

A PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL NOS PROCESSOS CAUTELARES PREPARATÓRIOS

Francisco Glauber Pessoa Alves

*Juiz Federal Substituto da 6ª Vara da SJ/PE
Mestre e doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP
Professor da Fundação Escola Superior do
Ministério Público do RN/FESMP-RN*

SUMÁRIO: I – Introdução; II – O processo cautelar: rápidas linhas; III – As cautelares “satisfativas”; IV – A perda de eficácia da cautelar; V – A perda superveniente de interesse processual da cautelar preparatória; VI – Distinções entre a perda da eficácia da cautelar e falta de interesse processual; VII – Por que não o caso de se entenderem ausentes os requisitos da cautelar?; VIII – Proposições conclusivas; Bibliografia.

I INTRÓITO

Bem se sabe que o processo cautelar possui vida própria, diferida do processo de conhecimento ou do de execução, embora com estes interligada. Igualmente cede que as cautelares podem ser preparatórias ou incidentais. Ocorre que a praxe forense evidencia o indevido hábito de ajuizamento de cautelares antecedentes, que se processam durante longo tempo sem a seqüência do ajuizamento da ação principal.

A verificação dessa realidade tendente à falta de resolução do litígio acarretou-nos a curiosidade pelo cotejo da exata medida da remanescência do interesse processual naquelas cautelares ajuizadas, onde, a par do lapso alargado de processamento, não foram seguidas pela propositura da lide propriamente dita.

Para tanto, imperiosas breves linhas sobre o processo cautelar, suas funções, características e os dados importantes ao estudo. Após, dando-se prosseguimento às noções sobre uma e outra, divisamos perda de eficácia da cautelar com ausência de interesse processual. Por fim, lançamos nossas proposições conclusivas.

II O PROCESSO CAUTELAR: RÁPIDAS LINHAS

A *tutela cautelar*, ao lado da *tutela antecipada*, é espécie do gênero *tutelas de urgência*, diferindo-se essencialmente pelas suas características mais evidentes: aquela, a instrumentalidade; esta, a antecipação dos efeitos da própria decisão final. Obviamente que este simplório alinhamento não esgota o tema distinção entre as duas¹, até porque episodicamente existentes muitos pontos de aproximação entre uma e outra. Mas, é o que basta para fins deste singelo estudo².

Como cedo, a intenção de quem ingressa em juízo é obter o bem da vida ao qual entende fazer jus. Com efeito, a par de existir o pedido *imediato* (tipo de providência solicitada: a declaração, a constituição/desconstituição ou a condenação), o essencial para a parte é o pedido *mediato* (o bem jurídico material), que é subjacente àquele (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 237).

Ocorre, porém, que em determinadas situações o bem da vida está ameaçado e corre o risco de perecimento antes da efetivação do direito. Para resguardar tais contextos existe o processo cautelar, que, como o próprio nome diz, visa *assegurar, proteger*. Com efeito, chama-se cautelar o “processo que, em lugar de ser autônomo, serve para garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)” (FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituições do processo civil*, p. 134).

¹ Já tivemos ocasião de estudar mais a fundo a tutela antecipada e suas origens em nossos *Tutela antecipada em face da Fazenda Pública e O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*, ao que remetemos eventuais interessados.

² Uma abordagem atual e enxuta sobre o tema pode ser vista em *Fungibilidade das tutelas de urgência*, por Joaquim Felipe Spadoni.

Ele tem por escopo garantir a eficácia do processo principal. Esse principal tanto pode ser de conhecimento, como de execução³. Para ambos a tutela cautelar confere proteção.

Consoante atesta JOÃO BATISTA LOPES (*Tutela antecipada e o art. 273 do CPC*, p. 206) refere-se a doutrina a 9 (nove) características que marcam o processo cautelar: *acessoriedade* (em relação ao processo principal), *preventividade* (no sentido de assegurar o resultado do futuro provimento de mérito), *sumariedade* (não há uma cognição exauriente), *provisoriedade* (o não poder o processo cautelar “usurpar as funções próprias do processo do conhecimento”⁴), *instrumentalidade* (no sentido de atuar para garantir o resultado útil do outro processo), *revogabilidade* (a tutela cautelar pode ser revogada, quando não mais presentes seus pressupostos), *autonomia* (ele não se confunde com o processo que visa garantir), *referibilidade* (refere-se ao bem objeto do processo principal) e *dependência* (sua existência depende do ajuizamento do processo principal).

