da responsabilidade do arrestante prevista no artigo 811 do CPC. Observa ALVARO DE OLIVEIRA que se deve entender a expressão “manifesta vantagem” prevista no inciso II do artigo 670 do CPP não no sentido de lucro; mas, sim no sentido de proveito, quer dizer, se não vender não existirá mais o bem no futuro, não havendo mais oportunidade de proveito deste.<sup>240</sup> Portanto, não se autoriza tal alienação fundado apenas em aumento de preço do bem no mercado, hipótese em que estar-se-ia buscando o lucro.

A forma de se executar o arresto é a mesma da penhora, apreendendo-se e depositando-se os bens, com a lavratura do respectivo auto (art. 664 CPC). Com a diferença de que o arresto é executado de plano, sem prévia citação ou intimação do réu. A sentença do processo cautelar de arresto é de natureza mandamental, com ela é expedido o mandado de arresto e: a medida cumpre-se por si mesma. Deve ser assim pois o segredo e a surpresa são fatores essenciais para o êxito da medida cautelar, haja vista, pode-se dizer, ser o arresto uma medida com a qual se pretende evitar uma fraude que, caso não fosse concedida uma proteção cautelar, fatalmente

---

<sup>237</sup> apud SHIMURA. Sérgio Seiji. Op. Cit. 379 p.

<sup>238</sup> LACERDA. Galeno; OLIVEIRA. Alvaro Op. Cit. 79 p.

<sup>239</sup> Op. Cit. 379 p.

<sup>240</sup> Idem. Ibidem.

o credor arcaria com o prejuízo; pois, nisto reside o *interesse de agir* no processo cautelar, em razão de que, há um dano que somente poder-se-á prevenir via proteção cautelar.

Portanto, é essencial para o arresto o depósito do bem para lhe preservar de extravio, perecimento ou que seja danificado, diminuindo, assim, seu valor. O juiz escolhe o depositário segundo os critérios do artigo 666, que não é cogente nem exaustivo<sup>241</sup>, tanto que pode recair sobre o próprio réu, desde que haja concordância do autor; diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que, no caso de imóveis, salvo recusa do depositário, a regra é a escolhida do próprio réu para depositário, por princípio de economia<sup>242</sup>. O depositário exerce um *munus público*, atuando como órgão auxiliar do juízo, ou como *longa manus* do órgão judiciário. Tal função, nos termos do artigo 149 do CPC é remunerada, devendo ser fixada pelo juiz, atendendo à situação dos bens, ao tempo de serviço e às dificuldades de sua execução. O depositário ainda tem direito de ser ressarcido com as despesas que teve com a guarda ou administração da coisa. Esse direito deve ser exercido por meio de ação própria, de conteúdo condenatório, não podendo, pois, ser a indenização fixada no mesmo processo em que se exerceu o encargo.

Em contrapartida, há o dever de o depositário indenizar os prejuízos que causou às partes pelo exercício de sua função, quer tenha agido com dolo ou culpa. Todavia, na esteira da parte final do artigo 150 do CPC, tem o direito de haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo, a serem pleiteados também pela via de ação própria de cunho condenatório. Também não deve receber pelos serviços prestados de forma incorreta; se já tiverem sido remunerados, deve restituir as quantias recebidas.

Consiste também em sua obrigação a de prestar contas perante o juiz que o nomeou, segundo regra de competência estabelecida no artigo 919. Trata-se de procedimento incidental a ser processado em apenso ao processo originário, iniciando-se as instâncias do juiz do feito, do próprio depositário ou de qualquer das

---

<sup>241</sup> SHIMURA. Op. Cit. 408 p.

<sup>242</sup> Op. Cit. 239 p.

partes. Em sendo apurado saldo devedor, a sentença respectiva servirá como título executivo.<sup>243</sup>

Extinto o arresto, compete ao depositário entregar os bens. Caso seja constatado que o depositário já não detém a coisa, ou que, por algum motivo, recusa-se a apresentá-la em juízo, por se tratar de depositário judicial, pode o magistrado determinar, nos próprios autos, a prisão civil do depositário infiel.<sup>244</sup> Dispões assim a súmula 619 do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito.”<sup>245</sup> No caso de o depositário deixar de apresentar ou ocultar bem sob responsabilidade do juízo deprecado, a este compete decretar a prisão civil do depositário infiel.<sup>246</sup>

Determinada a prisão por decisão interlocutória, será esta agravável (art. 522) e ao recurso poderá se atribuído efeito suspensivo.<sup>247</sup>

Caso seja nomeado o próprio devedor como depositário, este passa a ser depositário, não mais atuando como proprietário; assume o encargo como se fosse terceiro, respondendo, assim, criminalmente pela coisa sob sua custódia.

Hipótese interessante de se aduzir é que, no caso do bem sofrer esbulhos ou turbações, não há necessidade de socorrer-se de ações possessórias. Estando o bem sob administração judicial, o atentado é cometido contra a própria jurisdição, de modo que a reação do poder jurisdicional não depende da provocação de qualquer parte.

<sup>243</sup> OLIVEIRA. Alvaro. Op. Cit. 82 p.

<sup>244</sup> “O depositário judicial não tem a opção propiciada pelos art. 902-I e 904 do CPC. Só quando há impossibilidade de cumprir a obrigação principal (como no caso de perecimento do objeto) é que lhe será lícito restituir o equivalente em dinheiro (RJTJESP 95/382, 124/351)” (NEGRÃO. THEOTÔNIO. Op. Cit. T 238 p.

<sup>245</sup> Mesmo sentido, STJ: “ E M E N T A: Prisão civil de depositário infiel. Ação cautelar de *arresto*. É lícita a decretação da prisão, quando, intimado a restituir bens que lhe foram legalmente dados em depósito, o *depositário* não os restituiu. Caso em que se não cumpriu a ordem judicial. "Habeas corpus" denegado.” (Terceira Turma. ACÓRDÃO: HC 8478/GO (199900040082). HABEAS CORPUS. Data da decisão: 06/04/1999. RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES . FONTE: DJ DATA: 10/05/1999 PG: 00162)

<sup>246</sup> Inf. STF 44, de 18.9.96, p.1 HC 74.352-GO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 10.09.96.

<sup>247</sup> OLIVEIRA. Alvaro. Op. Cit. Tomo II. 83 p.

### **12.1. PRAZO PARA EXECUÇÃO DO ARRESTO.**

O prazo para a execução do arresto, depois de concedido em sede de liminar ou obtido por sentença, é de 30 dias consoante o artigo 808, II do CPC, sob pena de perder sua eficácia. Como dito, perde a eficácia a medida do arresto, mas não é extinto o processo cautelar, logo, o recurso cabível é o agravo e não a apelação. Ainda, a cessação da eficácia da medida cautelar não acarreta a extinção do direito da parte para a propositura da ação principal, como é evidente, pois, como visto, salvo nos casos de decadência ou prescrição, donde há o deslocamento de cognição, o processo cautelar em nada interfere no processo principal, dada sua autonomia.

