

AS CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Marcelo Volpato de Souza*

Lionardo José de Oliveira**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Ação, processo e medida cautelares. 3 Princípios do processo cautelar. 4 Condições da ação cautelar. 5 Procedimento cautelar. 6 Causas de cessação da eficácia das medidas cautelares. 7 Direitos disponíveis e indisponíveis. 8 As causas de cessação da eficácia das medidas cautelares e os direitos indisponíveis. 9 Conclusões. 10 Referências.

RESUMO

Procura-se com o presente artigo verificar os efeitos jurídicos das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares, previstas no artigo 808 do Código de Processo Civil, em confronto com os direitos indisponíveis. Para tanto, priorizar-se-á a análise de aspectos conceituais e principiológicos do processo cautelar brasileiro, com destaque para as condições específicas desta espécie procedimental. Tudo isso sob a perspectiva dos interesses em relação aos quais a lei imprime os signos da imprescritibilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e ilimitabilidade.

Palavras-chave: Ação cautelar. Processo cautelar. Medidas cautelares. Eficácia. Direitos indisponíveis.

ABSTRACT

This article seeks to verify the legal effects of the ceasing causes of the effectiveness of the writs of prevention, displayed at the article 808

* Juiz de Direito em Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual Civil. Egresso da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc.

** Assessor Judiciário em Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc.

of the Code of Civil Action, in confrontation with the inalienable rights. For in such a way, it will be prioritized the analysis of the principles and concepts of the Brazilian preventive injunction procedure, with emphasis on the specifics conditions of this type of procedure. All under the perspective of the interests the law defines as indispensable, untransferable, irrevocable and unlimited.

Keywords: Preventive injunction. Preventive injunction procedure. Writs of prevention. Effectiveness. Inalienable rights.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que os provimentos assegurativos têm como característica preponderante a provisoriedade. É corolário do império do Código de Processo Civil que as medidas cautelares nasçam fadadas a se extinguir. E é justamente aí que reside a razão deste artigo: verificar os efeitos jurídicos das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares em confronto com os direitos indisponíveis.

Não se tem a pretensão de esgotar a matéria ou de fazer juízos valorativos sobre os institutos jurídicos envolvidos neste trabalho. Muito pelo contrário. A temática proposta justifica-se apenas para que se possa investigar o grau de imperatividade das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares cujos processos principais tenham por objeto direitos indisponíveis.

Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: as causas de cessação da eficácia das medidas cautelares, previstas no artigo 808 do Código de Processo Civil, têm absoluta aplicabilidade?

Tal questionamento suscita as seguintes hipóteses: (i) a norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil é cogente, independentemente da natureza jurídica do direito objeto do processo principal; (ii) a cogência da norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil pode ser relativizada na hipótese de o direito objeto do processo principal ser indisponível.

O método empregado na investigação e no relato dos resultados deste artigo foi o dialético. Estabeleceu-se uma tese – *a norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil é cogente, independentemente da natureza jurídica do direito objeto do processo principal* – e contrapôs-se a ela uma antítese – *a cogência da norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil pode ser relativizada na hipótese de o direito objeto do processo principal ser indisponível*. Em seguida, buscou-se estabelecer uma síntese motivada do fenômeno investigado (PASOLD, 2003, p. 104).

2 AÇÃO, PROCESSO E MEDIDA CAUTELARES

A compreensão da questão de fundo deste trabalho pressupõe a distinção entre (i) ação, (ii) processo e (iii) medida cautelares. O primeiro motivo para se proceder dessa forma é de ordem conceitual: é no conceito em que se encontram os alicerces para o entendimento de todo o conteúdo. A segunda razão é de ordem técnica: o uso indiscriminado dessas categorias pode causar impropriedades jurídicas.

Ação cautelar é o direito subjetivo posto à disposição da parte para que ela possa exigir do Estado a tutela jurisdicional preventiva ou assecuratória (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 54); é o direito que nasce de uma lide, da necessidade de segurança da parte contra um risco, a provocar a antecipação da medida na luta contra o tempo ou a manutenção do *status quo* entre as partes (LACERDA, 1980, p. 41); é a providência jurisdicional invocada para a obtenção de medidas urgentes e provisórias, tendentes a garantir os efeitos de um feito principal ameaçado pela demora (SANTOS, 1992, p. 177).