E no processo cautelar demanda-se o controle das condições gerais de admissibilidade (pressupostos processuais de existência e de validade, bem como as condições da ação), conquanto sem o rigor do processo de conhecimento ou executivo, adaptando-se, por óbvio, à feição cautelar (GALENO DE LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, pp. 208-220). E diz-se, ainda, possuir a cautelar dois requisitos específicos: um dano potencial (o *periculum in mora*) e a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*).

Não há consenso sobre serem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* requisitos ou o próprio mérito cautelar. Muito menos cabe aqui tecer outras palavras a tal respeito, por exigüidade de espaço e pretensão. De toda forma, parece-nos que a corrente que trilha a segunda tese está com a razão. A ausência deles, em verdade, enseja a improcedência do pedido cautelar e não sua extinção sem enfrentamento do mérito. Tanto mais roborra isso o aspecto de que, para fins de tutela *initio litis*, a sua ausência acarreta simplesmente o indeferimento da liminar e não o indeferimento da própria inicial.

³ “Nenhuma incompatibilidade também ocorre entre a cautela e a execução. Aliás, o Código, no art. 615, III, situado nas disposições gerais do processo de execução, compreendendo portanto todas as espécies desta, autoriza expressamente o credor a “pleitear medidas acautelatórias urgentes” (Galeno de Lacerda, *Comentários ao código de processo civil*, p. 43).

⁴ *Idem*, *ibidem*.

Por fim, costuma-se divisar (adotamos aqui, sem prejuízo de outras, a classificação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, vol. II, pp. 367-368) as cautelares quanto à *tipicidade* (típicas ou nominadas e atípicas ou inominadas), quanto ao *momento do ajuizamento* (preparatórias ou incidentais – já existente processo principal em curso) e no que tange ao *objeto* (sobre bens, provas, pessoas, conservativas e outras não cautelares, apenas submetidas ao procedimento cautelar).

III AS CAUTELARES “SATISFATIVAS”

As chamadas cautelares satisfativas foram decorrentes da crise ocorrida no Judiciário antes da existência generalizada da tutela antecipada, dada pelo art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/94. À míngua do referido instituto, concebeu-se a possibilidade, via processo cautelar, de atingir-se não só a garantia de eficácia do provimento de conhecimento ou executivo, como também a própria pretensão de mérito, ou seja, a *antecipação dos efeitos da resolução de fundo do próprio litígio* que, em princípio, só deveria ser assegurada.

Esse contexto tornou-se por demais comum em situações-limite, nas quais, pela natureza do bem da vida envolvido, e quando também não houvesse enquadramento correto nos pressupostos cautelares, entendeu-se de conceder-se uma tutela de maneira a não obstar a consecução do direito (ROBERTO ARMELIN, *Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição*, pp. 435 e ss.).

A verdade é que a doutrina mais autorizada criticou veementemente esse trilhar. CALMON DE PASSOS, por exemplo, para quem a “cautelar previne (meio) a futura tutela (fim). Antecipar essa tutela é exorbitar. A satisfatividade de cautelar só é admissível quando inexistir outro meio de assegurar a efetividade da futura tutela fora da antecipação dessa tutela. Aqui, entre antecipar (satisfazer provisoriamente) e deixar sem segurança a efetividade da futura tutela, impõe-se, em favor desta última, aceitar-se a excepcionalidade da primeira. Fora dessa hipótese, cautelar satisfativa é arbítrio sobre arbítrio que, se usássemos analogicamente a linguagem matemática, poderia ser chamado de arbítrio ao quadrado” (*Até quando abusarás, ó Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional*).