SHIMURA<sup>248</sup>, traz questão, a se saber, sobre o problema de, proferida sentença concessiva de arresto, mas ainda pendente de recurso, fica ou não o autor constringido a executar a medida no prazo de trinta dias. Termina por aduzir que, não obstante haver entendimento de que somente após a sentença cautelar transitada em julgado é que fica o autor na contingência de obedecer ao trintídio; que a melhor orientação, e concordamos com o referido autor, é a de que deve-se computar o prazo da sentença, embora pendente de recurso, haja vista que, se conferida a medida cautelar é porque a urgência se faz presente. Ilógico seria aguardar-se o trânsito em julgado, para, só então, iniciar o prazo para a efetivação; além do que, o artigo 808 alude à medida cautelar, não distinguindo a que foi concedida liminarmente daquela outorgada na sentença, nem discriminando a que ainda pende de recurso.

Referido prazo é peremptório, não sujeito nem a prorrogação, nem a redução pelo juiz, podendo a cessação da eficácia ser decretada de ofício. Se há vários atos de constrição, é do primeiro que se conta o prazo. Pode, porém, prorrogar o prazo em casos extraordinários de impedimento ou de obstáculo judicial invencível para o

---

<sup>248</sup> Op. Cit. 391

promovente, ou de obstáculo maliciosamente oposto pela parte contrária nos termos do artigo 179 a 183. Veja comentário de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Note-se, outrossim, que a parte não pode ficar prejudicada por deficiência do aparelhamento da justiça. Cabe-lhe tomar todas as providências a seu cargo para a execução iniciar-se, dentro do prazo legal, como indicar o local em que se encontram os bens, pagar as taxas e custas devidas, fornecer condução aos oficiais etc. Se, não obstante todas as providências a seu cargo, a justiça não ultimar a execução de arresto no prazo do artigo 808, nºII, é claro que a parte não pode sofrer ou suportar as consequências da inércia oficial.

Já, o artigo 806 refere-se a outro prazo, no caso da ação cautelar de arresto *antecedente* (somente nesta, por motivo lógico) ao processo principal, concedido o arresto, cabe à parte propor a ação principal<sup>249</sup>, no prazo de trinta dias, contados da efetivação da medida cautelar; e não da decisão concessiva da cautela. Entende-se por efetivação da medida cautelar: o cumprimento do mandado judicial que concedeu a cautela.<sup>250</sup> Parte da doutrina entende se tratar de prazo decadencial, sendo

<sup>249</sup> “*Considerações:* 1º) ‘Que ação? Não se trata de toda e qualquer ação, porém daquela em que se discutir o mérito da questão que a medida liminar objetivou. Assim sendo, a ação principal pode ser de rito ordinário, sumário, de execução, de mandado de segurança, etc. (RTFR 154/121). E, se já tiver sido proposta pela parte contrária, o requerente da cautelar fica dispensado, obviamente, de ajuizá-la, pois haveria litispendência.’ (NEGRÃO. Theotonio. Op. Cit. 825 p. Nota 2 do artigo 806.)

2º ‘Considera-se proposta a ação principal, nos termos do artigo 263, pelo primeiro despacho judicial lançado, seja qual for seu conteúdo, ou pela simples distribuição da ação, nos casos de comarcas providas de mais de uma vara judicial. Não se torna caduca a medida liminarmente concedida só porque no prazo trintenar aludido não se realizou a citação do requerido, porquanto a lei exige o ajuizamento da ação, tão somente, a não a citação do demandado.’ (SHIMURA. Op. Cit. 397 p.)”

<sup>250</sup> “*Efetivação da medida:* A contagem do prazo se inicia a partir da efetivação da medida, e não da decisão concessiva da cautela. Por efetivação da medida deve-se entender o cumprimento do mandado judicial que concedeu a cautela (liminar ou definitiva). (NERY. Nelso. Op. Cit.)

“Nos termos da orientação que veio a firmar-se na segunda seção, o prazo de trinta dias a que a alude o artigo 816, CPC, é contado a partir da data da efetivação da medida constritiva, não merecendo abrigo a interpretação que o fixa a partir da prestação da caução ou da ciência, pelo autor, do cumprimento da liminar” (STJ- 4º Turma, Resp 278.477-PR rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 12.12.00, deram provimento parcial, v. u., DJU 12.3.01, p.148). No mesmo sentido: RT 473/113, 475/132, 490/129, 496/111, 503/141, 506/132, 608/66, 624/191, RF 284/263, 291/243, RJTJESP 89/198, JTA 35/162, 35/215, 37/210, 41/97, 49/94, 61/51, BOL. AASP 865/237, 1.406/289. Coerentemente, se há vários atos de constrição, do primeiro é que se conta o prazo de 30 dias (RT 578/145, RJTJESP 112/233, JTAERGS 96/182).”(NEGRAO, Theotonio. Código de Processo... Op. Cit. 826 p.).

insuscetível de prorrogação e suspensão, e, não proposta a ação no trintídio legal, deve o juiz decretar de ofício a perda da eficácia da medida cautelar, não se prorrogando nas férias inclusive. Porém, há entendimento de que o prazo prorrogasse no caso de férias, para o primeiro dia útil após o término das férias e também, para o dia útil subsequente, no caso de cair em dia em que o forum estiver fechado<sup>251</sup>. Essa é a melhor posição, sendo adotada pelo STJ.<sup>252</sup> Veja comentário de SÉRGIO SAHIONE FADEL:

O prazo é peremptório e fatal, mas nem por isso, deixa de suspender-se nas férias forenses, se a ação principal não for daquelas que correm durante o recesso do foro. É preciso não se confundir a decadência, como figura do direito material, com a preclusão ou peremptoriedade, figura de direito processual. Num caso e noutro há prazos fatais, mas, na sistemática do

---

Veja Acórdão do STJ: “EMENTA: Processo Civil. Cautelar. Efetivação da liminar como termo inicial. Inteligência do art. 806, CPC.

- Deferida liminarmente a cautelar, nos termos do art. 806 do Código de Processo Civil o ajuizamento da ação principal tem como termo inicial do trintídio legal a data da efetivação da liminar, não merecendo abrigo a interpretação que o fixa a partir do trânsito em julgado ou da sentença. Acórdão: (...)Duas questões comporta a exegese do texto:

1ª) A medida se considera ‘efetivada’ com a liminar, ou com a sentença final concessiva da cautela?

2ª) Qual o ato processual que a torna ‘efetiva’: a intimação da decisão, o cumprimento do mandado pelo oficial de justiça, a juntada do mandado cumprido, ou do respectivo auto, ou de eventual precatória, ou a intimação dessa juntada ao processo?

