

# TRÊS ORDENS DE QUESTÕES NO PROCESSO CAUTELAR: Preliminares, Prejudiciais e Mérito Cautelar

Rodrigo da Cunha Lima Freire<sup>1</sup>

## Resumo

*No processo cautelar a questão de mérito corresponde à solicitação do requerente para que o órgão jurisdicional conserve o estado inicial de coisas ou provas. Todavia, antes de enfrentar o mérito, outras questões deve decidir o juiz. Tais questões são chamadas de prévias e podem ser classificadas como preliminares ou prejudiciais. As preliminares se situam no plano dos pressupostos processuais e das condições da ação, enquanto as prejudiciais dizem respeito fundamentalmente ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*.*

**Palavras-chave:** *Processo cautelar; fumus boni juris; periculum in mora; mérito; questões preliminares; questões prejudiciais.*

## 1 PONTO, PONTO CONTROVERTIDO, QUESTÃO, QUESTÃO DE MÉRITO, QUESTÕES PRÉVIAS, QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS

É voz corrente na doutrina que o brasileiro CPC, seguindo o modelo italiano, consagrou o *trinômio processual* constituído pelos *pressupostos processuais*, pelas *condições da ação* e pelo *mérito da causa*, pois no art. 267, IV, refere-se aos “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, enquanto no inciso VI do mesmo dispositivo legal reporta-se às condições da ação e, no art. 269, I, trata do julgamento do mérito.<sup>2</sup>

A sistematização mais simples teria sido a do *binômio processual*, formado pelos *requisitos de admissibilidade* e pelo *mérito da causa* – adotado normalmente quanto aos recursos – ou pelos *pressupostos processuais* e pelo *mérito da causa*, desde que nos *pressupostos processuais* fossem incluídas as *condições da*

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-S, professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do UniFMU, diretor do IDP – Instituto de Direito Processual.

<sup>2</sup> Assim afirmamos em . FREIRE. 2001, p. 69.

<sup>3</sup> NEVES. 1995, p. 199, existiria, na verdade, um quadrinômio formado pelo pressuposto processual, pelos supostos processuais, pelas condições da ação e pelo mérito da causa. Diz Celso Neves: “Restrito o pressuposto processual ao exercício do direito de ação, sem o qual não pode ter existência a relação jurídica processual dispositiva, os supostos processuais envolveriam os requisitos de validade do processo, permanecendo as condições da ação no plano das circunstâncias que tornam possível o exame do mérito”.

ação, a exemplo do que ocorre nas processualísticas alemã e portuguesa.<sup>3</sup>

O problema é que a imagem do trinômio – e, nesse caso, de nada adianta-ria ter-se recorrido à simplificação do binômio – sugere a idéia equivocada de que seriam apenas três as ordens de matérias sujeitas à apreciação do juiz: uma que diria respeito ao processo – os pressupostos processuais; outra, relativa à ação – as condições da ação; e uma outra que corresponderia à questão de fundo do processo – o mérito da causa.

Tal imagem não corresponde rigorosamente à realidade das coisas porque há no processo questões que não dizem respeito aos pressupostos processuais, às condições da ação e ao mérito da causa.

Quando uma das partes, autor ou réu, faz uma alegação (v.g., descumprimento de uma cláusula contratual, pagamento da dívida cobrada em juízo, abandono material), dizemos que há um *ponto processual* ou, simplesmente, um *ponto*.

Todavia, dialético como é o processo, o natural é que uma das partes alegue e que a outra a essa alegação se contraponha (v.g., o autor alega que o réu descumpriu uma cláusula contratual e o réu afirma que, ao contrário, cumpriu a referida cláusula; o réu alega que pagou a dívida e o autor afirma que tal fato não ocorreu; o autor alega abandono material e o réu procura demonstrar que não o abandonou). A alegação impugnada recebe, então, a denominação de *ponto controvertido*, que significa rigorosamente o mesmo que *questão*.<sup>4</sup>

Ressalte-se, no entanto, que o legislador brasileiro, como o de outros países, permitiu ao juiz o conhecimento de determinadas matérias, independentemente de alegação e, portanto, de impugnação (CPC, arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º). As matérias cognoscíveis de ofício, não-alegadas e não-impugnadas, são também questões por força de lei.

Evidentemente, a principal questão do processo é a *questão de mérito*, descrita no pedido – e não na causa de pedir, que, na lição de Schwab, serve apenas para, nalgumas situações, individualizar o pedido (teoria das três identidades, acolhida integralmente pelo CPC brasileiro no art. 301, § 2.º). O pedido fixa o principal ponto duvidoso do processo, também conhecido como objeto litigioso

---

<sup>4</sup> Acerca da distinção entre ponto e questão, diz MENESTRINA, 1963, p. 28: “se tra le parti il precedente logico è pacifico, parleremo d’un punto pregiudiziale: se invece su di esso si sviluppa una controversia, avremo una questione o una causa pregiudiziale...”.

do processo, *thema decidendum*, questão de fundo, fundo do litígio, *res in judicium deducta*, pretensão (pretensão processual ou afirmação de direito material), lide de mérito, lide, questão de mérito, *meritum rei*, *meritum causae*, mérito da causa ou, simplesmente, mérito.<sup>5-6-7-8</sup>

O CPC brasileiro, com alguma frequência, refere-se aos vocábulos *mérito* e *lide*, atribuindo-lhes o mesmo significado. Apreciar o mérito ou a lide significa decidir o pedido, julgando-o procedente ou improcedente.<sup>9</sup>

A lide, para o Código, é a descrita por Liebman, ou seja, uma realidade endoprocessual, consistente num conflito de interesses “depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz”, ou num “conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir”.<sup>10</sup>

Conforme Liebman, “o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo, e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito”.<sup>11</sup>

Contrapõe-se a visão jurídica de Liebman ao conceito sociológico de Carnelutti, para quem a lide é uma realidade extraprocessual, ou seja, “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Segundo SCHWAB, 1968, p. 244, para satisfazer uma terminologia firmemente arraigada, é recomendável não definir o objeto litigioso como a solicitação do autor. Objetivamente, todavia, a solicitação não deixa de ser ponto central do litígio e pode dar resposta a todas as questões para as quais o alcance do objeto litigioso reveste importância. Carece, pois, de significação material estudar qualquer outra definição, o que só se faz para satisfazer à terminologia da ZPO.

Desta forma, para SCHWAB, op. cit., p. 263, a solicitação da decisão jurisdicional, assim descrita no pedido do autor, ou, em síntese, o *pedido*, constitui o objeto litigioso do processo. A causa de pedir não integra o objeto litigioso do processo, servindo apenas para individualizá-lo em alguns casos.

<sup>6</sup> O pedido pode ser formulado tanto em demanda principal, quanto em demanda acessória ou incidente, como a reconvenção, a ação declaratória incidental, a oposição e a denunciação da lide. Por outro lado, permite a lei que o réu, em determinadas circunstâncias, faça pedido: é o caso do pedido contraposto do procedimento sumário e dos juizados especiais cíveis e do pedido formulado pelo réu nas ações dúplices, tais como as ações possessórias, as ações divisórias, as ações demarcatórias e as ações de prestação de contas.

<sup>7</sup> Há, no entanto, por razões de política legislativa, sentenças de mérito sem o julgamento do mérito, noutras palavras, sentenças de mérito sem o enfrentamento da questão de mérito fixada pelo pedido (CPC, art. 269, incs. II ao V). Tais pronunciamentos são chamados por WAMBIER, 1997, p. 92, de *sentenças de mérito atípicas*, querendo com isso dizer que são de mérito unicamente por força de lei.

<sup>8</sup> DINAMARCO, 2000, p. 232-276, discorre longamente sobre o mérito, preferindo utilizar, como sinônimo deste, a expressão *objeto do processo* (e não *objeto litigioso do processo*), como o faz também LIEBMAN, 1962, p. 220-222.

<sup>9</sup> O art. 269, I, do CPC brasileiro estabelece, como sentença de mérito típica, o acolhimento ou a rejeição do pedido.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 222-223.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>12</sup> Segundo CARNELUTTI, 1936, p. 40, a lide é “il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro”.

