

**AS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS DA TUTELA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO E SEUS EFEITOS EM FACE DA LEI Nº 10.444, de 07.5.2002**

*Jansen Fialho de Almeida (\*)*

O legislador pátrio inseriu os §§ 6º e 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, em relação à antecipação dos efeitos da tutela e medidas de natureza cautelar, no seio do Processo de Conhecimento, com a edição da Lei nº 10.444/02, cuja mudança causará efetiva revolução no sentido de dinamização e celeridade do processo civil, pois muitos operadores do direito ainda não se aperceberam de sua extensão.

Há anos eu já defendia a unificação dos processos de conhecimento e cautelar<sup>1</sup>, desde que realizadas alterações legislativas, inclusive em trabalho publicado, do qual transcrevo alguns trechos, para melhor reflexão:

“(…) O processo cautelar visa tão-só a assegurar a tutela da eficácia a ser perquirida no processo principal, já que dele é sempre dependente, servindo ao processo de conhecimento tanto quanto para o processo de execução, em caráter preparatório ou incidental, desde que presentes ‘a fumaça do bom direito’ e o ‘perigo na demora’, protegendo o direito litigioso”.

O fato é que, em decorrência de regras jurídicas e posicionamentos doutrinários, o processo cautelar é autônomo, com princípios e procedimentos próprios (...) Entendemos deva modificar-se a legislação a fim de que se possa cumular processo de conhecimento com processo cautelar, nos mesmos autos, sendo este último somente um dos pedidos daquele. A proposta tem o cunho de

---

(\*) *Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; Vice-Presidente do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal - IMAG-DF; Diretor Regional do Centro-Oeste da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES, e ex-Presidente do Conselho de Ética e Disciplina da Escola da Magistratura do Distrito Federal. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil, Comercial, Administrativo e Constitucional. Professor de Direito Administrativo e Constitucional, Processual Civil, Comercial e de Internacional Público e Privado e Técnica de Sentenças. Juiz Titular da Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Planaltina - DF.*

dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional (...) É de se observar que praticamente o mesmo ocorre com a antecipação da tutela. Ora, se o legislador previu, nos mesmos autos, antecipar a própria decisão de mérito da lide, nada obsta que possa o magistrado deferir a liminar, apreciada como um simples pedido do processo de conhecimento. Por que manter institutos processuais arcaicos? (...) ‘*Ad cautelam*’, pode-se manter as garantias assecuratórias em concessão de certos pedidos de liminar que impliquem levantamento de dinheiro, alienação de domínio etc. Em verdade, com poucas alterações no Código de Processo Civil, podem-se unificar os dois processos, libertando-os do excesso de formalismo, podendo ainda ser ressalvados alguns casos no que se refere às ‘limitares satisfativas’, que podem perfeitamente ser englobadas pela antecipação da tutela (...) Por derradeiro, diminuir-se-ia também o acúmulo material de processos nos tribunais, sendo mais um passo para a modernização e efetividade da Justiça. Para isso, temos de estar com a mente e o espírito aberto às mudanças, que são imprescindíveis. Para o cidadão interessa a prestação do direito material invocado, jamais óbices instrumentais que só levam à extinção do processo sem apreciação do mérito, ou ao retardamento de seu julgamento. Busca ele a resposta ao seu pedido, se tem ou não direito ao bem material pretendido. Cabe a todos os operadores do direito, sem prejuízo de obediência aos princípios norteadores da ciência, envidarem esforços para a consecução e materialização dos anseios sociais. (...)”

A evolução processual foi enorme, embora a princípio não pareça. Só o tempo vai confirmar minhas argumentações. Transcrevo os novos dispositivos legais para melhor conforto e compreensão do leitor:

“§ 6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

“§ 7º. 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”.

Com efeito, encerrou-se a divergência sobre a impossibilidade de o julgador proferir decisão **de natureza de medida cautelar**, em **pedido de antecipação da tutela**, podendo em ambos os casos, como é óbvio, serem dadas em conjunto, parciais ou totalmente.

Vê-se que o legislador pátrio acabou com aquelas decisões de cunho processual que em nada servem para o julgamento da lide, de direito material. Muitas vezes ajuizava-se uma ação cautelar e era indeferida porque se confundia com o mérito; outras vezes, a tutela buscada era antecipatória e indeferida porque acautelatória. E aí vai.

Com a legislação nova, toda essa discussão jurídica sem utilidade prática acabou. Se o magistrado entender que o pedido requer providência acautelatória e não antecipatória de mérito, deverá deferir-lo, desde que presentes os seus pressupostos autorizadores.

Pode também, perfeitamente, deferir a antecipação da tutela em parte do pedido e na outra parte proferir decisão de natureza de medida cautelar, pois enquanto a primeira antecipa o mérito, a segunda tem a finalidade de assegurar, proteger a eficácia da tutela a ser perseguida no final do processo.