A primeira questão suscitou dúvida principalmente no início da vigência do Código de 39, logo superada, porém, pela quase unanimidade da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que a simples concessão da liminar já importa ordem capaz de tornar ‘efetiva’ a medida. Com efeito, cumprido o decreto inicial, os bens se subtraem ao poder de disposição do réu, a coerção já se torna atuante, e é exatamente essa situação que não pode permanecer se o autor não instaurar o processo principal no prazo do art. 806, nas hipóteses de incidência desse dispositivo.

Só se poderá cogitar da sentença final deferitória da cautela, se negada a liminar, ou não satisfeita a caução do art. 804, quando ordenada pelo juiz. Não procede a tese segundo a qual a contestação da ação cautelar só tornaria efetiva a medida a partir da sentença, e não da liminar (errado o acórdão em R.T., 302/654).

Em suma, conheço do recurso mas o desprovejo.” (ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.RECURSO ESPECIAL Nº 1.446-RJ. Reg. nº 89.0011976-1. RELATOR: O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO. Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento. (4ª Turma - 28.11.89)

<sup>251</sup> “NEGRÃO. Theotonio. Op. Cit. 826 p. Nota 9 do artigo 806.

<sup>252</sup> “Cabe à parte propor a ação principal nos trinta dias que se seguem à efetivação da medida cautelar antecedente. Se a ação principal não tem curso nas férias forenses, a parte não está obrigada a ajuizá-la dentro desse período, ficando prorrogado o prazo para o primeiro dia útil após o término das férias (RT 516/41). (...) O STJ, admitindo expressamente o prazo do CPC 806 como sendo decadencial, decidiu pela tese mais liberal: RSTJ 34/362. (APMP 350, José de Oliveira). ( NERY. Nelson. Op. Cit. 1086 p.) Veja ainda, para melhor esclarecer, as sempre pertinentes palavras de SHIMURA: “Em se tratando de prazos, o intérprete deve, sempre que possível, orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo, calcado nos princípios da instrumentalidade e da efetividade.” (SHIMURA. OP. Cit. 402 p.)

direito processual, mesmo os prazos fatais ou peremptórios, como aqueles ligados à formação da coisa julgada, não correm nas férias. Em processo a peremptoriedade está ligada apenas à impossibilidade de prorrogação por acordo de partes ou deliberação do juiz.<sup>253</sup>

Entendemos ser a melhor posição esta, da qual fazem parte também HUMBERTO THEODORO JUNIOR<sup>254</sup> e SHIMURA<sup>255</sup>, entendendo assim, pela processualidade do prazo do artigo 806, podendo, pois, o prazo ser prorrogado de acordo com as normas processuais<sup>256</sup>, somente sendo vedada a prorrogação por acordo das partes ou deliberação do juiz, como professa FADEL, supra citado. Para melhor compreensão do assunto, veja-se as citáveis palavras de SHIMURA, reportando-se aos ensinamentos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

Nada obstante, como leciona OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, os critérios de direito material, concernentes à prescrição ou à decadência, são inadequados à disciplina dos prazos processuais, daí ser mais consentâneo aludir-se a prazo processual. O artigo 806, por si só, não autoriza a concluir, automaticamente, que deva sujeitar-se necessariamente à disciplina dos prazos processuais e, como tais, incapazes de serem suspensos. Sendo processual, obedece aos termos da lei processual, com a incidência dos dispositivos referentes à contagem dos prazos, máxime no que toca à suspensão e interrupção.<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup> Apud JUNIOR. Humberto Theodoro. Op. Cit. 167 p.

<sup>254</sup> Idem Ibidem

<sup>255</sup> Op. Cit. 400 p.

<sup>256</sup> “Quando se trata de cautelar antecedente, se a ação principal não tem curso nas férias forenses, a parte não está obrigada a ajuizá-la no prazo previsto no art. 806 do CPC, ficando o prazo prorrogado para o primeiro dia útil após o termino das mesmas.

o prazo do art. 806 e peremptório, de decadência.

Findo sem a propositura da ação principal pelo autor, caduca a medida, nas cautelas sobre as quais recai o dispositivo legal. O caráter peremptório do prazo impede que ele seja reduzido ou prorrogado pelas partes, ainda que de acordo, nos termos do art. 182, do CPC, o que não significa, porém, que as causas legais de suspensão previstas no livro i, título v, capítulo iii, do Código de Processo Civil, a ele não se apliquem, assim como as demais regras relativas a fluência e contagem dos prazos fatais” (*Tribunal De Justiça Do Espírito Santo*. Proc: 011939001795 - data da leitura: 15022000 Des. Arione vasconcelos ribeiro Apelacao civil .Comarca de origem: comarca de cachoeiro do itapemirim )

<sup>257</sup> Op. Cit. 400 p.

Portanto, frise-se, em processo a peremptoriedade está ligada apenas à impossibilidade de prorrogação por acordo das partes ou deliberação do juiz.

Em havendo vários atos de constrição, aqui também se conta do primeiro ato: “Existindo restrição ao direito do réu, desde o primeiro ato de execução, deste conta-se o prazo, não importando que a medida compreenda outros, efetuados em dias subsequentes. (...)”<sup>258</sup>

Há exceção à regra quando a dívida ainda não é exigível, persistindo, pois, a eficácia do arresto até trinta dias após a dívida tornar-se exigível. Tem, portanto, a parte, trinta dias para propor a ação contando-se do dia em que a dívida tornou-se exigível, porque, evidentemente, não há como a parte propor a ação principal quando não há a exigibilidade da dívida: “A eficácia do arresto persiste até 30 dias após a dívida tornar-se exigível” (SIMP – concl. LXXII, em RT 482/273).<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> “Assim: ‘Existindo restrição ao direito do réu, desde o primeiro ato de execução, deste conta-se o prazo, não importando que a medida compreenda outros, efetuados em dia subsequentes. Releva, para fluência do prazo, o momento em que efetivada a medida e não aquele em que se juntou aos autos o mandado’ (RSTJ 20/403 e STJ-JTAERGS 77/30). No mesmo sentido: RT 578/145.” (NEGRÃO. Theotonio. Op. Cit. 826 p. Nota 5 do artigo 806.)

<sup>259</sup> Apud. NEGRÃO. Theotonio. Op. Cit. Nota 2ª do art. 814. 831 p.

### **13. ARTIGO 819 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO ARRESTO.**

Art. 819. Ficará suspensa a execução do arresto se o devedor:

I - tanto que intimado, pagar ou depositar em juízo a importância da dívida, mais os honorários de advogado que o juiz arbitrar, e custas;

II - der fiador idôneo, ou prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas.