Sabe-se que determinar “a natureza jurídica de um instituto nada mais é do que enquadrá-lo na categoria dogmática a que se ajustam suas caracte-

rísticas. (...) Para esse enquadramento, não basta que o instituto jurídico em causa apresente algumas das características de certa categoria dogmática, mas, ao contrário, é preciso que tenha todos os elementos essenciais desta” (JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Posse*, vol. II, tomo I, p. 96).

Já vimos os traços característicos do processo cautelar (acessoriedade, preventividade, sumariedade, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, autonomia, referibilidade e dependência). Deles, somente a sumariedade, a provisoriedade e a revogabilidade aplicam-se à tutela antecipada. Vê-se, pois, que nem todos os traços da cautelar coadunam-se com assegurar, antes do momento normal, que seria no processo principal, a satisfação do direito do requerente.

Até mesmo em um sentido semântico é possível fazer essa contraposição. De fato, cautela significa cuidado para evitar um mal, precaução⁵, ao passo que satisfação diz respeito à aprazimento, sentimento de aprovação, adimplemento, cumprimento⁶.

É de se entender que um processo verdadeiramente cautelar *sempre deve se prestar, única e tão somente, a resguardar o resultado útil do processo principal*. Ele não disporá de vida própria, de molde a bastar em si mesmo para a satisfação da pretensão trazida a juízo.

Porém, levanta-se a natureza satisfativa de determinadas ações cautelares, tais como a busca e apreensão (art. 839 do CPC), a exibição, notadamente de documentos⁷ (art. 844 do CPC), a produção antecipada de provas (art. 846 do CPC) e a guarda/regulamentação de visitas de menores (art. 888, VII do CPC).

Não se nos afiguram corretos tais entendimentos.

Primeiramente, um estudo mais acurado da busca e apreensão torna difícil sua configuração em processo autônomo instrumental. Aponta-se

⁵ *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 1.º vol., 13.ª ed., RRP editorial, p. 257.

⁶ *Idem*, ob. cit., 4.º vol., p. 1093.

⁷ “As ações cautelares de exibição de livro, coisa ou documento, as de vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* e as de obra de conservação em coisa litigiosa são bastantes em si; previnem, é certo, porém não dependem de outra ação, não são provisórias, se consideramos provisoriedade sinônimo de subsidiariedade só temporal a outra ação; acautelam, mas a cautela, que se tomou, pode atingir toda a finalidade do autor, que de nenhum modo ‘prometeu’ a propositura de outra ação (nem, talvez, ‘pensou’ nela). Considerá-las providências provisórias, ou instrutórias antecipadas, é degradá-las da sua própria natureza. Tais ações, ainda quando se chamam de conservação ou assecuração da prova, podem ser propostas sem ser incidentemente” (Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, Tomo 6, p. 337).

como tal (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao código de processo civil*, p. 186) aquela movida para entrega de bens móveis de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II do CPC), para posse provisória dos filhos nos casos de separação judicial, divórcio ou anulação de casamento (art. 888, III do CPC), para afastamento do menor autorizado a contrair núpcias contra a vontade dos pais (art. 888, IV do CPC), o depósito de menores ou incapazes (art. 888, V do CPC) ou a guarda dos filhos (art. 888, VI do CPC).

Ora, se é possível defender-se que a busca e apreensão aí pautada tem natureza instrumental, não é razoável dizer que imperioso um processo autônomo para tanto. Efetivamente, a medida de busca e apreensão pode normalmente ser decretada pelo juízo do feito, incidentalmente, como consectário necessário da tutela que originou a necessidade de busca e apreensão. Assim é que ordenada a entrega de bens móveis de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II do CPC), a busca e apreensão deles é seqüência óbvia. Outrossim, determinada a posse provisória dos filhos nos casos de separação judicial, divórcio ou anulação de casamento (art. 888, III do CPC), a busca e a apreensão dos menores em favor daquele a quem se reconheceu a posse provisória faz-se mister. Iguais soluções para os casos de afastamento do menor autorizado a contrair núpcias contra a vontade dos pais (art. 888, IV do CPC), do depósito de menores ou incapazes (art. 888, V do CPC) ou da guarda dos filhos (art. 888, VI do CPC).