Há, entretanto, uma contradição na Exposição de Motivos do CPC brasileiro, porque nela o vocábulo *lide* é definido pela óptica carneluttiana: “Lide é, consoante Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”. Antes disso, porém, recebe o leitor uma advertência: “O projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa”. Tal frase filia a Exposição de Motivos e, por conseguinte, o próprio Código, à doutrina de Liebman. A expressão *julgamento antecipado da lide* (art. 330) talvez seja o mais eloquente exemplo da posição abraçada pelo legislador: lide aqui é mérito, ou seja, pedido. Dessa forma, pode-se concluir que o conceito de lide, verdadeiramente adotado pelo CPC, é o de Liebman, e não o de Carnelutti.

Cândido Rangel Dinamarco chama ainda atenção para o fato de que o Código nem sempre foi inteiramente fiel ao programa enunciado na Exposição de Motivos. “O vocábulo *lide* tem, algumas vezes, em diversos dispositivos, significados diferentes daquele programado. Na locução *denúnciação da lide*, p. ex., ou *curador à lide*, esse vocábulo está, conforme o uso tradicional, como *processo* e não como anunciado na Exposição de Motivos (cfr. arts. 70-76, 1.179 e 1.182, § 1.º).”<sup>13</sup>

Portanto, compete essencialmente ao juiz decidir a questão de mérito, estampada, como regra, no pedido do autor.

Todavia, antes de enfrentar a questão de mérito, outras questões devem ser decididas pelo juiz.<sup>14</sup> Tais questões são chamadas de *questões prévias* e caracterizam-se pela indispensabilidade de sua resolução para que outras questões possam ser examinadas e decididas (v.g., a questão de mérito).

Conforme MOREIRA (1967) e ALVIM (1977), as questões prévias podem ser classificadas como *questões preliminares* ou *questões prejudiciais* – embora Cândido Dinamarco prefira chamar as prejudiciais de *questões de mérito*<sup>15</sup>, de acordo com o tipo ou o teor de influência exercido sobre as questões posteriores.<sup>16</sup>

Diz ainda Barbosa Moreira, com absoluta precisão, que “a solução de determinada questão pode influenciar a de outra: (a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou (b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> DINAMARCO, 2000, p. 233.

<sup>14</sup> Deve também conhecer de todos os pontos relevantes, alegados pelas partes, mesmo que *permaneçam incontestados*, como lembra WATANABE, 2000, p. 106.

<sup>15</sup> DINAMARCO, p. 258-259.

<sup>16</sup> MOREIRA, 1967, p. 29; ALVIM, 1977, p. 15.

<sup>17</sup> MOREIRA, op. cit., p. 22.

Há, portanto, dois tipos de influência que as questões prévias (questões subordinantes ou vinculantes) podem exercer sobre as questões posteriores (questões subordinadas ou vinculadas).

No que diz respeito às questões preliminares pode-se dizer que: a) *a decisão da questão preliminar condiciona a apreciação da questão posterior*; mas b) a decisão da questão preliminar não influencia no teor da decisão da questão posterior.

Imaginemos, por exemplo, a seguinte situação: proposta uma ação reivindicatória, o réu alega ilegitimidade para a causa, sob o fundamento de que o autor não reivindica o bem para si. A decisão de tal questão sobre a legitimidade poderá impedir a apreciação de mérito, mas em nada influenciará no seu efetivo julgamento.<sup>18</sup>

Pensemos, também, na seguinte hipótese: proposta uma ação de conhecimento, objetivando o cumprimento de um determinado contrato, o réu alega, em contestação, a falta do interesse de agir, sob o argumento de que o contrato é um título executivo. Acolhida a alegação, o juiz deixará de apreciar o mérito; caso contrário, o mérito será apreciado; de qualquer sorte, porém, a decisão do juiz sobre o interesse de agir nunca determinará a procedência ou a improcedência do pedido.

São evidentemente preliminares (em relação à questão de mérito) todas as questões sobre os pressupostos processuais e as condições da ação, pois, preenchidos tais requisitos, o juiz examinará a questão de mérito, sendo o pedido julgado procedente ou improcedente, enquanto que, faltando um desses requisitos, o juiz deixará de apreciar a questão de mérito, não julgando o pedido, portanto.

Já quanto às questões prejudiciais pode-se dizer que: a) *a decisão da questão prejudicial influencia no teor da decisão da questão posterior*; porém b) a decisão da questão prejudicial jamais condiciona a apreciação da questão posterior.

Retomando o exemplo da ação reivindicatória, digamos que o réu alegue ser o único proprietário do bem reivindicado, negando, por consequência, a titularidade do autor. Tal questão, agora, será prejudicial porque a decisão sobre

<sup>18</sup> É preciso lembrar que as decisões sobre as condições da ação devem ser tomadas *in statu assertionis*: aquele que se afirma proprietário tem legitimidade para figurar no pólo ativo de uma demanda reivindicatória, mas, constatando o juiz que o autor não é realmente o proprietário, julgará, no mérito, o pedido improcedente. Da mesma forma que, afirmando-se o autor filho do réu, tem legitimidade para promover ação de investigação de paternidade, mas, verificando o juiz (v.g., mediante prova pericial) que o autor não é filho do réu, no mérito o pedido será julgado improcedente.

a propriedade do imóvel não poderá impedir o juiz de decidir sobre a questão de mérito, mas definirá, em boa medida, o seu resultado: considerando-se o réu o proprietário, o pedido será julgado improcedente; ao contrário, definido o autor como proprietário, o pedido, em princípio, será julgado procedente.

Voltemos também ao exemplo da ação para o cumprimento de um contrato: alegando o réu que o contrato não existe, formar-se-á provavelmente uma questão prejudicial, pois o juiz necessariamente decidirá a questão de mérito, julgando o pedido improcedente, se considerar que o contrato não existe, ou eventualmente procedente, se considerar que o contrato existe.

Note-se, porém, que o julgamento da questão posterior pode ser influenciado por mais de uma questão prévia, seja ela preliminar, seja ela prejudicial. Na prática, significa isto o seguinte: pode o juiz, por exemplo, entender que a parte é legítima, mas declarar que falta interesse de agir; pode também, por outro lado, reconhecer que o contrato existe, ao contrário do que afirmara o réu, mas considerá-lo nulo.<sup>19</sup>

Observe-se, por fim, que as questões prejudiciais – e as questões preliminares, quando vencidas – são normalmente examinadas “*incidenter tantum*”, isto é, apenas como passagem obrigatória do *iter* lógico da verdadeira decisão”.<sup>20</sup> As questões prejudiciais à questão de mérito são apreciadas na fundamentação da sentença, não transitando em julgado (BRASIL, 2000, art. 469, III), a não ser que se promova uma ação declaratória incidental, pois, aí, integrarão não só a fundamentação, como o dispositivo da sentença (BRASIL, 2000, arts. 469, III, 5º, 325 e 470).

## 2 O MÉRITO OU A LIDE CAUTELAR

Com os olhos voltados ao processo de execução, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, em excelente artigo publicado no ano de 1987, disse que “se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nela há pedido. Pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados no processo executório, para satisfação desse direito, constituem o *mérito* da execução”. Em outras palavras, no processo de execução, “o mérito, isto é, o pedido do autor (exequente), é a satisfação concreta do direito que ele ostenta através do seu título”.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> MOREIRA, op. cit., p. 25, referindo-se exclusivamente às prejudiciais, faz a respeito observações que se aproveitam a todas as questões prévias: “É bem verdade que o grau de predeterminação pode variar. Às vezes, a solução dada à prejudicial *em certo sentido* não basta para que se possa predizer com segurança o modo como será resolvida a questão prejudicada. Ter-se-á uma condição *necessária*, mas não *suficiente*”.

<sup>20</sup> LIEBMAN, 1962, p. 172.

<sup>21</sup> DANTAS, 1987, p. 34-35.