Processo cautelar é o instrumento pelo qual se manifesta o direito subjetivo de ação cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 97); é o meio pelo qual se busca a concessão de medidas cautelares (GRECO FILHO, 2003, p. 154); é a forma de atuação tendente a buscar do juiz uma medida de urgência cautelar (SILVA, 2000, p. 17).

Medida cautelar consiste na providência assecuratória ou preventiva que atenda à pretensão de segurança do direito, da ação ou da própria pretensão (MIRANDA, 1976, p. 3); é o resultado do exercício do direito subjetivo de ação cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 97-98); é a providência jurisdicional protetiva do bem da vida envolvido no processo (GRECO FILHO, 2003, p. 154).

A síntese das posições doutrinárias a respeito de *ação, processo e medida cautelares* mostra que (i) a primeira é o direito subjetivo posto à disposição das partes para que elas possam exigir do Estado a proteção cautelar, (ii) o segundo é o instrumento pelo qual se exige a prestação jurisdicional assecurativa e (iii) a terceira é a resposta efetiva do Poder Judiciário à prestação que lhe foi exigida.

3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO CAUTELAR

A doutrina é vacilante em enumerar os *princípios do processo cautelar*. A convergência existente gira em torno dos postulados da (i) autonomia, (ii) instrumentalidade, (iii) acessoriedade, (iv) provisoriedade, (v) sumariedade, (vi) preventividade e (vii) fungibilidade.

Segundo o *princípio da autonomia* do processo cautelar (art. 796 do CPC), a tutela jurisdicional de urgência pode ser preventiva ou incidental. Diz-se preventiva quando instaurada antes mesmo do processo principal. Fala-se em incidental quando instaurada no curso desta. Em suma: o processo cautelar é autônomo porque constitui relação processual distinta e inconfundível com a formada no processo principal.

Importa saber que a pretensão à tutela jurídica cautelar é distinta da pretensão à tutela jurídica de cognição ou de execução. São três espécies. Razão por que se há de considerar acertada a distribuição que fez o Código de 1973 em três livros: Livro I, Do processo de conhecimento; Livro II, Do processo de execução; e Livro III, Do processo cautelar (MIRANDA, 1976, p. 35).

Visto à luz do *princípio da instrumentalidade* (art. 796 do CPC), o processo cautelar objetiva assegurar o resultado útil de outra demanda. É o instrumento que visa garantir a efetiva atuação da lei em relação processual diversa daquela em que a pretensão assecuratória é desenvolvida.

A pretensão cautelar sempre estará ligada ao direito acautelado. Não havendo ligação é porque há satisfatividade e ausência de cautelaridade. A tutela cautelar é instrumentalmente ligada à tutela definitiva. Destina-se ela a assegurar a realização de uma pretensão (MARINONI, 1994, p. 74).

O *princípio da acessoriedade* tem como vetor a dependência do processo cautelar ao *resultado* do processo principal (art. 796 do CPC). O processo cautelar está no mundo para *servir* a um determinado provimento definitivo pendente ou futuro. A pretensão acautelatória não pode sobreviver sem um processo principal porque dele é necessariamente acessória e dependente.

Não se pode negar ao processo cautelar dependência teleológica a outro processo ou ação. A autonomia da função cautelar não significa independência de finalidade do processo. O processo cautelar é acessório e visa proteger a demanda principal (LACERDA, 1980, p. 7).

Outro princípio marcante da função cautelar é o da *provisoriedade* (art. 807 do CPC). O provimento cautelar não pode se revestir de perpetuidade. Sua existência deve ser limitada a certo espaço de tempo. O juiz está autorizado a revogar ou modificar o provimento a qualquer momento. A medida cautelar nasce fadada a se extinguir.