Nesse prisma, hoje, desnecessário que a parte ajuíze uma ação cautelar preparatória ou incidental para obter o provimento de natureza cautelar, podendo ser obtido no bojo dos próprios autos do processo de conhecimento, diria até do processo de execução - por força do art. 598 do CPC, que determina a aplicação subsidiária das disposições que regem o processo de conhecimento ao de execução - a contar da sua distribuição, como prescreve o art. 263 do mesmo *Códex*.

É mister destacar alguns aspectos de vital importância, sobretudo porque o Juiz deverá apreciar o pedido, nesta seara, como cautelar e não como antecipação da tutela. Logo, independentemente da apreciação quanto à tutela antecipada, de mérito, pode deferir a medida cautelar, diga-se de passagem, a liminar, *inaudita altera pars*, ou designar Audiência de Justificação Prévia, para o seu convencimento, ou até mesmo exigir uma contracautela, como preleciona o art. 804 do CPC, tudo sem embargo do Poder Geral de Cautela o qual a lei lhe confere expressamente (art. 798 do Estatuto Processual).

Vou mais além. Hoje, cabível, em tese, em ação visando à nulidade ou revisão de certas cláusulas contratuais por cujo instrumento contenha os requisitos de título executivo extrajudicial, ao juiz deferir medida cautelar obstando ao réu, ora possível credor, do ajuizamento da ação executiva, até o julgamento final da lide, de conhecimento. Parece ilógico mas não é. Passo a demonstrar.

É certo que a Constituição Federal garante o direito de ação, pois público, subjetivo (art. 5º, inciso XXXV). Do mesmo modo, cediço que a jurisprudência rechaça a suspensão dos atos de execução até o julgamento final da ação ordinária, por força de

medida cautelar, em sede de Poder Geral de Cautela<sup>2</sup>, que não é ilimitado, como sabemos.

Diferente se apresenta agora, com a inovação da Lei 10.444/02, que autoriza o julgador a deferir a liminar, presentes os seus pressupostos autorizadores, quais sejam: o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, dentro do processo de conhecimento.

Na espécie, sabemos que perfeitamente possível tutela cautelar preparatória ou incidental em processo de execução, citando-se o arresto (garantia para execução de quantia certa), ou o seqüestro (garantia para execução para entrega de coisa certa).

Basta lembrarmos das cautelares para conferir efeito suspensivo a recurso ou em ação rescisória para suspender inclusive os efeitos da coisa julgada material e formal. Vou mais longe: a execução provisória exige certas condições como a **caução** para o levantamento de depósito em dinheiro, requerida e prestada nos próprios autos, e a possibilidade da responsabilidade pelos danos causados ao devedor se for reformada a decisão (art. 588, I e II do CPC).

Mais ainda, o § 3º do art. 273 remete a aplicação dos efeitos da antecipação da tutela às regras do art. 588. Na mesma esteira, inegável a interligação entre o processo de conhecimento e o de execução, em razão do já citado art. 598 do CPC.

Como se depreende, no sistema atual, por questão de bom senso, haveria a possibilidade de decisões conflitantes sobre a mesma lide, porquanto embora processos diferentes - conhecimento e execução -, opostos os embargos do devedor, teríamos um *bis in idem*, pois também é processo de conhecimento, de natureza declaratória, condenatória e mais fortemente, desconstitutiva incidental, com a mesma causa de pedir, visando ao mesmo objeto, qual seja, a declaração de nulidade de cláusulas, resultando em excesso de execução, se procedente, destarte a possibilidade de risco de dupla sucumbência nos pleitos, por ambas as partes.

Para o conhecimento dos embargos e suspensão do processo executivo, imprescindível a penhora; para a concessão da medida cautelar para obstar o processo executivo, necessário a prestação de caução, isto é, uma contracautela<sup>3</sup>. É patente que a penhora é um ato executivo com efeitos conservativos, mas também de natureza jurídica de **segurança do juízo**, identificando-se sob esse aspecto plenamente com a caução, ressaltando que na medida cautelar a segurança é reforçada pela responsabilidade objetiva do requerente, em caso de sentença desfavorável no mérito, sendo a indenização liquidada nos próprios autos (art. 811, *caput*, inciso I e parágrafo único do CPC). Relembre-se, o direito é uma ciência social e sofre mutações, adequações.

Nesse contexto, muitos ainda adotam postulados arcaicos, escudando-se em dogmas ditos insuperáveis<sup>4</sup>, de que o título executivo extrajudicial é líquido (quanto ao valor), certo (quanto à sua existência, um contrato, p.ex.) e exigível (vencido), porquanto não caberia sustar o ajuizamento de ação de execução, por força de medida cautelar ou tutela antecipada, até porque estaria o autor-devedor em mora.