Se assim é no processo de execução, igualmente será no processo cautelar. Prende-se o mérito ou a lide cautelar exatamente à solicitação do requerente para que o órgão jurisdicional tome providências no sentido de conservar ou assegurar um estado inicial de coisas, pessoas ou provas, com vistas a permitir que outro processo, de conhecimento ou de execução, tenha um resultado útil.<sup>22-23</sup>

Aliás, no processo cautelar, a exemplo do que ocorre no processo de conhecimento, há *mérito e julgamento do mérito*, não se podendo dizer o mesmo

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, 1988, p. 8. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar, p. 8, “consiste, em suma, a ação cautelar no direito de provocar no interessado o órgão judicial a tomar providências 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 do processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de ‘assegurar que o processo’ – no dizer de LIEBMAN, op. cit. – possa conseguir um resultado útil”.

<sup>23</sup> Muitos, entretanto, não reconhecem (ou, ao menos, não reconheciam) a existência de um mérito no processo cautelar, como, v.g., THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 17; MANCUSO, 1989, p. 33. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar, p. 17; e Rodolfo de Camargo Mancuso, Processo cautelar: a tutela judicial na segurança, p. 33.

<sup>24</sup> De acordo com o CPC, “Extingue-se a execução quando: I – o devedor satisfaz a obrigação; II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III – o credor renuncia ao crédito” (art. 794); mas “a extinção só produz efeito quando declarada por sentença” (art. 795).

Todavia, contrastando tais dispositivos legais com o disposto no CPC, arts. 162, 267, 269 e 598, chegamos à conclusão de que existem outros casos de extinção do processo de execução, e que esses casos são exatamente os mesmos que autorizam a extinção dos processos de conhecimento e cautelar.

Faltando uma condição da ação ou um pressuposto processual, por exemplo, cabe ao juiz proferir sentença processual, extinguindo o processo de execução sem julgamento do mérito, conforme o disposto no CPC, art. 267, IV e VI, mesmo que tais hipóteses não tenham sido mencionadas expressamente no CPC, art. 794.

Por outro lado, salta aos olhos como os casos de transação, renúncia ao crédito ou outro meio de obtenção da remissão da dívida, previstos no CPC, art. 794, II e III e encaixam-se perfeitamente nas hipóteses de transação, renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e reconhecimento da procedência do pedido, previstas no CPC, art. 269, II, III e V.

Como diz GUERRA, 1995, p. 52, “uma vez que se considere a sentença que declara extinto o processo de execução por qualquer uma das hipóteses previstas no art. 794 do CPC, como correspondendo, precisamente, àquelas previstas no art. 269, incs. I, III e V, é inegável que tais pronunciamentos consistem em *sentença de mérito*, para todos os efeitos legais”.

Até mesmo a hipótese prevista no CPC, art. 269, IV (“quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”), não mencionada no CPC, art. 794, aplica-se (quanto à prescrição) ao processo de execução, proferindo o juiz, em tal situação, sentença de mérito atípica.

Há, em todas essas situações, as chamadas *sentenças de mérito atípicas* – que não apreciam o pedido do demandante –, na conhecida terminologia de WAMBIER, op. cit., p. 9<sup>o</sup>.

Muitos não admitem a posição que ora adotamos, rechaçando a possibilidade de que se profira sentença de mérito, de qualquer ordem, no processo de execução. Seguiríamos tal corrente se o Código considerasse *de mérito* apenas e tão-somente a sentença que decide o *mérito* (art. 269, I). Mas o próprio Código considera *de mérito* sentenças que não decidem o *mérito* (art. 269, II-V). Então, só nos resta concluir que existem sentenças *de mérito* que não decidem o *mérito*, ou seja, existem *sentenças de mérito atípicas* no processo de execução.

Quanto à hipótese da satisfação do crédito, prevista no CPC, art. 794, I, entretanto, há que se fazer uma distinção: se o executado cumprir a determinação do juiz no prazo legal, logo após a citação, haverá reconhecimento da procedência do pedido (CPC, art. 269, II); mas, se a satisfação do crédito ocorrer após o esgotamento das medidas executivas de sub-rogação (v.g., penhora, avaliação, praça, arrematação, pagamento etc.), não haverá que se falar em reconhecimento da procedência do pedido (CPC, art. 269, II), nem, muito menos, em julgamento do pedido (CPC, art. 269, I). Nessa situação o ato é um híbrido de despacho (ato sem conteúdo decisório: CPC, art. 162, § 3.<sup>o</sup>) e de sentença processual (ato que põe termo ao processo: CPC, arts. 162, § 1.<sup>o</sup>, primeira parte, 267, XI, e 795), normalmente inimpugnável pela via recursal dada a falta de interesse.

Portanto, no processo de execução não se dará a chamada *sentença de mérito típica* – fruto do julgamento de um pedido ou do mérito –, de acordo com a terminologia de WAMBIER, op. cit., p. 92.

quanto ao processo de execução.<sup>24</sup>

Distingue-se, no entanto, o mérito ou a lide cautelar dos méritos ou lides dos processos de conhecimento e de execução, visto que o requerente, no processo cautelar, ostenta uma pretensão específica, consistente na afirmação de um *direito substancial de cautela*, sobre a qual deve decidir o juiz mediante sentença, cuja eficácia será predominantemente mandamental.<sup>25</sup>

A lide cautelar não constitui *parte ou parcela da lide principal*, não se podendo chamá-la de *lide parcial*, se se quiser usar a conhecida fórmula carneluttiana, pois, como acertadamente diz Ovídio Baptista da Silva, “o processo cautelar contém uma lide específica, diversa das eventuais lides que possam emergir do direito acautelado. Mesmo THEODORO JÚNIOR (2001), que defendera inicialmente a doutrina, segundo a qual a sentença cautelar jamais seria de mérito, por não cuidar a respectiva ação de solucionar *a lide*, em obra mais recente, admite a existência de uma lide cautelar, diversa e independente da lide principal, e, conseqüentemente, a existência de mérito na sentença que julga a ação cautelar”.

### 3 AS PRELIMINARES E AS PREJUDICIAIS NO PROCESSO CAUTELAR

É possível que entre duas questões (questão prévia e questão posterior) ocorra uma relação de dependência lógica, sem que uma delas (a questão posterior) seja exatamente a questão de mérito. Barbosa Moreira oferece a respeito interessante exemplo: numa ação popular, a questão sobre a validade do ato de naturalização é prévia (prejudicial) em relação à questão sobre a legitimidade para a causa e esta, por sua vez, é prévia (preliminar) em relação à questão de mérito.<sup>26</sup> Outro bom exemplo é o de Thereza Alvim: tendo o autor usado do procedimento sumário (sumaríssimo à época), objeta o réu quanto ao valor da causa (porque, exemplificativamente, tem interesse em promover reconvenção); a questão sobre o valor é prévia (prejudicial) em relação à questão do tipo de procedimento, enquanto a questão do procedimento será prévia (preliminar) em relação à questão de mérito.<sup>27</sup>

Se, no entanto, deixarmos de lado outras questões, para que focalizemos exclusivamente a questão de mérito, no caso o mérito cautelar, como questão posterior, teremos, como questões prévias preliminares, os pressupostos proces-

<sup>25</sup> SILVA, 1998, p. 168-169. “o conteúdo (...) da sentença cautelar será formado, no mínimo, por estes dois elementos: a ordem, eficácia mandamental, e, em dose menos intensa, a declaração que estará invariavelmente presente, com parte de seu conteúdo, porém, em dose menos intensa, ou mais rarefeita (...)”.

<sup>26</sup> MOREIRA, 1988, p. 33.

<sup>27</sup> ALVIM, op. cit., p. 21.



suais e as condições da ação, e, como questões prévias prejudiciais mais importantes, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Estudemos primeiro as preliminares para que passemos, em seguida, às prejudiciais aqui mencionadas.