As medidas cautelares nascem sob o signo da instabilidade. Elas são por natureza não apenas modificáveis, mas igualmente revogáveis pelo juiz que as tenha decretado e pelos órgãos de jurisdição superior, por meio dos recursos pertinentes (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 80-81).

O *princípio da sumariedade* está ligado à própria natureza das medidas cautelares. As situações tuteladas pelo processo cautelar são sempre de urgência. Seja em sentido formal ou material, a pretensão assecuratória

exige uma resposta rápida. É dizer: o procedimento adotado deve ser o mais célere possível.

Essa sumariedade não é só em termos de rito procedimental, mas também em termos de profundidade da cognição (SANCHES, 1978, p. 29).

O processo cautelar deve prevenir a ocorrência de danos enquanto o processo principal não chega ao fim. Toda atividade jurisdicional cautelar está vinculada na prevenção de outro feito. Esses são os preceitos do *princípio da preventividade*.

A tutela assegurativa tem por objeto garantir o processo principal tal como este deve ser concretamente, isto é, sem que a situação jurídica em que o litígio se projeta venha a sofrer mudanças ou deformações (SANCHES, 1978, p. 29).

Com amparo no *princípio da fungibilidade* (art. 805 do CPC), o juiz está autorizado a conceder medida cautelar diversa daquela postulada equivocadamente pela parte. A possibilidade de adequação decorre diretamente do poder que o magistrado tem para deferir providências protetivas de ofício.

O princípio da fungibilidade resguarda ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 405).

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

O manejo de toda e qualquer ação pressupõe a observância das respectivas condições. Com o processo cautelar não é diferente. Ao lado dos processos de conhecimento e execução ele forma o *tertium genus* de desenvolvimento da jurisdição.

As condições são divididas em gerais – *comuns aos processos de conhecimento, execução e cautelar* – e específicas – *imanescentes ao processo cautelar*. Entre

as primeiras estão (i) a possibilidade jurídica do pedido, (ii) a legitimidade para a causa e (iii) o interesse processual. Entre as segundas estão o (i) *fumus boni iuris* e o (ii) *periculum in mora*. Por escolha epistemológica, apenas as condições específicas do processo cautelar serão abordadas, de modo a evidenciar as suas particularidades.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar, ou melhor, é o juízo de hipótese e verossimilhança do direito a ser acertado em um outro feito, cujo reconhecimento ficará para uma fase extracautelar.

Essa condição se reporta à expectativa do direito de ação e ao enquadramento da pretensão da parte às hipóteses reguladas e não vedadas pelo direito objetivo (MARQUES, 1976, p. 135).

O juízo de probabilidade consagra uma função de profunda relevância à tutela cautelar e a todo o fenômeno jurídico-processual. A verossimilhança do direito invocado para proteção cautelar não é apenas um pressuposto, e sim uma exigência desta espécie de atividade processual (SILVA, 2000, p. 77).

No processo cautelar não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição sumária. O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal ou uma antecipação do julgamento. Trata-se de uma perspectiva que basta para justificar o asseguramento do direito.

Impõe-se a análise sumária do direito invocado em razão da própria natureza do processo cautelar. Não se pode cogitar de um julgamento amparado em prova plena. A urgência é uma premissa inarredável desse processo. A cognição exauriente não se coaduna com o *princípio da sumariedade* do procedimento assecurativo.

Já *periculum in mora* (perigo da demora) é a probabilidade de dano aos interesses das partes de atual ou futura ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento desta. Ele se relaciona com o interesse

de agir, ou seja, com a necessidade e a utilidade de reclamar a atividade jurisdicional do Estado para que este tutele as pretensões da parte.

Para resultar configurado, o *periculum in mora* há de ter surgido depois do nascimento do direito que se pretende acautelar. Caso tenha surgido antes ou concomitantemente, a tutela assecurativa é descabida. Se a situação de urgência preexistia ou surgiu com este, caberá provimento cautelar se houver um agravamento.

O *periculum in mora* é a necessidade de manter o *status quo*. Se a causa provável de dano preexistia ou coexistiu com a constituição da pretensão cautelar, é vedada a concessão de medida assecurativa. No entanto, essa regra deve ser abrandada quando a parte ignorar a situação de temor (MIRANDA, 1976, p. 44).