Em primeiro lugar, é pertinente que se faça a distinção entre o artigo ora em estudo e; o artigo 820 do CPC que trata da extinção do arresto. Tal pertinência se faz pois pode haver confusão entre os dois, como se verá. A diferença consiste no fato de que a suspensão da execução do arresto ocorre *antes* da execução do mandado; enquanto a cessação, de que fala o artigo 820, é fato posterior à constrição de bens, por isso, é necessário requerer ao juiz que se levante o arresto, para a extinção, que se dá por sentença.

Pois bem, pode dar a entender da primeira leitura do inciso I, que o devedor será intimado para pagar a dívida. Não é o que ocorre. Como foi visto, o arresto é medida cautelar típica, sendo assim, é meramente assegurativa, não satisfativa. Logo, o devedor será intimado para que tome ciência da medida constritiva contra seus bens; não para pagar a dívida. Todavia, pode o devedor ao saber da medida, depositar em juízo a importância da dívida, pois, pode, a título de exemplo, não lhe interessar que o bem fique sujeito à constrição judicial. Professora HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que, o pagamento deve ser feito em cartório ou na tesouraria judicial, onde houver, recolhendo-se o numerário em depósito à ordem do juiz da

ação.<sup>260</sup> Deve o pedido, na lição do autor supra citado, ser precedido de petição dirigida ao juiz, pois a este caberá arbitrar a verba de honorários advocatícios.

Continuando. O devedor quando intimado pode também pagar a dívida para o credor, satisfazendo-a; aí pode surgir a dúvida, porque o artigo 820, inciso I, que trata da extinção do arresto, também se refere ao pagamento da dívida. Há redundância nesses dois dispositivos. SHIMURA tratou bem do assunto, explicando que a forma de harmonizá-los é entender-se que, feito o pagamento, a execução há de ser suspensa – se a medida constritiva ainda não foi executada – e, em seguida, após a manifestação do autor, extinguir o feito, nos termos do artigo 820, I.<sup>261</sup>

O pagamento pode ser feito pelo próprio devedor ou por terceiro, interessado ou não, nos termos do artigo 930 do CC e seu parágrafo único. O artigo em exame é meramente exemplificativo, porque existem outros meios de se garantir a suspensão do mandado de arresto, por exemplo, a remissão, a novação, a confusão ou a transação, todos atos liberatórios do crédito e, por conseguinte, da constrição.

No que concerne ao inciso II do artigo 819, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA E GALENO LACERDA<sup>262</sup>, consideram-no, e com razão, um dispositivo pleonástico e de menção perfeitamente dispensável. Por quê? Porque a matéria já é tratada no artigo 805 do CPC, que trata da cautela substitutiva, estabelecendo que a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente; não se pode confundi-la com a caução prevista nos artigos 799 e 826 e seguintes, requeridas pelo autor como objeto da respectiva ação cautelar. Pois aqui, a garantia é prestada pelo réu.

A diferença entre os incisos I e II do artigo 819 é que, no primeiro, o oferecimento é satisfativo (sucedâneo do pagamento), enquanto que, no segundo, o

---

<sup>260</sup> Op. Cit. Processo... 242 p.

<sup>261</sup> Op. Cit. 406 p.

<sup>262</sup> Op. Cit. 66 p.

fim é apenas cautelar, assumindo o lugar do arresto, para que a controvérsia seja discutida e afinal solucionada no processo principal.<sup>263</sup>

Em caso de depósito (inciso I) ou prestação de caução em dinheiro (inciso II), o juiz pode fazê-los sem prévia audiência do autor; quanto as prestações de outras cauções, principalmente da fiança, não deve o juiz tomá-las sem prévia audiência, dado que não é fácil apurar, *prima facie*, a idoneidade da segurança substitutiva oferecida pelo réu.

Outro caso de suspensão do arresto é aquele em que há oferecimento de embargos de terceiro, quando houver apenas ameaça, pois, se já efetivada a medida não haverá o que suspender.<sup>264</sup> Veja-se o comentário de SHIMURA acerca dos embargos de terceiro:

Como os embargos de terceiro correm em autos separados, mas no mesmo juízo do feito cautelar, cabe ao juiz conjugar e sopesar os argumentos levantados pelo terceiro em confronto com os deduzidos pelo arrestante. Por prudência, de todo recomendável que o juiz determine a prestação de caução. Diante dessa situação, justo nos parece que o credor arrestante pleiteie a constrição sobre outros bens do devedor, sem prejuízo do resultado final dos embargos.

Professa ainda SHIMURA<sup>265</sup>, quanto à suspensão, que, concedido o arresto, em sede de medida liminar ou, ao final, por sentença, mas não localizados bens arrestáveis, sua execução também ficará suspensa nos moldes do artigo 791, III do CPC, porém, não se deve olvidar que o credor deve indicar bens para o arresto, quando indicado, entretanto não encontrado, é que se dá a suspensão. Os casos de suspensão do processo previstos no artigo 265 do CPC também são aplicáveis ao processo de arresto, naquilo que com a medida não for incompatível.<sup>266</sup>

---

<sup>263</sup>JÚNIOR. Humberto Theodoro. Processo... Op. Cit. 243 p.

<sup>264</sup>SHIMURA. Op. Cit. 407 p.

<sup>265</sup>Op. Cit. 407 p.

<sup>266</sup>MARINS. Op. Cit. 202 p.

## **14. ARTIGO 820 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EXTINÇÃO DO ARRESTO.**

Art. 820. Cessa o arresto:

I - pelo pagamento;

II - pela novação;

III - pela transação.

Cuida o presente dispositivo da extinção do arresto por motivos de ordem substancial ou material porque são formas liberatórias da dívida, pois extinguem a pretensão de direito material disputada na ação principal.

Isso ocorre porque o arresto tem, como sua razão de existir, a garantia de um crédito. Na hipótese do crédito ser extinto, não haverá mais motivo para o arresto: não existirá mais o que proteger. O arresto, dada a sua dependência ontológica, não é um fim em si mesmo, vive, pois, em função de um outro processo. Sendo assim, se o próprio mérito da ação principal fica resolvido, não há porque o arresto subsistir.

O artigo ora em análise é meramente exemplificativo pois, além do pagamento, da novação e da transação, existem outros modos de extinção do arresto, como a confusão, a renúncia ao crédito, a remissão total, até mesmo a decadência e a prescrição, de modo que, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, professa que, melhor seria o legislador ter se utilizado de uma forma ampla e

genérica como, que o arresto cessar-se-ia no caso da *extinção da dívida ou satisfação do crédito*.<sup>267</sup>

Ademais, além dos motivos de ordem material, pode o arresto cessar por motivos de ordem processual, exemplo típico é o artigo 808 que regula as causas genéricas de extinção das medidas cautelares, pode ainda haver a desistência da ação cautelar ou da principal.