Os pressupostos processuais, previstos genericamente no CPC, art. 267, inciso IV, são, para nós, os seguintes: 1. pressupostos de existência da relação jurídica processual (ou do processo): 1.1. petição inicial (demanda); 1.2. órgão investido de jurisdição; 1.3. citação; 2. pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual (ou do processo): 2.1. competência (ausência de incompetência absoluta); 2.2. imparcialidade (ausência de impedimento); 2.3. capacidade postulatória; 2.4. capacidade processual; 2.5. legitimação processual; 2.6. petição inicial apta; 2.7. citação válida.<sup>28-29</sup>

Nos processos de conhecimento, de execução e cautelar os pressupostos processuais são rigorosamente os mesmos, pois em todos os processos, para que

<sup>28</sup> Buscando estabelecer uma distinção científica entre os pressupostos processuais de existência da relação jurídica processual e os pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual, WAMBIER, op. cit., aponta, em síntese, as seguintes diferenças entre as duas categorias:

a) os primeiros (pressupostos de existência) determinam a existência da relação processual e, portanto, do processo, enquanto os segundos (pressupostos de validade) servem apenas para proporcionar o desenvolvimento válido e regular da relação processual, ou seja, do processo;

b) na hipótese de uma sentença já proferida, a falta de um pressuposto de existência causará a inexistência desta sentença, enquanto a falta de um pressuposto de validade (ou a presença de um pressuposto de validade, se este for negativo) tornará nula esta mesma sentença;

c) a sentença proferida, diante da falta de um pressuposto de existência, não poderá transitar em julgado, enquanto a sentença proferida na falta de pressuposto processual de validade (ou na presença de um pressuposto negativo) poderá ser acobertada pela coisa julgada material;

d) se houver o encerramento definitivo do processo, o remédio processual cabível para impedir a produção dos efeitos da sentença proferida em processo não existente, por falta de um pressuposto de existência, será uma ação declaratória de inexistência, não estando sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial, enquanto a sentença proferida em processo irregular, diante da falta de um pressuposto de validade (ou presença, se o pressuposto for negativo), poderá, após o trânsito em julgado, ser impugnada mediante ação rescisória, submetida ao prazo decadencial de dois anos;

e) não haverá possibilidade de ser extinto um segundo processo por litispendência, se o primeiro processo for considerado inexistente, em virtude da falta de pressuposto de existência, enquanto o processo nulo, em face da falta de pressuposto processual de validade (ou presença, se o pressuposto for negativo), pode dar ensejo à alegação de litispendência. E o mesmo pode ser dito quanto à coisa julgada, visto que o processo inexistente não transitará em julgado.

E, para confirmar seu pensamento, WAMBIER, op. cit., p. 39-40, refere-se aos seguintes pressupostos processuais de existência e validade:

1) são pressupostos de existência (sempre intrínsecos, ou seja, presentes no interior do processo): a) a petição inicial; b) a jurisdição; c) a citação; d) a representação do autor (capacidade postulatória);

2) são pressupostos de validade intrínsecos: a) a petição inicial válida; b) a competência do juízo e a imparcialidade do juiz; c) a capacidade processual e a legitimidade processual; e são pressupostos de validade extrínsecos (exteriores ao processo) ou negativos (cuja presença gera a não validade do processo): a) a litispendência; b) a coisa julgada; c) a cláusula compromissória.

<sup>29</sup> Para nós, a coisa julgada, a litispendência, a perempção, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, que alguns consideram como pressupostos processuais negativos, são, em verdade, impedimentos fático-jurídicos ao regular exercício da ação, absolutamente extrínsecos à relação processual, constituindo a ausência de tais situações outra face do interesse de agir.

o juiz passe ao mérito da causa, exige-se: demanda, sendo raríssimos os casos em que o procedimento se inicia de ofício; petição inicial, que preencha todos os requisitos legais; citação, que também preencha todas as exigências da lei; juiz, como tal o investido de jurisdição, imparcial e cujo juízo seja por lei o competente; capacidades processual e postulatória; e, por fim, legitimação processual.

O que muitas vezes ocorre é que a lei estabelece requisitos específicos ou regras diferenciadas para o preenchimento de tais pressupostos processuais, conforme o procedimento a ser seguido. Por exemplo: requerida a medida cautelar em procedimento preparatório, a petição inicial deve apresentar *a lide e o seu fundamento* (CPC, art. 801, III e parágrafo único), até para que o juiz saiba se houve prescrição ou decadência (CPC, art. 810); já a petição inicial do arresto exige *prova literal de dívida líquida e certa*, além de *prova documental ou de justificação* de alguma das hipóteses legais autorizadoras do arresto (CPC, art. 814); e, no que diz respeito à competência, as medidas cautelares devem ser requeridas ao órgão jurisdicional competente para o julgamento da ação principal (CPC, art. 800) e os autos do processo cautelar apensados aos autos do processo principal (CPC, art. 809), visto que o processo cautelar é instrumental em relação ao processo tido como principal.<sup>30</sup>

Theodoro Júnior,<sup>31</sup> diz que

em nenhuma hipótese a *ação cautelar* pode ser cumulada, nos mesmos autos, com a ação principal, não só pelo tumulto que tal geraria, mas principalmente porque o que a lei permite é apenas a cumulação de *pedidos* diferentes e nunca a cumulação de *processos* diversos.

É também a opinião de Ovídio Baptista da Silva, que se apóia no próprio Humberto Theodoro Jr. e em Calmon de Passos.<sup>32</sup>

Ousamos discordar. O Código admite a cumulação de pedidos, desde que sejam compatíveis entre si, seja (absolutamente) competente para conhecer deles o mesmo juízo e sejam adequado para todos o tipo de procedimento, admitindo-se ainda a cumulação se para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, mas o autor empregar o procedimento ordinário (art. 292, §§ 1.º e 2.º). Dessa forma, optando o demandante pelo rito ordinário, não vemos qualquer óbice à cumulação, nos mesmos autos, das pretensões cautelar e principal. Teria

<sup>30</sup> SILVA, op. cit., p. 37-41. critica a idéia de que a tutela cautelar é instrumento do processo – ou instrumento do instrumento, como pretendia Calamandrei – e não instrumento do direito material.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 16.

<sup>32</sup> SILVA, op. cit., p. 125.

<sup>33</sup> Ibid., p. 148. “as liminares cautelares são antecipatórias e, não obstante, não são satisfativas. E não o são justamente por anteciparem apenas a *segurança* e não a *satisfação* do direito assegurado...”

o juiz o poder de conceder uma liminar cautelar (e antecipatória dos efeitos práticos da sentença cautelar de mérito)<sup>33</sup> no curso do procedimento ordinário, mas, se isso nunca constituiu uma afronta ao procedimento ordinário, agora é que não se pode advogar essa tese, em vista da tutela antecipada atípica introduzida no CPC, arts. 273 e 461, § 3.º. Ocorreria, por outro lado, um alargamento da cognição, com eventual prejuízo à celeridade do processo, mas esta seria uma opção exclusiva do demandante, que, na maioria das vezes, deseja apenas obter uma liminar.

De qualquer sorte, com a Lei n.º 10.444/2002, a questão parece ter chegado ao fim, devido à introdução do § 7.º no art. 273 do CPC, que assim dispõe: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A fungibilidade entre as tutelas sumárias ou de urgência sepulta a discussão sobre a possibilidade de haver cumulação, nos mesmos autos, das pretensões cautelar e principal, visto que é quase impossível imaginar a substituição de uma tutela antecipada por uma tutela cautelar sem a referida cumulação.

Aliás, de uma certa forma a cumulação já vinha ocorrendo na prática forense, pois os juízes, com alguma frequência, concediam a liminar no processo cautelar e davam seguimento ao processo principal, para que, ao final, numa única sentença, fossem julgadas a cautelar e a principal.

No que diz respeito às condições da ação, adotou o Código Brasileiro a doutrina de Liebman, como inicialmente formulada em seu *Manuale*,<sup>34</sup> ao exigir no art. 267, VI, para o exame do mérito, o preenchimento de três condições genéricas, quais sejam: o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido.

E ainda que da redação do art. 267, VI, se possa inferir a existência de condições específicas, exigidas para determinados procedimentos ou para algumas situações,<sup>35</sup> pensamos que todas elas são absorvidas pelo largo conceito do interesse de agir.