O perigo justificador da tutela cautelar deve ser (i) fundado: decorrente de situações demonstráveis por fatos concretos; (ii) próximo: relacionado a uma lesão que deva ocorrer durante o curso do processo principal; e (iii) grave e de difícil reparação: porque é preciso que não se possa reparar facilmente o dano iminente.

Em suma: as ações de natureza eminentemente cautelar devem observar (i) a possibilidade jurídica do pedido, (ii) a legitimidade para a causa, (iii) o interesse processual, (iv) o *fumus boni iuris* e (v) o *periculum in mora*. Aquele que manejar o processo cautelar sem analisar tais condições está fadado a ser carecedor de ação.

5 PROCEDIMENTO CAUTELAR

A sistemática processual vigente denota a existência de um procedimento cautelar *comum* (arts. 801 a 803 do CPC) e de vários procedimentos *especiais ou específicos* (arts. 813 a 889 do CPC). O procedimento comum é aquele que viabiliza o ajuizamento das ações inominadas ou atípicas, além de servir como regulamentação subsidiária e genérica para todo processo cautelar (art. 812 do CPC). Os procedimentos específicos fixam ritos especiais para algumas pretensões cautelares, *vg.*, a *busca e apreensão, caução etc.*

Ao tema proposto basta a análise do procedimento comum. Notadamente porque são numerosas as ações cautelares nominadas, o que torna inviável a abordagem minudente das respectivas marchas. Há também o fato de que as providências típicas se submetem ao trâmite assegurativo geral, salvo disposição contrária.

Para a propositura da ação cautelar, além dos indispensáveis requisitos do art. 282 do CPC, o autor deve observar: (i) a autoridade judiciária a que for dirigida, obedecidas as regras de competência; (ii) o nome e a qualificação das partes; (iii) a lide e seu fundamento; (iv) a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, assim como, objetivamente, a natureza e o conteúdo da providência pretendida; e (v) as provas a serem produzidas (art. 801 do CPC).

O autor pode requerer com a inicial a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária (*in audita altera pars*). O magistrado está autorizado a proceder sem ouvir o réu quando verificar que ao ser citado este possa tornar a providência assegurativa ineficaz e nos casos em que a sua citação não influencie a providência sumária (art. 804 do CPC).

Aceita a inicial, concedida ou não a liminar, a parte requerida será citada para em 5 dias contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir (art. 802 do CPC). Nessa resposta é permitida a apresentação de exceção e vedada a reconvenção. Autoriza-se no bojo da própria contestação o pedido de contracautela.

A ausência de contestação gera presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente, devendo o juiz decidir a matéria submetida à sua apreciação em 5 dias (art. 803 do CPC). Caso contestada a pretensão e a questão controvertida for exclusivamente de direito, ou ainda de fato, cuja comprovação só possa ser feita por prova documental, a decisão também deverá observar esse prazo. A existência de prova oral enseja a designação de audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único, do CPC).

O deferimento da medida liminar não afasta a necessidade da sentença cautelar. Já se cogitou de que a concessão sumária de proteção afastava a necessidade de decidir porque a decisão interlocutória é absorvida pelo processo principal. Esse equívoco denota problemas de ordem recursal, uma vez que contra as decisões interlocutórias e terminativas as espécies recursais manejáveis são diversas (GRECO FILHO, 2003, p. 172).

Concedida proteção cautelar, seja por meio de liminar ou de sentença, a decisão do juiz é cumprida por mandado, independentemente de processo de execução.

A parte vencida no processo principal é quem tem o dever de arcar com as custas e despesas processuais (art. 811 do CPC). Mas os encargos decorrentes do movimento da jurisdição somente serão apurados no processo cautelar quando inexistir o principal por falta de propositura ou pela natureza satisfativa da demanda protetiva ajuizada (GRECO FILHO, 2003, p. 172).