Causa especial de extinção do arresto é sua conversão em penhora, que se dá na intimação do devedor para, em 24 horas, pagar a dívida ou apresentar bens, sendo preferível que no próprio mandado judicial já conste que, em não havendo o pagamento, o bem arrestado se converterá em penhora.

No que diz respeito ao inciso I do presente dispositivo, o pagamento pode efetivar-se de diversos modos, tem-se: o pagamento *strictu sensu*; o pagamento por consignação, e a dação em pagamento. O pagamento *strictu sensu* para fazer cessar o arresto deve ser integral, englobando o principal, juros, correção monetária e encargos processuais. Se o devedor quiser se ver livre do arresto, apenas da constrição, pode consignar o pagamento em juízo (art. 972 a 984 do C.C). Para isso deve propor a competente ação de consignação em pagamento, em outros autos, pois, descabe a consignação nos autos do arresto por se tratar de pretensão de direito material, além disso possui procedimento especial previsto nos artigos 890 e seguintes do CPC. O arresto somente será extinto após a sentença da ação consignatória julgar idôneo o depósito realizado. A dação em pagamento se dá quando, nos termos do artigo 995 C.C, o credor consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida.

Com relação ao inciso II, as hipóteses de novação estão elencadas nos incisos do artigo 999 do código Civil. O inciso I dispõe que há a novação quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior (dação objetiva). Surge, pois, uma nova relação de crédito, visando à extinção da anterior. De acordo com o inciso II, dá-se a novação quando o novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor (novação subjetiva). Na verdade não

---

<sup>267</sup> Op. Cit. 251 p.

ocorre uma sucessão, sendo esta expressão imprópria, visto que, o que acontece é que o novo devedor assume dívida própria e a anterior fica extinta. O inciso III trata da outra modalidade de novação subjetiva, quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este. No caso, um novo credor assume um novo crédito com o antigo devedor, ficando este quite com o antigo credor.

O inciso III do artigo ora assuntado trata da transação que, nos termos do artigo 1025 do C.C, dá-se quando credor e devedor fazem concessões mútuas, cessando ou prevenindo litígios. Só é permitido quando os direitos forem disponíveis (patrimoniais) e, nos termos do artigo 1035 C.C, de caráter privado. Assim não é permitido no caso de débito tributário, por exemplo.

## 15. CONCLUSÃO

O objeto do presente trabalho foi a análise dos dispositivos relativos ao processo cautelar de arresto, notadamente os artigos 813 a 821 do código de processo civil. Devido a necessidade de delimitação do tema que se deve fazer quando se trata de uma monografia, o que se buscou mesmo, foi apenas comentar o que de mais significativo existe para a compreensão de cada dispositivo, sendo este o norte do presente estudo, visto que a finalidade de um estudo deste porte não é esgotar todas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais de todos os apêndices que surgem de determinado tema, fato que torna imperioso que se delimite um caminho.

Para isso, o presente trabalho foi dividido em dois capítulos: no primeiro, se buscou introduzir o tema e suas características básicas para, então; no segundo, adentrar especificamente no assunto principal da monografia, os comentários acerca da normatização do arresto no Código de Processo Civil.

Dentre os temas tratados, o que mais despertou interesse foram os relativos aos artigos 813 e 814 do CPC, que tratam do cabimento do arresto. O interesse se deve ao fato de o legislador ter pretendido restringir ao máximo a concessão de um arresto, a ponto de ser temerário que se torne, como bem disse OVÍDIO BAPTISTA, letra morta em nosso ordenamento. Letra morta não se deve ao fato de tratar-se de um instituto sem importância para o direito; pelo contrário, letra morta ante a dificuldade de preencher todos os requisitos necessários exigidos pelos artigos 813 e 814 do CPC. No entanto, como já demonstrado quando da análise dos respectivos artigos, a jurisprudência reconhecendo a importância da tutela cautelar tende cada vez mais a inutilizar tais exigências, concedendo, senão o arresto, uma medida fundada no poder geral de cautela. Como bem professa HUMBERTO THEODORO

JÚNIOR<sup>268</sup>, o entendimento restritivo de que quando não se tem direito a uma tutela cautelar nominada não se pode postular provimento cautelar diverso (medida inominada fundada no poder geral de cautela), não deve mais prevalecer hodiernamente porque, diz o eminente processualista: “*dada a amplitude com que o direito passou a assegurar a chamada tutela de segurança ou de precaução.*” Portanto, nada impede que o juiz defira uma providência atípica, mesmo em se tratando de situação que normalmente corresponderia a uma medida típica. Deve, pois, prevalecer o direito da tutela à segurança ao formalismo-dogmatismo exagerado.

Por isso defendeu-se que, para a aplicação de qualquer medida cautelar e, especificamente para o arresto, os requisitos devem ser apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois já são bastantes para saber ou não da necessidade de uma proteção cautelar. Assim já é entendido na Europa, o que é mais coerente; pois, fica a pergunta: se há o poder geral de cautela, para que criar e regular formas típicas? Ou, não seria mais condizente lhes dar uma estrutura comum e, diferenciá-las apenas quanto à denominação? Pois, de que adianta criar medidas rígidas se, de outro lado, existe o poder geral de cautela do artigo 798 do CPC? Ademais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* já constituem um limite à concessão da medida cautelar, já são bastantes para não tornar a medida cautelar, uma arbitrariedade.

Nesse diapasão, diz OVÍDIO BAPTISTA<sup>269</sup> que, tínhamos no revogado código de processo civil de 1973, uma disciplina da tutela cautelar inominada, se não excelente, provavelmente melhor que a criada pelo código de 1973. Entretanto, nossos tribunais apenas em casos raros foram chamados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional. Com a promulgação do código de processo civil de 1973, houve uma “descoberta” da tutela cautelar, que provocou um movimento de constante expansão de sua aplicabilidade prática, cujo limite, ao que parece, ainda não foi atingido.

Essa expansão veio de uma necessidade fática que se nos impôs, principalmente, após o advento do código de 1973 que, ao contrário do que ocorria

---

<sup>268</sup> Processo Cautelar. Op. Cit. 110 p.

<sup>269</sup> Op. Cit. 21 p.

com o código de 1937, introduziu em nosso direito o instituto conhecido como “processo de conhecimento”, com sua vocação genética para o procedimento ordinário, com o objetivo principal de delimitar bem este, do processo de execução, que, foi previsto também em livro especial, no qual o Código unificou todos os meios admitidos pelo legislador como executórios.