---

<sup>34</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 40, as condições da ação são o interesse de agir (*l'interesse ad agire*), a legitimação (*la legittimazione*) e a possibilidade jurídica (*la possibilità giuridica*).

<sup>35</sup> Por exemplo: as demonstrações do pagamento das custas e honorários para se repropor a ação; de que haja decisão de mérito com trânsito em julgado, para a ação rescisória; do protesto e do comprovante da entrega e recebimento de mercadoria, para propositura da execução de duplicata sem aceite; do comprovante de propriedade do imóvel em ações de despejo fundadas nas hipóteses previstas nos arts. 9.º, IV, 47, IV, e 53, II, da Lei 8.245/91; do direito líquido e certo no mandado de segurança; e de notificação ou interpelação prévia do réu, para constituição em mora, em inúmeros casos previstos em lei, como na ação de reintegração de posse de bem arrendado, ainda que haja cláusula resolutiva expressa, e na ação resolutória de compromisso de compra e venda, ainda que este não seja registrado.

A possibilidade jurídica do pedido caracteriza-se pela ausência de proibição normativa, expressa ou implícita, quanto ao pedido formulado pelo autor ou, no processo cautelar, quanto ao pedido do requerente.

Theodoro Júnior. diz que “só se poderá, com propriedade, falar em impossibilidade jurídica de uma ação cautelar, quando houver disposição legal impondo certos requisitos ao seu exercício, e o requerente estiver agindo com infração deles” (v.g., quando o arresto for utilizado para um diverso daqueles que correspondem aos permissivos do art. 813).<sup>36</sup>

Não pensamos exatamente assim. A lei pode restringir não apenas o exercício da ação cautelar, impondo, para tanto, o preenchimento de certos requisitos, como também a própria formulação de pretensões cautelares em juízo, desde que se respeite o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV). “Assim, por exemplo, não se verifica a possibilidade jurídica do pedido quando se busca alcançar, por medida cautelar, o que só pode ser concedido através de processo de conhecimento ou de execução, a saber, a ‘satisfação’ de um direito.”<sup>37</sup> Há igualmente impossibilidade jurídica do pedido quando o bem que se deseja arrestar for impenhorável porque, por exemplo, protegido pela Lei n.º 8.009/1990.<sup>38</sup>

Ressalte-se, porém, que, sendo o pedido principal impossível, não haverá, por esse motivo, impossibilidade jurídica do pedido cautelar, pois o que acontecerá é que o *fumus boni juris*, fundamento para a concessão da medida, não estará caracterizado, devendo o pedido cautelar ser julgado improcedente.

A legitimidade para a causa ou legitimidade para agir, por sua vez, é uma atribuição específica para agir concretamente em juízo, conferida pelo direito objetivo aos titulares da relação jurídica substancial afirmada em juízo pelo autor, podendo, também, por razões diversas, ser conferida a outras pessoas que não integram diretamente a relação jurídica substancial hipotética, quando, então, receberá a denominação de legitimação (processual) extraordinária.<sup>39</sup>

Com relação ao processo cautelar, sendo este eminentemente instrumental, porquanto seu objetivo é assegurar o resultado útil de outro processo, as partes deverão ser as mesmas do processo principal. Por exemplo: o credor do título executivo terá legitimidade para requerer o arresto e promover a execução.

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 20.

<sup>37</sup> GUERRA, op. cit., p. 77.

<sup>38</sup> SHIMURA, 1997, p. 85-86.

<sup>39</sup> A substituição processual é uma espécie de legitimação extraordinária. O que caracteriza a substituição processual – e a diferencia das demais formas de legitimação extraordinária – é que nela o legitimado age em nome próprio por um direito alheio, conforme a clássica lição de CHIOVENDA. 1922, p. 31-32.

Evidentemente, estando o autor legitimado extraordinariamente para a ação principal, também estará para a ação cautelar.<sup>40</sup> Assim, por exemplo, o legitimado extraordinário para promover a execução terá legitimidade extraordinária para requerer o arresto.

O litisconsórcio necessário do processo principal, em princípio, será necessário no processo cautelar, mas, por razões óbvias, não haverá necessidade de o litisconsórcio facultativo do processo principal se repetir no processo cautelar ou de o litisconsórcio facultativo do processo cautelar se repetir no processo principal.

Como diz Shimura,

nada obsta a que apenas um (litisconsorte facultativo) proponha a ação principal. Nesse caso, a cautelar beneficiará somente este. Se um dos litisconsortes requereu a demanda nos trinta dias de lei, não o fazendo os outros, quanto a ele não se dá a perda da eficácia da medida. Se a demanda dos demais for ajuizada e posteriormente reunida à primeira por força da conexão, a elas não se estende a medida cautelar, caso sua propositura tenha excedido os trinta dias de lei. Se benefício houver, será por mera eficácia reflexa<sup>41</sup>.

Já o interesse de agir, também conhecido como interesse processual, é condicionado à utilidade potencial da tutela jurisdicional, que consiste na aptidão objetiva do provimento jurisdicional requisitado em conferir algum benefício jurídico efetivo, segundo o sistema jurídico vigente.<sup>42-43</sup>

Há, todavia, no ordenamento jurídico vigente, uma diversidade de circunstâncias heterogêneas que podem determinar a existência de uma jurisdição poten-

---

<sup>40</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 19 e 20.

<sup>41</sup> SHIMURA, op. cit., p. 118.

<sup>42</sup> Na bela expressão de BUTERA, 1913, p. 501, “il giudizi inutili sono una vana perdita di tempo e il tempo è l’angelo dell’uomo”.

<sup>43</sup> A jurisdição não estará apta a um provimento jurisdicional útil, pelo menos em tese, carecendo de interesse de agir, por exemplo: ao se requerer a homologação de sentença arbitral (Lei n.º 9.307/96, art. 33); ao se impetrar mandado de segurança contra decisão judicial impugnável por recurso que pode ser recebido no efeito suspensivo (Lei n.º 1.533/51, art. 5.º, II); ao se propor uma ação declaratória, seja ela positiva ou negativa (ou cautelar preparatória desta declaratória), estando pendente ação condenatória que pressuponha pronunciamento acerca da declaração pretendida autonomamente, ou estando prescrita esta ação condenatória, desde que a simples declaração não esteja apta a produzir outros efeitos juridicamente relevantes – a despeito da imprescritibilidade da ação declaratória; ao se promover uma ação declaratória (positiva), condenatória ou monitória, estando o credor munido de título executivo, antes mesmo de promover a execução, na pendência desta ou após o seu encerramento (v.g., na hipótese freqüente em que se cumulam despejo e cobrança de aluguéis e acessórios da locação, com fundamento em contrato de locação escrito, carece de interesse de agir a cobrança dos aluguéis e acessórios da locação, a teor do CPC, art. 585, IV); ou ao se promover uma ação declaratória negativa ou desconstitutiva de título executivo na pendência de embargos do executado (podendo-se, entretanto, propor tais ações se os embargos do executado não tiverem sido recebidos ou apreciados no seu mérito, v.g., na hipótese de os embargos não serem opostos no prazo legal).

cialmente útil. Uma delas é a necessidade da jurisdição, decorrente da afirmação em juízo de um estado contrário ao direito, quase sempre derivado de um momento patológico de lesão ou de violação a um direito subjetivo material, apto a provocar um dano injusto.

A jurisdição torna-se imprescindível porque juridicamente não se pôde obter uma solução extrajudicial, ou porque esta, apesar de possível juridicamente, não foi obtida de fato, consoante as afirmações do autor.

Na ação cautelar, a mera alegação da presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, segundo os fatos narrados e os documentos que acompanham a inicial, é importante para caracterizar a necessidade e, portanto, a utilidade potencial da jurisdição. Se efetivamente forem confirmados tais requisitos, o juiz, proferindo sentença de mérito (mérito cautelar), concederá a tutela pretendida.<sup>44</sup>

Ressalte-se, todavia, que a necessidade da tutela, aferida na cautelar pela verificação da imprescindibilidade da jurisdição, consoante a situação jurídica concreta levada a juízo, segundo as afirmações do requerente acerca da existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, é apenas uma das situações exigidas para que se dê a utilidade potencial da jurisdição e, portanto, o interesse de agir.