6 CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES

O Código de Processo Civil estabelece três regras fundamentais sobre o vigor das providências assecurativas. Preceitua que as medidas cautelares perdem a eficácia quando: (i) a parte não intentar a ação principal no prazo de 30 dias; (ii) não forem executadas no prazo de 30 dias; e (iii) o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem o julgamento do mérito (art. 808, I, II e III, do CPC).

A lei fixa o prazo de *30 dias para o ajuizamento da ação principal* quando a medida cautelar for concedida em procedimento preparatório (art. 808, I, do CPC). Contam-se esses 30 dias da efetivação da providência acautelatória (GRECO FILHO, 2003, p. 165). A medida cautelar se torna efetiva no momento em que cumprida, pouco importando se em caráter liminar ou final (SANCHES, 1978, p. 74).

O prazo extintivo da eficácia diz respeito somente às medidas de caráter restritivo ou de constrição de bens. Nos procedimentos meramente conservativos e nos de antecipação de prova, o referido prazo não exerce nenhuma influência (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 177).

Quanto ao *prazo de execução da medida cautelar concedida* (art. 808, II, do CPC), considera-se que o caráter emergencial da tutela restritiva impõe à parte o dever de promover sua efetivação em 30 dias. Essa efetivação pode consistir no preparo da diligência do oficial de justiça ou na remoção da coisa apreendida, por exemplo.

Entende-se que a inobservância desse prazo afasta o risco que ensejou a expedição do decreto assegurativo. A lei pressupõe que a não-efetivação da medida cautelar imputa desinteresse aos provocadores da tutela jurisdicional de urgência.

Essa hipótese de cessação da eficácia compreende apenas medidas cautelares que acarretam ofensa à esfera jurídica da parte contrária. O retardamento decorrente da morosidade dos serviços judiciários ou de qualquer outro obstáculo criado pela parte adversa não determinará tal consequência (SILVA, 2000, p. 177).

Relativamente à *extinção do processo principal* (art. 808, III, do CPC), quando este é extinto com ou sem a resolução do mérito cessa a eficácia da medida cautelar.

Na hipótese de sentença sem resolução do mérito, a providência assegurativa simplesmente desaparece e o *status quo ante* é restabelecido entre as partes como se o provimento instrumental não tivesse existido, inclusive com a possibilidade de responsabilização do executante da medida cautelar por eventuais prejuízos ocasionados (art. 811 do CPC).

Todavia, nas situações em que há resolução do mérito a solução do provimento assegurativo tem sorte diversa.

Quando a sentença de mérito favorece quem promoveu a medida cautelar, a providência assegurativa se converte na colimada pelo feito

principal (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 184-185). A providência assecurativa perdura enquanto pendente o processo principal se a medida for necessária para garantir o direito de futura execução. Significa dizer: a perda de eficácia do provimento protetivo só ocorre na hipótese de decisão desfavorável àquele que a manejou (GRECO FILHO, 2003, p. 166).

Há quem sustente uma ligação entre as condições das ações cautelares e a ação principal. Quando esta última é extinta com julgamento de mérito desfavorável ao autor da ação cautelar, a eficácia do provimento assecurativo há de cessar porque inexistentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (SANCHES, 1978, p. 81).

A perda da eficácia nos casos acima ocorre *ipso iure*, dispensa despacho declarativo da não-eficácia ou despacho constitutivo negativo (MIRANDA, 1976, p. 93). No entanto, a declaração judicial da perda da eficácia torna-se indispensável quando ocorre a conversão ou a manutenção da medida para efeitos de execução (MARQUES, 1976, p. 372).

7 DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

As necessidades do homem reclamam o desenvolvimento de relações jurídicas consistentes em compra, venda, empréstimo, doação, entre outras. Diz-se ser imanente à vida cotidiana criar por intermédio dos negócios jurídicos o conjunto de direitos e obrigações denominado *patrimônio*.

As relações jurídicas destacadas – *compra, venda, empréstimo, doação etc.* – são eminentemente dispositivas. Estão inseridas nas liberalidades que as pessoas têm para contratar ou negociar. Os *direitos disponíveis* são os economicamente mensuráveis e passíveis de livre negociação entre as partes (VENOSA, 2003, p. 149).