Essa postura de definir o processo de conhecimento, de modo que, nele, não chegue a existir nenhuma atividade de cunho executório, foi suficiente para *ordinarizar* o processo de conhecimento, de modo que, nesse tipo de processo só se pode conhecer para definir a lide com base em cognição exauriente, frize-se, que a idéia era que, somente seria possível a existência de coisa julgada material fundada em conhecimento exauriente. Continuando na questão da ordinarização, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA<sup>270</sup>, professa que, a evolução do pensamento jurídico, nos sistemas de direito escrito (romano-canônico), radicalizou o sentido da evolução, a partir do direito romano tardiu, a ponto de considerar “decidir” e “declarar” como conceitos equivalentes, e acrescenta que, tendeu nos últimos tempos, se referindo ao Código de Processo Civil Italiano de 1940, a reduzir as suas sentenças apenas a seu conteúdo *declaratório*, estabelecendo uma nítida e incomunicável separação entre *conteúdo* e *efeitos* do ato sentencial.

Houve, pois, uma universalização do procedimento ordinário, como meio para resolver todos os conflitos, que, como queria CARNELUTI, só conhece um direito definitivamente depois de efetuada uma cognição exauriente.

Pois bem, deve-se lembrar que, após a concepção dessa teoria, o mundo mudou em muito, a população aumentou inúmeras vezes, vivemos cada vez mais em uma sociedade massificada, globalizada e mundializada, no sentido de que, o mundo hoje é de um dinamismo inimaginável há algum tempo atrás, sem exageros, basta lembrar que, há meio século, para se exportar um produto, este vinha de navio até seu destino, demorando, 1 mês ou mais, para vir, por exemplo, da Europa até o Brasil; hoje, se coloca em um avião e, em questões de horas esta aqui. A troca de informações, que hoje é instântanea devido aos avanços da informática, e que, antes

---

<sup>270</sup> Op. Cit. 24 p.

demorava dias para um documento trafegar apenas dentro do mesmo país. Tudo isso trouxe o famoso bordão, praticamente um lema dos negócios de hoje, de que, “tempo é dinheiro”, quem não é dinâmico hoje, não sobrevive. Do mesmo modo, até poucos anos era sinal de status um médico deixar seus pacientes horas esperando em uma sala de espera, mostrava que, pela competência do médico, era muito procurado; hoje, quem faz isso, é tido como desorganizado.

Se expõe isso afim de demonstrar que, depois do mundo ter mudado tanto, a ordinarização acabou por não mais atender aos anseios da sociedade contemporânea. Razão pela qual, se impõe como imprescindível que os juristas busquem novas formas de cognição no intuito de se tutelar eficazmente cada direito. Formas de cognição profundamente condizentes com a realidade atual, pois, como aduz OVÍDIO BAPTISTA<sup>271</sup>, o direito não é uma abstração lógica que os juristas possam organizar, através de castelo conceitual, formador do que eles próprios denominam “mundo jurídico”, o direito possui um compromisso com a realidade social, com as aspirações predominantes de uma dada comunidade humana, cuja convivência lhes caiba regular. Tanto é assim que pensemos; dada a necessidade de uma prestação jurisdicional que necessitava urgentemente ser mais célere, mesmo a norma não regulando isto, buscou se tal antecipação através de um uso anômalo do artigo 798 do CPC, que, designado à tutela cautelar propriamente dita, ou seja, aquela que visa a segurança, foi transformado em um dispositivo para se antecipar o provimento final do processo que, pelo caminho natural, vem apenas com a sentença. Sensível com a necessidade de uma sistematização da antecipação do processo, o legislador em 1994 regula a tutela antecipada no artigo 273 do nosso Código Processual Civil. Vê-se aí a autopoiese do direito, explicado assim por EDUARDO MELO DE MESQUITA:

Sobreleva gizar a natureza do direito, com uma feição designadamente “autopoiética”, regula-se a si próprio, a sua própria (re)produção. Deixa o direito de ter uma posição apegada à descrição exhaustiva de condutas,

---

<sup>271</sup> Op. Cit. 21 p.

porquanto a dinâmica social imprime mudanças e instaura novos modelos, insuscetíveis de serem albergados em normas pré-escritas, somente a ocorrência após o fato encartaria o fenômeno em uma positivação normativa.<sup>272</sup>

Como visto, o próprio direito processual vinha reclamando uma tutela satisfativa de urgência que, não dispositivada, foi criada na prática processual, buscando-se, para tanto, um caminho alternativo. Portanto, a realidade impôs a norma ao legislador, e não o contrário.

Outra forma de *desordinarização* do processo, no afã de se desviar do sistema demasiadamente linear e puro é, conforme ensina LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>273</sup>, o juizado de pequenas causas. Aduz ainda que essa foi uma outra forma de adequação da tutela, pois, não há apenas necessidade de tutela adequada ao plano do direito material; mas também de uma tutela diferenciada em razão das diferentes posições sociais e, o juizado de pequenas causas se inspira no princípio da igualdade e empenha-se em oferecer a todos um processo rápido, eficiente e realmente acessível, concluindo que, não há dúvida que teve em mira possibilitar o acesso do pobre à justiça, permitindo a acomodação dos conflitos sem expressão econômica que se sucedem em seu cotidiano. Com efeito, para que um feito simples de, por exemplo, cem reais, vai ser submetido a um procedimento complexo ao lado de feitos milionários. Perceba também que a expressão “sem expressão econômica” é altamente relativa, haja vista que certa quantia para pessoas de determinado nível econômico pode não significar nada, no máximo a necessidade de cortar algum luxo; enquanto que, a mesma quantia pode vir a faltar para alguém de nível financeiro inferior, porém, fará com que a pessoa elimine da despesa, não um luxo, mas uma necessidade básica e vital à sobrevivência digna, como a alimentação. Perder cem reais, para quem ganha um salário mínimo, significa privá-lo de quase metade de seu salário e, por isso, a pressa desse indivíduo em uma pretensão para reaver a quantia é, sem dúvida, imperiosa.

---

<sup>272</sup> Op. Cit. 136 p.

<sup>273</sup> Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1994. 8 p.

Nessa esteira, surge então, cada vez com mais relevância na sistemática processual, a tutela jurisdicional cautelar, como, nas palavras de ORIONE NETO<sup>274</sup>, uma garantia adicional à eficácia da prestação da tutela jurisdicional satisfativa. Serve, destarte, a tutela jurisdicional cautelar para suprir as deficiências do processo veiculador de uma pretensão à tutela jurisdicional satisfativa, principalmente do processo de cognição plena e exaustiva, no qual o fator tempo é maximizado em favor das garantias das partes quanto a uma prova ampla e uma maior possibilidade de uma prestação justa de tal tutela, concebida essa justiça como ideal adequação dos fatos à norma que os discipline. Portanto, o processo cautelar surgiu e evoluiu no sentido de servir como remédio contra as mazelas do processo ordinário.