Assim, por exemplo, faltará interesse de agir quando forem ajuizadas ações cautelares com abuso de direito ou com fins subalternos ou ilícitos.<sup>45</sup> Exemplo comum na prática forense consiste no ajuizamento simultâneo de várias demandas idênticas, com o fim de obter uma medida liminar com algum dos juízes. Alcançado o objetivo, desiste-se das demais ações, não havendo tempo suficiente para que se declare a litispendência. Trata-se, além de tudo, de grave infração ética do advogado.<sup>46</sup>

Acreditam alguns que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* sejam condições específicas da ação cautelar ou que, pelo menos, um deles integre uma das condições genéricas da ação cautelar, normalmente o interesse de agir.

<sup>44</sup> GUERRA, op. cit., p. 77. “É quanto ao requisito do interesse processual que a distinção entre condições da ação e mérito na cautelar requer uma maior atenção. Isto porque o interesse processual, na ação cautelar, relaciona-se, indubitavelmente, com o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* (...), mas não com a *real existência* de tais requisitos e sim com a consideração, *in statu assertionis*, de que eles se verifiquem”.

<sup>45</sup> ARMELIN, 1979, p. 64.

<sup>46</sup> “Patrocínio. Ajuizamento simultâneo de várias demandas de igual conteúdo, visando dirigir a distribuição. Existência de infração ética. Consulta da seccional de Sergipe – A distribuição simultânea de várias demandas de igual conteúdo, entre as mesmas partes, visando dirigir a distribuição, deslustra a reputação pessoal e profissional. Atitude sorrateira, ardilosa, condenável e incompatível com a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Macula, ainda, a obrigação de atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade, moralidade pública e boa-fé. Interpretação do art. 2.º, §§ 1.º e 2.º, do EAOAB e art. 2.º, parágrafo único, incisos II e III, do CED” (Proc. E-1.932/99, v.m., em 16.09.1999, do parecer e voto do ver. Dr. Luiz Carlos Branco).

O *fumus boni juris* traduz-se na *aparência* de que, no processo principal, os pressupostos processuais e as condições da ação estarão presentes e o pedido será atendido.<sup>47-48</sup> Tal requisito está intimamente relacionado ao *periculum in mora*, consistente na ameaça objetiva e atual de que, não concedida a medida cautelar pleiteada, haverá um dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que possa haver reparação monetária.<sup>49</sup>

Como diz Ovídio Baptista da Silva,

a urgência, que é o verdadeiro ‘pano de fundo’, a legitimar a jurisdição cautelar impõe que o julgador proveja baseado em cognição sumária e superficial que a doutrina costuma indicar como *fumus boni iuris*, impedindo a segurança que um julgamento fundado em prova plena, seja capaz de conduzir a um juízo de certeza<sup>50-51</sup>.

Tratando do enquadramento do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* na teoria geral do processo, Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece que se trata de uma questão em aberto, mas acredita que, não havendo decisão de mérito no processo cautelar, tais requisitos fiquem “melhor acomodados como *condições* da ação cautelar”.<sup>52</sup>

Já Aldo Attardi, com a autoridade de quem escreveu mais de trezentas páginas exclusivamente sobre o interesse de agir, conclui que o mesmo se faz presente apenas nos processos declaratórios e cautelares, devendo ser excluído de todos os outros. Para esse autor, a existência de um estado de incerteza sobre o direito subjetivo seria a condição para o surgimento do interesse de agir nos processos declaratórios, enquanto o *periculum in mora* seria o fato constitutivo do interesse de agir nos processos cautelares.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 21. “se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação, e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni juris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas”.

<sup>48</sup> No STJ, por exemplo, é comum se denegar medida cautelar utilizada para emprestar efeito suspensivo a recurso especial, quando o relator considera o recurso inviável, seja na admissibilidade, seja no mérito (v.g., STJ – T3, AGRMC 1185/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJ 13.11.2000, p. 00140; STJ – T3, AGRMC 2830/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04.09.2000, p. 00145; STJ – T2, MC 2436/MG, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.08.2001, p. 0083; STJ – T5, EMC 2379/RS, rel. Min. Edson Vidigal, 13.08.2001, p. 0071).

<sup>49</sup> SILVA, op. cit., p. 47.

<sup>50</sup> Ibid., p. 58.

<sup>51</sup> Há doutrina brasileira tem se direcionado no sentido de considerar a *prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação* requisito para a concessão da tutela antecipada, diferente do *fumus boni juris*, requisito para a concessão da tutela cautelar, por um exigir um algo a mais, um *plus*, um maior grau de segurança, uma probabilidade mais intensa (v. por todos LOPES, 2001, p. 58-61). Não pensamos assim. Primeiro porque não existe prova inequívoca. Como disse Arruda Alvim, na abertura do Congresso Brasileiro de Direito Processual, realizado em sua homenagem na cidade de Natal, nos dias 10, 11 e 12 de maio de 2001, o qual tivemos a honra de coordenar, “prova inequívoca é, no mínimo, uma expressão equívoca”. Segundo porque na prática é inviável verificar-se caso-a-caso ~~se~~ o grau de aparência. Ou há ~~se~~ ~~tem~~ aparência, ou não há.

<sup>52</sup> MANCUSO, op. cit., p. 33.

<sup>53</sup> *L’interesse ad agire*, p. 163 e 166.

Não podemos concordar com tais opiniões.

As condições da ação situam-se no plano das questões preliminares, pois, presentes, possibilitam o exame do mérito, e, ausente qualquer uma delas, restará inviabilizado o exame do mérito. A decisão do juiz sobre as condições da ação jamais influenciará no teor da decisão da questão de mérito.

Mas não é isso que acontece com o *fumus boni juris* e com o *periculum in mora*, pois, presentes tais requisitos, o juiz não apenas julgará o mérito cautelar, mas concederá a medida pretendida, ao passo que, ausente um deles, o juiz também julgará o mérito cautelar, agora denegando a medida pretendida. Portanto, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* situam-se no plano das questões prejudiciais.<sup>54</sup>

#### 4 O MÉRITO, AS PREJUDICIAIS E A COISA JULGADA MATERIAL NO PROCESSO CAUTELAR

Problema realmente intrigante diz respeito à coisa julgada material no processo cautelar. Indiscutível é a incidência da coisa julgada formal – impossibilidade de ser impugnada a sentença (ou o acórdão com o conteúdo de sentença), processual ou de mérito, no processo em que foi proferida. Centram-se as divergências, fundamentalmente, na incidência da coisa julgada material – qualidade de imutabilidade do dispositivo do julgado de mérito, não mais sujeito a recurso ou à remessa necessária.<sup>55</sup>

O Código parece confuso a esse respeito, mas oferece algumas pistas nos arts. 808, 810 e 817.

Trata o art. 808, incisos I, II e III, das causas de cessação da eficácia da medida cautelar: se a parte não intentar a ação principal no trintídio legal, se a medida cautelar não for efetivada ou executada no prazo de trinta dias e se o juiz extinguir o processo principal, com ou sem o julgamento do mérito.

<sup>54</sup> Como acertadamente diz GUERRA, op. cit., p. 75-76, “é unanimemente admitido, em doutrina e jurisprudência, que a presença de tais elementos [*fumus boni juris* e *periculum in mora*] na situação concreta à qual se solicita uma medida cautelar impõe a concessão da medida, da mesma forma que, vice-versa, a ausência de tais requisitos impõe a sua denegação. Ora, se fosse condições da ação cautelar, ainda que ‘condições específicas’, a existência de tais requisitos implicaria tão-somente a existência da ação cautelar, mas não asseguraria, em razão do que já se disse, a procedência dessa última, ou seja, a prestação da tutela cautelar solicitada. Mas o que ocorre é exatamente o oposto, a saber, a existência verificada do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* impõe, precisamente, a concessão da medida cautelar solicitada, ou seja, a procedência da ação cautelar e não apenas o exame do pedido da tutela que através da ação é formulado (o que é assegurado pela simples existência da ação)”.