No entanto, há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato.

Os direitos pessoais ou personalíssimos são absolutos e correspondem a deveres jurídicos de todas as pessoas. O objeto desses direitos está

na própria pessoa do seu titular, distinguindo-se dos direitos reais porque estes recaem sobre coisas ou bens exteriores aos sujeitos das relações jurídicas (WALD, 2003, p. 120).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegurou o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Esses direitos são denominados indisponíveis porque fazem parte da personalidade dos seus titulares.

É importante destacar para o tema proposto que esses direitos têm a característica de ser irrenunciáveis, intransmissíveis e ilimitados. São também absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais. Não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode estabelecer limites voluntários. As limitações somente por lei poderão ser fixadas (art. 11 do CC).

O estado das pessoas é disciplinado por normas de ordem pública. Não podem ser modificadas pelas partes. Os direitos indisponíveis não podem se sujeitar às liberalidades próprias das relações patrimoniais dispositivas (MONTEIRO, 2003, p. 97).

Em suma: (i) os *direitos disponíveis* são aqueles economicamente mensuráveis, podendo as partes dispor deles livremente por intermédio dos negócios jurídicos; (ii) os *direitos indisponíveis* são aqueles relativos à personalidade e ao estado da pessoa, sendo insuscetíveis de disposição porque são inerentes à condição e dignidade humanas.

8 AS CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Há uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial que visa afastar a imperatividade dos dispositivos que versam sobre a eficácia das medidas cautelares quando a causa posta em juízo diz respeito aos direitos indisponíveis. Trata-se de posicionamentos calcados nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O *princípio da razoabilidade* exige justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Judiciário e os fins por ele almejados. É um postulado necessário quando as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das espécies normativas que sua efetividade social (MORAES, 2006, p. 789).

O *princípio da proporcionalidade* associa-se a um sentido de amplitude ou intensidade das medidas adotadas. Aos indivíduos não devem ser impostas obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público. É a proibição do excesso (FERREIRA FILHO, 2006, p. 112).

E os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão ligados ao da *instrumentalidade das formas*.

A instrumentalidade das formas subordina a invalidade de um ato processual à relação entre o vício e a finalidade que se pretende alcançar por meio dele. A nulidade é cominada apenas quando o vício impeça o processo de atingir seu escopo. Tudo de modo a salvar o que foi feito na medida do permitido e reclamado pelas exigências técnicas (LIEBMAN, 1984, p. 55).

Existe uma predisposição de salvar o processo ou de não anulá-lo ou extingui-lo sem que seu objetivo seja apreciado. Deve-se evitar que a forma ganhe contornos de importância mais destacados do que a própria substância do litígio a ser solucionado pelo instrumento processual. O que importa para o direito e para o processo como instrumento de sua realização na busca pela justiça é exatamente fazer justiça (MEDEIROS, 2005, p. 103).

Quanto ao posicionamento da doutrina em relação ao tema proposto, nas questões de família as medidas cautelares não perderão a eficácia mesmo que a parte não promova em 30 dias a ação principal, especialmente as ações de amparo ao menor, de alimentos e de separação de corpos (NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 824).

É de evidência meridiana que o não-ingresso da ação principal no prazo de 30 dias não pode importar na reunião de corpos que se odeiam,

no desamparo e na fome da mulher e da criança, na eliminação da visita, no retorno do indigno ao pátrio poder, à tutela e à curatela. Os arts. 806 e 808 do CPC não visam, absolutamente, objetivos odiosos e nefandos. Esses dispositivos legais devem ser interpretados com inteligência e parcimônia, de modo que o estado das pessoas seja efetivamente preservado (LACERDA, 1980, p. 379-380).

A Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estabelece que o deferimento do pedido de separação de corpos não se submete ao prazo do art. 806 do CPC¹.

Também já decidiram os gaúchos que o abrandamento dos dispositivos de cessação de eficácia das medidas cautelares não-satisfativas deve ser aplicado às providências decretáveis de ofício ou que tenham por objeto interesse público ou direitos de família ou de personalidade².