Trata-se de instrumento assaz importante para garantir a eficácia dos provimentos jurisdicionais. Portanto, oportuno se faz uma distinção entre efetividade e eficácia. Aquela encontra definição na doutrina clássica de CHIOVENDA, pela capacidade de proporcionar ao credor satisfação da obrigação, como se ela houvesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo que ele tem direito; enquanto a eficácia, concernente ao processo cautelar, traduz-se na possibilidade da decisão produzir transformações no mundo empírico, no plano real e concreto dos fatos, com o objetivo de regrar a *satisfação* do credor.<sup>275</sup>

ORIONE NETO, reportando-se aos ensinamentos de FRITS BAUR, traz, com base na teoria deste, quatro razões para a expansão das medidas cautelares, por demais citáveis, assim expostas:

1º) *O condicionamento imposto pela civilização*: o desenvolvimento técnico acarretou o fenômeno concomitante de que uma injustiça lesiva, hoje, se abata com muito mais violência sobre o indivíduo de que em tempos passados. Isto vale tanto para o setor privado quanto para o público. Haveria o risco de que fatos consumados viessem a ser mais fortes no resultado do que a distribuição tardia da justiça, caso medidas de proteção jurídica

---

<sup>274</sup> Op. Cit. 114 p.

<sup>275</sup> Veja, sobre a questão, comentário de EDUARDO MELO DE MESQUITA: “Nesse sentido, pode-se afirmar que a tutela antecipada tem por função tornar a prestação jurisdicional *efetiva*, porque produz efeitos próprios e imediatos. Já a tutela cautelar tem por função gerar uma tutela jurisdicional *eficaz*, pois tem aptidão para gerar a produção daqueles efeitos ao final.” (Op. Cit. 442 p.).

provisória não ordenassem a sustação de sua produção. Desta sorte, à composição provisória muita vez é inerente uma tendência de defesa contra o dano;

2º) *combinação de fatos psicológicos*: a falta de *common sense*, sentido pouco desenvolvido para as regras do *fair play*, e crença na autoridade, do outro. Quem quer que tenha lido grande número de decisões judiciais provisórias, não consegue subtrair-se à impressão de que, aí, são impostas regras de conduta aos interessados que estes, por si mesmos, poderiam haver acatado, se tivesse pautado suas ações por critérios próprios a um ser humano razoável e respeitador dos interesses alheios. Isso é válido tanto para as áreas do direito concernente aos pais e filhos quanto para as da concorrência econômica e do tráfico negocial ou, ainda, da luta por opinião política;

3º) *necessidade social de proteção*: aqui, pretende-se que o provimento provisório venha a compensar transitoriamente a fraqueza do indivíduo frente ao mais forte ou ao poder de um grupo, ou que venha a remediar temporariamente estados sociais ou agudos. Também a tutela jurídica provisória no direito administrativo – se bem que não exclusivamente – é aqui domiciliada; ela é a reação derivada da fraqueza do indivíduo na relação com o poder público;

4º) *deficiência do processo ordinário*: as partes não podem ou não querem aguardar até que o Tribunal, no processo ordinário, profira julgamento de seu litígio após anos de espera. Então, procuram no procedimento da medida cautelar uma decisão rápida, já que, com razão, lhes cabe arguir que um processo ordinário demasiadamente moroso pode levar à periclitacão e, até mesmo, ao aniquilamento de sua posição jurídica.

Outra questão concernente ao relevante papel que presta a tutela cautelar para a justiça é o de, assegurando a eficácia da tutela jurisdicional satisfativa e ou mantido o equilíbrio entre as partes, ficam estas mais propícias a uma solução negociada, amigável, uma composição que, como equivalente jurisdicional, torna despiciendo o processo ou põe fim a este se já incoado. Sabe-se que o acordo entre as partes é uma forma de solução altamente valorizada hoje, além de evitar que um processo complexo se arraste por vários anos, não sobrecarregando, assim, o judiciário. Essa questão é tratada por ORIONE NETO, que traz interessante exemplo, que pedimos vênica para transpô-lo aqui, pois pensamos ser importante para esclarecer a questão:

Tivemos oportunidade em 1978, de comprovar a excepcional eficácia prática da tese ora sustentada. Tratava-se de questão relacionada com dissolução de sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, onde havia uma notória divergência entre pais e filhos na condução dos negócios da empresa, não mais desejando os filhos nela permanecerem. Propusemos, então, simultaneamente, como advogado, três medidas cautelares ( protesto contra alienação de bens, arrolamento de bens móveis e imóveis e uma medida cautelar inominada consistente em bloqueio de conta-corrente bancária), visando salvaguardar as quotas representativas do capital social pertencentes aos filhos. Propostas as medidas cautelares, o então Juiz de Direito da 2<sup>o</sup> Vara da Comarca de Diamantino, Estado de Mato Grosso, Dr. Carlos Alberto Alves da Rocha, muito sabidamente, designou justificação prévia do alegado. Na audiência preliminar do alegado, proposta a conciliação, foi ela aceita pelas partes, de tal sorte que, em apenas dois meses, houve transação em torno das ações cautelares movidas, que não chegaram, sequer a nível de contestação. Não fora a eficácia das medidas cautelares ajuizadas e a acertada decisão do juízo em designar a justificação prévia do alegado, as demandas se eternizariam na Justiça Comum, com graves prejuízos sociais e econômicos em face das circunstâncias do caso.<sup>276</sup>

Logo, nessa esteira de pensamento, o autor supra citado tratou esse ponto como sendo “a fortuna do processo cautelar”<sup>277</sup>, sendo uma das maiores virtudes deste, o fato de ensejar uma rápida solução amigável do litígio ou de tornar suportável a demora da prestação de tutela jurisdicional satisfativa, em razão da concessão da medida cautelar.

Por derradeiro, se no passado, por causa de abusos derivados de decisões arbitrárias e parciais, buscou-se um processo justo com a busca da verdade real engendrado com as garantias do contraditório e ampla defesa, dentre outras; hoje, deve-se agregar mais valores ao processo pós-moderno, que sejam indicadores dos vetores e caminhos ambicionados, agregando, pois, ao processo justo, *a eficácia e a efetividade*. Haja vista não há de se falar em processo justo se, neste, não houve eficácia ou efetividade, o que demanda necessariamente meios processuais mais dinâmicos do que o processo ordinário. Com efeito, para esse caminho ser trilhado,

---

<sup>276</sup> Op. Cit. 122 p.

<sup>277</sup> Op. Cit. 120 p.

mister se faz tutelas diferenciadas para interesses materiais diferenciados, por meio de procedimentos modeláveis. Porém, como observa EDUARDO MELO DE MESQUITA<sup>278</sup> ao analisar a necessidade de tutelas diferenciadas para se buscar a *desordinarização* do processo, sobreleva que; a tutela jurisdicional, esta deve ser inflexível, no sentido de dever ser buscada a qualquer custo, porque só assim terão processo enquanto instrumento de direito material, utilizado pelo Estado para a pacificação social, alcançado seu escopo, inexoravelmente tutelar.<sup>279</sup>

Tem-se, assim, que a busca da efetividade do processo é a tônica do direito processual hoje; para tanto, vem-se desenvolvendo uma estrutura capaz de romper com a *ordinarização do procedimento* e a inflexível manutenção da cognição apartada da execução.