<sup>55</sup> Exemplificativamente, citemos três expressivos autores brasileiros que negam a existência da coisa julgada material no processo cautelar: SILVA, op. cit., p. 169; MANCUSO, op. cit., p. 33; THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 17.



Estabelece ainda o art. 808, em seu parágrafo único, que se, por qualquer motivo, cessar a eficácia da medida cautelar, será defeso à parte repetir o pedido, salvo novo fundamento.

Mas o que significa proibir a parte de deduzir fundamento já deduzido, ou ao menos dedutível, relativamente a um mesmo pedido?

Trata-se da “eficácia preclusiva da coisa julgada”, prevista no art. 474 do CPC, cuja redação é a seguinte: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, também conhecida como princípio do deduzido e do dedutível, nada mais é do que outra face da coisa julgada material, ou, mais especificamente, dos limites objetivos da coisa julgada material:<sup>56</sup> a parte pode repetir o pedido, se o fundamento for diferente (CPC, art. 474 e, na mesma linha, art. 808, parágrafo único), como pode repetir o fundamento, se o pedido for diferente (CPC, art. 469), mas não pode repetir o pedido e o fundamento (mantidas as partes), sob pena de o processo ser extinto sem o julgamento do mérito, em virtude da coisa julgada material (CPC, arts. 267, V. e 301, §§ 2.º e 3.º).

Desta forma, a conclusão inevitável a que chegamos é que sentença declaratória da cessação da eficácia da medida cautelar, ainda que não seja propriamente *de mérito* (como também não o são as hipóteses previstas no CPC, art. 269, II ao V), quando inimpugnável, revestir-se-á da autoridade da coisa julgada material.

Nery Jr., falando sobre a característica da revogabilidade das cautelares, disse que

as decisões proferidas nos processos cautelares têm, ínsita nelas mesmas, a cláusula *rebus sic stantibus*, quer dizer: é válida aquela cautela concedida, enquanto permanecer aquela situação. Mudando a situação fática, o juiz pode revogar a cautela. Pode até concedê-la de novo, se sobrevierem motivos outros que autorizarem essa segunda conclusão<sup>57</sup> -

<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> DINAMARCO, op. cit., diz que a eficácia preclusiva da coisa julgada não se confunde com a própria coisa, mas “se presta a dar sentido e efetividade a ela: pudessem os motivos da sentença ser novamente discutidos, com vista à mesma pretensão já julgada, nenhuma estabilidade teria o julgado material”.

<sup>57</sup> NERY JR., 1985, p. 183.

<sup>58</sup> Situação semelhante se daria, a seu ver, na ação de alimentos: “A sentença de alimentos tem ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*. Ainda que literalmente a LA 15 diga que ‘não transita em julgado’, a sentença proferida em ação de alimentos é, sim, acobertada pela autoridade da coisa julgada, sendo suscetível de ser impugnada por ação

Porém, com a devida *venia*, essa não é exatamente uma característica particular do processo cautelar. Todas as decisões judiciais têm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, pois, alteradas as circunstâncias de fato ou de direito que levaram o juiz a proferir o julgado, outra questão se apresentará ao juiz, e não a repetição da questão anterior sobre a qual o juiz já decidiu, razão pela qual não se poderá falar em coisa julgada material.<sup>59</sup>

Aliás, quando dizemos *toda as decisões judiciais*, queremos com isso expressar que não só as *sentenças acobertadas pela coisa julgada*, mas também as *decisões interlocutórias revestidas da preclusão pro judicato* possuem, nos seus próprios genes, a cláusula *rebus sic stantibus*. Ao dispor, no CPC, art. 807, que as medidas cautelares podem ser modificadas ou revogadas em qualquer tempo, procurou o legislador, aparentemente, flexibilizar a norma contida no art. 471, *caput*, segundo a qual o juiz não decidirá novamente as questões já decididas, quando relativas à mesma lide. Praticamente repetiu o disposto no art. 471, inciso I, que excepcionou de seu comando as relações jurídicas continuativas, sobre as quais sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito. Tudo isso, sob o “pano de fundo” de que o estado de perigo, necessário à concessão da cautela, seria uma situação transitória, permanentemente cambiante. Trabalho inútil, contudo. Toda decisão judicial, cautelar ou satisfativa, possui uma *circunstancialidade* intrínseca.<sup>60</sup>

Portanto, cessada a eficácia da medida cautelar e não mais havendo possibilidade de se impugnar a sentença cautelar, estará esta acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material (art. 808, parágrafo único).

Mas como as hipóteses do art. 808 não são as únicas que geram a extinção do processo cautelar, acreditamos ainda que os arts. 267, V, 301, §§ 2.º e 3.º, 469 e 474, aparentemente destinados às sentenças de mérito proferidas no processo de conhecimento, aplicam-se, por analogia, às sentenças de mérito prolatadas no processo cautelar, para que sobre elas recaia a autoridade da coisa julgada material.

Ressalte-se, porém, que o julgado proferido no processo cautelar não faz

rescisória (RJTSP 60/280). Em virtude da cláusula *rebus sic stantibus*, caso mude a situação de fato, pode ser ajuizada nova ação de revisão ou exoneração de pensão alimentícia. Esta será *outra, nova* ação, porque fundada em outra causa de pedir: não é idêntica à anterior (CPC 301 § 2.º). Assim, o ajuizamento da segunda ação e a sentença que nela será proferida não ofenderão a coisa julgada anterior. Alguns acórdãos repetem a LA 15 e, incorretamente na forma e corretamente no conteúdo, afirmam que a sentença de alimentos não transita em julgado: RTJ 113/354; RT 629/103; JM 108/30” (NERY JÚNIOR: NERY, 2002, p. 773.)

<sup>59</sup> SHIMURA, op. cit., p. 351.

<sup>60</sup> Por exemplo: se, numa ação de improbidade administrativa, o autor requereu o afastamento liminar do agente público, com fundamento na Lei n.º 8.429/1992, art. 20, parágrafo único, mas o juiz considerou a medida desnecessária à instrução processual, não estará o autor impedido de reiterar o requerimento, desde que faça nova alegação, como, por exemplo, a de que agente público, valendo-se do cargo, pratica atos que, de alguma forma, obstruem a instrução processual.

coisa julgada material no processo principal, salvo “se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor” (CPC, art. 810), pois o indeferimento da medida cautelar “não obsta a que a parte intente a ação [principal], nem influi no julgamento desta” (CPC, art. 810) e, “ressalvado o disposto no art. 810, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada na ação principal” (CPC, art. 817).

Não faria mesmo qualquer sentido se tal ocorresse. Se, como dissemos anteriormente, a lide cautelar é absolutamente distinta da lide principal, como poderia a sentença cautelar fazer coisa julgada no processo principal? Mesmo que se considerasse a eficácia preclusiva da coisa julgada fenômeno absolutamente diverso da coisa julgada material, tutela-se no processo cautelar apenas a aparência (*fumus boni juris*), o que não se faz no processo principal.

Conforme Shimura – e com ele concordamos integralmente,

se o arresto [ou qualquer outra medida cautelar] foi cassado ou julgado improcedente, essa decisão vincula e cerceia a renovação da ação cautelar, envolvendo, é claro, as mesmas partes, o mesmo objeto e idêntica causa de pedir (idêntica lide cautelar). Esse efeito vinculativo, a que alude Ovídio Baptista da Silva, com apoio nas lições de Fritz Baur, é expressão do que denominamos coisa julgada material<sup>61</sup>.

Poder-se-ia ainda cogitar da propositura de uma ação declaratória incidental a respeito do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, para que sobre tais questões recaísse a autoridade da coisa julgada material.

Todavia, se é verdade que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são questões prejudiciais, que a decisão sobre eles influencia no teor da decisão do mérito cautelar e que o juízo competente para o julgamento do mérito cautelar é absolutamente competente para julgá-los, é também verdade que a propositura de uma ação autônoma, objetivando a declaração da existência ou da inexistência de qualquer um deles será sempre inviável, já que o *fumus boni juris* traduz-se na aparência de direito subjetivo, enquanto o *periculum in mora* é uma situação fática<sup>62</sup> que se caracteriza pelo risco de um dano irreparável ou de difícil reparação.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> SHIMURA, op. cit., p. 350.