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também vem decidindo reiteradamente nos termos da doutrina.

Colhe-se da Corte catarinense, em ação cautelar de arrolamento de bens cumulada com seqüestro, decisão no sentido de que a interpretação sensata e inteligente dos arts. 806 e 808 do CPC afasta a cessação da eficácia do provimento assegurativo pelo decurso do trintídio legal³.

Preceitua esse Tribunal que em procedimentos que envolvam o direito de família o processo cautelar tem caráter autônomo, não se aplicando o prazo do artigo 806 do CPC⁴.

O mencionado Pretório também ressalta que as regras de caráter formal não podem se sobrepor à incompatibilidade de coabitação, sendo prudente mitigar o trintídio legal para o ajuizamento da ação principal de modo a afastar os riscos de dano físico e moral de uma das partes⁵.

1 Uniformização de Jurisprudência n. 587028978, j. em 11-12-1987.

2 Ap. Cív. n. 598573376, de Tupanciretã, rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. em 20-5-1999.

3 Ap. Cív. n. 2004.002029-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 14-5-2004.

4 Ap. Cív. n. 2002.008128-6, de Urubici, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 8-8-2002.

5 Ap. Cív. n. 2002.020853-7, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 13-3-2003.

9 CONCLUSÕES

Tem-se que a ponderação dos direitos indisponíveis e dos aspectos de procedibilidade do processo cautelar faz com que aqueles prevaleçam. Mostram doutrinadores e julgadores que as causas de cessação da eficácia das medidas cautelares devem ceder passo à efetiva proteção do estado da pessoa. Tudo em nome do bom senso.

Os interesses que incidem diretamente sobre a pessoa do seu titular devem ser fundamentalmente protegidos. E é com base nessa premissa que os juristas pátrios – *após o sopeso dos direitos material e formal* – afastam a imperatividade das regras de cessação da eficácia das medidas cautelares.

Portanto, negatizou-se a assertiva de que a norma que prevê a perda de eficácia do provimento cautelar é absoluta. Vislumbrou-se que doutrina e jurisprudência têm abrandado as regras de cessação das medidas assecurativas relativas aos direitos indisponíveis.

O direito processual civil pátrio não pode chancelar ofensas a direitos materiais em nome de regras de procedibilidade. A instrumentalidade imanente ao processo posiciona essa ciência de tal modo que ela somente pode ser concebida como ferramenta para efetivação dos interesses dos jurisdicionados. Trata-se de ramo do direito público.

Quando as regras de procedibilidade podem ser abrandadas sem prejuízo das condições mínimas de desenvolvimento da jurisdição, não se mostra razoável proceder de forma diversa. Deve-se prestigiar os anseios das partes e a efetividade da jurisdição, principalmente quando a lide posta em juízo tem por objeto interesses indisponíveis.

Apesar de eventual e hipotética, a instrumentalidade também informa o processo cautelar. Sua razão de ser reside na segurança da eficácia de outra providência jurisdicional. Logo, não pode o instrumento de realização dos direitos negar-lhes garantia.

No atual contexto de ineficiência estatal, a função pública do processo e a afirmação dos direitos indisponíveis servem como meios

de resistência àqueles que acreditam na progressão das liberdades como condição de emancipação do homem.

O direito processual civil brasileiro passa por um momento crítico em sua história. É apontado como um dos principais culpados pelo aso-berbamento e pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

A imagem do processo como instrumento efetivador de direitos, conquistada sobretudo com a edição da Constituição de 1988, tem sido relegada pelo descrédito dos jurisdicionados. Portanto, devem ser permanentes os esforços que visam resgatar o caráter publicista do direito processual civil.

10 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2005.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurispru/sumulastj.html>>. Acesso em: 12 nov. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 12 nov. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: processo de execução a procedimentos especiais*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII, tomo I, arts. 796-812.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução: processo cautelar: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. tomo XII, arts. 769 a 889.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. atual. até a EC n. 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. atual. até 13 de janeiro 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar: tutela de urgência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v. II.

_____. *Processo cautelar*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.