Nos motivos supra expostos que considerou-se para realizar o presente trabalho sobre o processo cautelar de arresto, por entender ser um meio assaz importante para a efetividade da justiça.

---

<sup>278</sup> Op. Cit. 155 p.

<sup>279</sup> “Acertadamente José dos Santos Bedaque, citando Proto Pisani, pontifica: ‘não se pode falar em direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, ater-se às necessidades verificadas no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se for o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior for sua efetividade; e mais, à base de toda a construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo.’ Ressalte-se, vez mais, que a alteração estrutural profunda pela qual passou a civilização pós Revolução Industrial, ou mais especificamente após a chamada segunda fase daquela revolução que fechou seu ciclo com o término da II grande guerra, impusera às várias sociedades um redimensionamento profundo em seus institutos, notadamente jurídicos, em que se encarta o processo, para atender aos reclamos da dinâmica das relações da vida.

## 16. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALVIM. ARRUDA; E OUTROS.** A Preferência pela Penhora, e o Arresto Convertido em Penhora. In RP 9/201.

\_\_\_\_\_. O “Novo Fundamento” a que se Refere o Art. 808, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil. In RT 207

**CALAMANDREI. PIERO.** Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Campinas: SERVANDA, 2000.

**CAPPELLETTI. MAURO.** Acesso à justiça. Porto Alegre: SÉRGIO ANTÔNIO FABRIS EDITOR, 1998.

**DINAMARCO. CÂNDIDO R. DINAMARCO.** O Conceito de Mérito em Processo Civil. In RP 34/20.

\_\_\_\_\_. A Instrumentalidade do Processo. 9 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2001.

\_\_\_\_\_; **E OUTROS.** Teoria Geral do Processo. 17 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2001.

**FILHO. VICENTE GRECO.** Direito Processual Civil Brasileiro. 3 V. 14 ed. São Paulo: SARAIVA, 2000.

**JUNIOR. HUMBERTO THEODORO.** Pressupostos Processuais e condição da ação no Processo Cautelar. São Paulo: REVISTA DE PROCESSO, N.50, p.7-23.”

\_\_\_\_\_. Processo Cautelar. 20 ed. São Paulo: LIV. E ED. UNIVERSITÁRIA DE DIREITO (LEUD), 2002.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. 1 V. 32 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2000.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. 2 V. 33 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002.

\_\_\_\_\_ . Fraude Contra Credores e Fraude de Execução. In RT 776/11.

**JUNIOR. MAIRAN G. MAIA.** Revogabilidade das Medidas Cautelares. REVISTA DE PROCESSO. N.62, p. 200-213.

**JUNIOR. NELSON NERY; NERY. ROSA MARIA DE ANDRADE.** Código de processo Civil Comentado e legislação Processual Civil em Vigor. São Paulo:REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002.

**LACERDA. GALENO.** Comentários ao Código de Processo Civil. VIII V., Tomo I. 8 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1999.

\_\_\_\_\_ . Comentários ao Código de Processo Civil. VIII V., Tomo II. 4 ed. Rio de Janeiro. FORENSE, 1999

**LARA. BETINA RIZATO.** Liminares no Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

**MARINONI. LUIZ GUILHERME.** Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. 1 ed. Porto Alegre: SÉRGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 1994.

\_\_\_\_\_ . A Antecipação da Tutela. 4 ed. São Paulo: MALHEIROS, 1998.

**MARINS. VITOR A. A. BONFIM.** Comentários ao Cógigo de Processo Civil. 12 V. Do Processo Cautelar. 1 ed. São Paulo:REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2000.

**MESQUITA. EDUARDO MELO DE.** As Tutelas Cautelar e Antecipada.1 ed. São Paulo:REVISTA DOS TRIBUNAIS,2002.

**MIRANDA, PONTES DE.** História e prática do arresto ou embargo. 1 ed. Campinas-SP: Bookseller, 1999.

\_\_\_\_\_ . Tratado das ações. Tomo VI. 1 ed. Campinas: BOOKSELLER, 1999.

**MORAES. ALEXANDRE DE.** Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: ATLAS, 2001.

**MOREIRA. BARBOSA.** O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

**NEGRÃO. THEOTONIO.** Código de Processo Civil Comentado. 33 ed. São Paulo: SARAIVA, 2002.

\_\_\_\_\_. Código De Processo Civil. - 5ª EDIÇÃO EM CD-ROM/2000 – São Paulo: SARAIVA. Atualizada até 5-1-2000

**NETO. LUIZ ORIONE.** Tratado das Medidas Cautelares, III v. Tomo I: Teoria Geral do Processo Cautelar. São Paulo: LEJUS, 2000. ( coleção tratado das medidas de urgência.)

**OLIVEIRA. JAMES EDUARDO C. M.** O Mérito do Processo Cautelar. In RT 712/40.

**PASSOS. JOSÉ JOAQUIM CALMOM DE.** Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. 3 V. Rio de Janeiro: FORENSE, 2000.

**RODRIGUES. SÍLVIO.** Direito Civil. 1 V. 31 ed. São Paulo: SARAIVA, 2000.

**SAMPAIO. MARCOS VINÍCIOS DE ABREU SAMPAIO.** Cautelar de Separação de Corpos – “Fumus Boni Iuris” e o “Periculum in Mora” como Mérito da Ação Cautelar. In RP 49/165.

**SANTOS. ERNANI FIDÉLIS DOS.** Manual de Direito Processual Civil. 2 V. 7 ed. São Paulo: SARAIVA, 1999.

**SHIMURA. SÉRGIO SEIJI.** Arresto Cautelar, 2 ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1997.

**SILVA. OVÍDIO A. BAPTISTA DA.** Curso de Processo Civil. 3 V. 3 ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2000.

\_\_\_\_\_. Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo. 1 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1976.

**SOUZA. GELSON AMARO DE.** Teoria Geral do Processo Cautelar. 1 ed. Rio de Janeiro: AMÉRICA JURÍDICA, 2002.

**WAMBIER. LUIZ RODRIGUES; E OUTROS.** Breves Comentários à Segunda Fase da Reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**WAMBIER. LUIZ RODRIGUES; E OUTROS.** Curso Avançado de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1999.

**ZANFERDINI. Flávia de Almeida Montigelli Zanferdini.** Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano. Revista Síntese de Processo Civil – nº16 – Mar – Abr/2002.