Façamos uma análise sobre esse argumento. Cumpre primeiramente analisar, se a parte autora está em mora. Com efeito, a se considerar somente o que dispõe o art. 955 do Código Civil, na interpretação literal, estaria, porque assim reza:

“Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1.058)”.

Todavia, na mesma Seção VI, também prescreve o art. 963:

“Art. 963. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

Em face da interpretação lógico-sistemática, os Tribunais, com o amadurecimento sobre o assunto, começaram a questionar: se num contrato, digamos, de adesão, onde são inseridas cláusulas abusivas, inviabilizando o próprio pagamento pelo mutuário, por que estaria este em mora? Se a prestação é manifestamente excessiva, estratosférica, continua o mutuário em mora? Essa mora inviabilizaria a discussão em Juízo das referidas parcelas? É claro que não.

O col. **Superior Tribunal de Justiça** assim tem decidido, vejamos:

“(…) 4. **A cobrança de valores excessivos nos contratos**, segundo jurisprudência firmada pela 2ª Seção, **afasta a mora do devedor**, não sendo cobrável a multa respectiva”.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (Resp 323172/RS, Terceira Turma, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, unânime)”.

A questão, como citada no v. Acórdão acima, foi **pacificada pela 2ª Seção, em Embargos de Divergência em sede de Recurso Especial**, cujo voto condutor do eminente Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, relator designado, no ERESP 163884/RS, merece ser transcrito, pois elucidador do tema, remédio e antídoto para os que ainda venham a sofrer de miopia jurídica, *verbis*:

“(…) A mora somente existe, no sistema brasileiro, se houver fato imputável ao devedor, conforme reza o art. 963 do CCivil, isto é, se a falta da prestação puder ser debitada ao devedor. Se o credor exige o pagamento com correção monetária calculada por índices impróprios, com juros acima do permitido, capitalização mensal, o

devedor pode não ter condições de efetuar o pagamento do que se lhe exige, e fica frustrada a oportunidade de purgar a mora. A exigência indevida é ato do credor, causa da falta de pagamento, que por isso não pode ser imputada ao devedor, nos termos do art. 963 acima citado. Por isso, mantenho o entendimento da egrégia Terceira Turma: ‘Se o banco pretendia mais do que tinha direito, essa atitude constitui obstáculo ao pagamento. E não estava obrigado o devedor a ajuizar consignatória, que constitui direito seu, mas não dever. A atitude contrária ao direito era do credor’.(...)”.

Daí porque, não se pode cogitar, em princípio, em mora do devedor, como obstáculo à concessão da antecipação dos efeitos da tutela ou de medida de natureza cautelar, para determinar que o credor-réu se abstenha de promover ação executiva contra o autor-devedor, até o julgamento final da ação de conhecimento.

A lição do nobre Ministro serve para muitos assimilarem a interpretação contemporânea do dispositivo de direito material.

Nesse passo, ao prevalecer entendimentos diversos, relativos à autonomia do processo de execução, no exemplo apresentado, poderíamos nos deparar com a seguinte questão: se na ação revisional for anulada uma cláusula que cumulava juros moratórios com comissão de permanência, com taxa em aberto, determinando ainda a decisão, a devolução pelo réu ao autor, do dobro do que pagou em excesso, e nos embargos à execução, o mesmo pedido for rejeitado, tendo as duas decisões transitado em julgado, qual o título judicial a prevalecer? Qual a solução? A resposta está em não deixar isto acontecer, porque no mínimo, vai gerar instabilidade nas relações jurídicas, não cumprindo o Poder Judiciário com a missão de resolver em definitivo os conflitos de interesses.

Neste prisma, temos prefacialmente que mitigar essa autonomia doutrinária do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, quando fulcrado em título executivo extrajudicial, principalmente nas relações de consumo, pois com o advento do Código de Defesa do Consumidor, ficou autorizada a revisão de cláusulas abusivas em contratos de adesão. Do contrário, volto a frisar, restará inoperante e insuficiente a tutela jurisdicional prestada.

Voltando ao exemplo, teríamos duas decisões judiciais conflitantes entre as mesmas partes, com o mesmo objeto e causa de pedir, e o mais importante, em processo de conhecimento (embargos à execução e ação revisional). Primordial o reconhecimento da conexão ou continência das ações, aplicando-se o critério da prevenção para estabelecer a competência para o julgamento conjunto, a fim de se evitar decisões contraditórias, não sendo prescindível a plena identidade do pedido e causa de pedir,

mas apenas a existência de um liame que possibilite decisão unificada (arts. 103 a 106 e 219, todos do CPC).