<sup>62</sup> SILVA, op. cit., p. 187. “coisa julgada sobre o perigo seria impossível, pois estar-se-ia a tornar indiscutível um juízo sobre fato, que jamais poderá transitar em julgado.”

<sup>63</sup> De acordo com o CPC, arts. 5.º, 325 e 470, são requisitos essenciais da declaratória incidental: a) que se tenha uma questão prejudicial; b) que a decisão da prejudicial possa influenciar no teor da decisão do mérito; c) que o juízo competente para o julgamento do mérito não seja absolutamente incompetente para o julgamento da prejudicial; e d) que a prejudicial possa ser objeto de uma ação declaratória autônoma.

## 6 CONCLUSÕES

1. Chama-se *ponto* qualquer alegação deduzida no processo. A alegação impugnada, por sua vez, é conhecida como *ponto controvertido* ou *questão*, sendo que a principal questão do processo é a *questão de mérito*, fixada pelo pedido. Todavia, antes de enfrentar a questão de mérito, deve o juiz decidir as chamadas *questões prévias*, que se caracterizam pela indispensabilidade de sua resolução, para que possam ser examinadas e decididas outras questões (não apenas a questão de mérito). As questões prévias dividem-se em questões preliminares e questões prejudiciais. A decisão da questão preliminar condiciona a *apreciação* da questão posterior, enquanto a decisão da questão prejudicial influencia no *teor da decisão* da questão posterior.

2. Se há pedido no processo cautelar, há mérito no processo cautelar. Prende-se o mérito cautelar à solicitação do requerente para que o órgão jurisdicional tome providências no sentido de conservar ou assegurar um estado inicial de coisas, pessoas ou provas, com vistas a permitir que outro processo, de conhecimento ou de execução, tenha um resultado útil.

3. No processo cautelar, são questões preliminares os pressupostos processuais e as condições da ação, e as questões prejudiciais mais importantes são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

4. Os pressupostos processuais são fundamentalmente os mesmos em todos os processos. O que muitas vezes ocorre é que a lei estabelece requisitos específicos ou regras diferenciadas para o preenchimento de tais pressupostos processuais, conforme o procedimento a ser seguido.

5. A fungibilidade entre as tutelas sumárias (tutela antecipada e tutela cautelar) sepulta a discussão sobre a possibilidade de haver cumulação, nos mesmos autos, das pretensões cautelar e principal, pois é quase impossível imaginar a substituição de uma tutela antecipada por uma tutela cautelar sem a referida cumulação.

6. A lei pode restringir não apenas o exercício da ação cautelar, impondo, para tanto, o preenchimento de certos requisitos, como também a própria formulação de pretensões cautelares em juízo, desde que se respeite o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

7. Sendo o pedido principal impossível, não haverá, por esse motivo, impossibilidade jurídica do pedido cautelar, pois o que acontecerá é que o *fumus boni juris*, fundamento para a concessão da medida, não estará caracterizado, devendo o pedido cautelar ser julgado improcedente.

8. Sendo o processo cautelar eminentemente instrumental, as partes deverão ser as mesmas do processo principal. Se houver legitimação extraordinária no processo principal, esta se estende ao processo cautelar. E o litisconsórcio necessário do processo principal, em princípio, será necessário no processo cautelar, mas, por razões óbvias, não haverá a necessidade de o litisconsórcio facultativo do processo principal se repetir no processo cautelar ou de o litisconsórcio facultativo do processo cautelar se repetir no processo principal.

9. Em relação ao interesse de agir, na ação cautelar, a mera alegação da presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, segundo os fatos narrados e os documentos que acompanham a inicial, é importante para caracterizar a necessidade e, portanto, a utilidade potencial da jurisdição. Se efetivamente forem confirmados tais requisitos, o juiz, proferindo sentença de mérito (mérito cautelar), concederá a tutela pretendida.

10. As condições da ação situam-se no plano das questões preliminares, pois, presentes, possibilitam o exame do mérito, e, ausente qualquer uma delas, restará inviabilizado o exame do mérito. A decisão do juiz sobre as condições da ação jamais influenciará no teor da decisão da questão de mérito. Mas não é isso que acontece com o *fumus boni juris* e com o *periculum in mora*, pois, presentes tais requisitos, o juiz não apenas julgará o mérito cautelar, mas concederá a medida pretendida, ao passo que, ausente um deles, o juiz também julgará o mérito cautelar, agora denegando a medida pretendida. Portanto, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* situam-se no plano das questões prejudiciais.

11. O *fumus boni juris* traduz-se na *aparência* de que, no processo principal, os pressupostos processuais e as condições da ação estarão presentes e o pedido será atendido. Tal requisito está intimamente relacionado ao *periculum in mora*, consistente na ameaça objetiva e atual de que, não concedida a medida cautelar pleiteada, haverá um dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que possa haver reparação monetária.

12. Todas as decisões judiciais possuem implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, pois, alteradas as circunstâncias de fato ou de direito que levaram o juiz a proferir o julgado, outra questão se apresentará ao juiz, e não a repetição da questão anterior sobre a qual o juiz já decidiu, razão pela qual não se poderá falar em preclusão, em coisa julgada material.

13. As sentenças nas quais o juiz declara a cessação da eficácia da medida cautelar, assim como as sentenças de mérito proferidas no processo cautelar, quando inimpugnáveis, revestem-se da autoridade da coisa julgada material.

14. A sentença cautelar não faz coisa julgada material no processo principal, não apenas por disposição legal expressa a esse respeito, mas porque a lide cautelar é absolutamente distinta da lide principal.

15. É inviável a propositura de ação declaratória incidental com o objetivo de fazer recair a coisa julgada material sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, porque não se pode promover ação declaratória autônoma sobre tais questões, especialmente sobre *periculum in mora*, que é uma questão de fato.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

ATTARDI, Aldo. **L'interesse ad agire**. Padova: Cedam, 1955.

BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000.

BUTERA, Antonio. Interesse ad agire. In: **Enciclopedia Giuridica Italiana**. Milano: Società Editrice Libreria, 1913. v. 8, p. 2.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936.

CASEIRO, Luciano. **Lide cautelar**. São Paulo: Leud, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal**. Tradução Jose Cais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. t. I e II.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse

de agir. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. coordenação Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvin Wambier. **Falta de pressuposto processual ou de condição da ação, declaração ex officio em agravo de instrumento**: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 78, 1995.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Execução forçada**. São Paulo: RT, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**: problemi del processo civile. Milano, Guiffre, 1962.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Manuale di diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. v. 1.

\_\_\_\_\_. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 104, 1945.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Processo cautelar: a tutela judicial na segurança. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1963.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa julgada e declaração**. São Paulo: Saraiva, 1988. (Temas de direito processual. Primeira Série)

\_\_\_\_\_. **Legitimação para agir**: indeferimento de petição inicial. São Paulo: Saraiva, 1988. (Temas de direito processual. Primeira Série)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre os pressupostos processuais**. São Paulo:

Saraiva, 1989. (Temas de direito processual: Quarta Série)

\_\_\_\_\_. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

NERY JR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, 1991.

\_\_\_\_\_. Do processo cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 39, 1985.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Tradução Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. v. 3.

SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.2.

\_\_\_\_\_. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 50, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.



### ***Abstract***

*In the proceeding to obtain a preliminary order the merit corresponds to the petitioner's request so that the jurisdictional body keeps the initial status of things, people or evidences. However, before analysing the merit, other questions should be decided by the judge. Such questions are called previous questions and can be classified as matter precedent and matter prejudicial. The matter precedent is related to the procedural requirements and the lawsuit conditions, whereas the prejudicial is concerned mainly with the *fumus boni juris* and *periculum in mora*.*

**Key words:** *Proceeding to obtain a preliminary order; *fumus boni juris*; *periculum in mora*; matter precedent; matter prejudicial; merit.*