Esse é o entendimento atual do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sobre o assunto, em se tratando de ações revisionais de cláusulas contratuais:

**“PROCESSO CIVIL. CONEXÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REUNIÃO. CPC, ARTS. 103 E 106. PREJUDICIALIDADE (CPC, ART. 265). PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - NOS TERMOS DO ART. 103, CPC, QUE DEIXOU DE CONTEMPLAR OUTRAS FORMAS DE CONEXÃO, REPUTAM-SE CONEXAS DUAS OU MAIS AÇÕES QUANDO LHEM POR COMUM O OBJETO (PEDIDO) OU A CAUSA DE PEDIR, NÃO SE EXIGINDO PERFEITA IDENTIDADE DESSES ELEMENTOS, SENÃO A EXISTÊNCIA DE UM LIAME QUE AS FAÇA PASSÍVEIS DE DECISÃO UNIFICADA. II - RECOMENDA-SE QUE, OCORRENDO CONEXÃO, QUANDO COMPATÍVEIS AS FASES DE PROCESSAMENTO EM QUE SE ENCONTREM, SEJAM AS AÇÕES PROCESSADAS E JULGADAS NO MESMO JUÍZO, A FIM DE EVITAR DECISÕES CONTRADITÓRIAS. III - HAVENDO CONEXÃO ENTRE A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E A AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, AMBAS ENVOLVENDO O MESMO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, JUSTIFICA-SE A REUNIÃO DOS DOIS PROCESSOS. IV - SE AS AÇÕES CONEXAS TRAMITAM EM COMARCAS DIFERENTES, APLICA-SE O ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE CONSTITUI A REGRA. ENTRETANTO, SE CORREM NA MESMA COMARCA, COMO NA ESPÉCIE, COMPETENTE É O JUIZ QUE DESPACHAR EM PRIMEIRO LUGAR (ART. 106). (RESP 309668-SP, 4ª TURMA, RELATOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, UNÂNIME)”**.

Impende destacar que esta solução não vai de encontro nem retira totalmente a autonomia e celeridade do processo de execução de título extrajudicial, ao contrário, em razão de julgamento definitivo no processo de conhecimento, com a segurança do juízo, pela caução, impedirá decisões manifestamente contraditórias, emanadas do mesmo Poder e, se já proposta ação de execução e eventuais embargos, deverão ser reunidos para julgamento conjunto, pena de se criarem títulos executivos judiciais inexequíveis.

Por conclusão, entendo que a inovação legislativa, na interpretação analógica e sistemática, autoriza ao julgador, em processo de conhecimento, sob o rito comum (ordinário ou sumário), ou especial (jurisdição voluntária ou contenciosa), a concessão da antecipação dos efeitos da tutela e medidas de natureza cautelar, total ou parcialmente, e concomitantemente, inclusive para obstar o ajuizamento de ação de execução de título executivo extrajudicial, com a prestação de caução para a garantia do juízo e, se já em trâmite uma das ações, deverão ser reunidas e julgadas simultaneamente, em face da conexão ou continência.

---

### Notas

<sup>1</sup> *Unificação dos Processos de Conhecimento e Cautelar, Caderno DIREITO E JUSTIÇA, do Jornal Correio Braziliense, p. 04, de 04 de maio de 1.998.*

<sup>2</sup> *STJ, Resp. nº 228.790/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter.*

<sup>3</sup> “(...) Com a contracautela, o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco. (...) Caução deriva do *latim cautio, que quer dizer prevenção ou precaução*”. (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil, 11ª edição, vol. III, Editora Forense, 1.993, pp. 406; 457*)

<sup>4</sup> *Muitos profissionais do direito, capazes e de inteligência incontestada, têm se eximido na construção de novas teses jurídicas, presos a dogmas, limitando-se a reproduzir ementa de Acórdãos, escondendo-se em postulados ultrapassados, longe dos anseios da sociedade. Comumente aplicam-se as súmulas sem sequer saber o motivo de sua origem. Para os processualistas-formalistas o julgamento é de extrema facilidade, pois nunca apreciam o mérito, buscando ansiosamente por defeitos formais, mostrando somente a insegurança no conhecimento da matéria e total desapego à solução da lide, em mero ato de prepotência, disfarçado de jurisdicional. Em realidade, o profissional atuante precisa de estudo constante, aperfeiçoamento, atualização. Aí onde começa a residir a inconfiabilidade do Poder Judiciário, pelo cidadão comum. As mudanças de pensamento e forma de agir são imprescindíveis. O formalismo não supera a obviedade, somente induz o jurisdicionado ao descrédito e, por consequência, ao desrespeito das instituições responsáveis pela administração da Justiça. Em suma, a população não tem culpa, e não pode suportar os efeitos de uma tutela, em tese, do magistrado formalista que supõe ter o conhecimento do assunto escudado no cargo que ocupa, ou do defensor despreparado, que postula mal e culpa o Juiz pela derrota na causa em justificativa ao seu cliente, ou ainda, do membro do Ministério Público, fiscal da lei, mas partidário em suas prioridades.*