Por outro lado, quando diz-se satisfativa a busca e apreensão (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao código de processo civil*, p. 185), as hipóteses legais enunciadas são sempre aquelas concedidas no bojo ou diretamente relacionadas a um processo. É o caso da expedição de mandado de busca e apreensão em favor do credor quando não encontrada a coisa com o devedor (art. 625 do CPC), da arrecadação de bens móveis na falência ou insolvência (arts. 63, III e 71 do Dec.-Lei n. 7.661/45; arts. 751, II e 766, I do CPC) e da busca e apreensão na ação de depósito (art. 905 do CPC).

Já a busca e apreensão fiduciária (Dec.-Lei n. 911/69) possui natureza inteiramente satisfativa. Em função da resolução de pleno direito do contrato de alienação fiduciária, a financeira busca o bem em poder do fiduciário. Com a apreensão, dá-se a satisfação da pretensão indicada, que independe de outro feito.

Tais observações levam-nos a afirmar o que nos parece ser a resolução da problemática: ver-se a busca e apreensão não como uma cautelar de

índole satisfativa, mas sim como um processo de conhecimento onde ali, para fins definitivos, decidir-se-á o direito material, salvo quando ela seja medida derivada de uma outra tutela perseguida, onde pode incidentalmente ser decretada. *Permissa venia*, não vislumbramos horizonte diverso, pelo menos para fins de uma regra geral.

A produção antecipada de provas (*vistoria ad perpetuam rei memoriam*), tutela meramente conservativa que é, não esgota qualquer pretensão. Manejada pelo risco de perecimento de prova que eventualmente vá ser utilizada futuramente, o certo é que na ação principal é onde decidir-se-á a respeito do direito material a que a antecipação de prova se prestará a confortar.

Diferentes da busca e apreensão não são os casos de exibição (art. 844 do CPC) e de guarda/regulamentação de visitas (art. 888, VI do CPC), onde a medida é concedida no bojo de um processo onde não se tem como fundamento jurídico senão um direito material próprio que é invocável por si só, sem referência ou imprescindibilidade do reconhecimento dele em um outro processo.

A exibição, que pode ser de coisas ou documentos, é facultada nas hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 844 do Código de Processo Civil. Elas não demandam uma discussão jurídica subjacente.

Por exemplo, no inciso I os requisitos são que (1) se trate de coisa móvel em poder de outrem e (2) que o requerente reputa sua ou tenha interesse em recorrer. No inciso II tem-se documento próprio. No III os casos de escrituração comercial, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei. A previsão normativa, portanto, é auto-suficiente. Em suma, os requisitos próprios da exibição tornam-na bastante em si.

Discrepante não é a guarda/regulamentação de visitas, quando não mantenha vinculação com uma futura ação de separação, de divórcio, de reconhecimento e extinção de união estável ou mesmo de modificação de guarda e visitas. Em tais contextos, ela assume natureza definitiva, decidindo-se o próprio mérito.

Frise-se que as ponderações acima, lançadas com as limitações espaciais do presente ensaio, só podem ser lidas com as seguintes advertências: 1º) os exemplos precitados não esgotam o manancial de espécies de cautelares supostamente satisfativas, de modo que as conclusões ofertadas não necessariamente enquadram ou resolvem todas elas; 2ª) os procedimentos ditos cautelares satisfativos (por nós visualizados, em verdade, como de

conhecimento) só se revestem efetivamente dessa marca se o próprio requerente não indicar e delimitar a eficácia da cautelar ao ajuizamento da ação principal (art. art. 801, III do CPC), ou seja, se ele mesmo não resguardar a decisão definitiva da matéria para a lide principal (incabível, por logicidade, para o processo de execução, onde não se decidirá mais nada, e sim buscará a realização do direito já reconhecido).

Temos, pois, que a própria utilização da expressão *cautelar satisfativa é uma junção processualmente inconciliável*, uma vez que se é cautelar, não é satisfativa, e se é satisfativa, não pode ser cautelar. Em verdade elas são processos que resolvem, naquela medida, o direito material invocado para fundamentar a tutela jurisdicional buscada como cautelar, mas que em verdade é definitiva, porque se bastou em si, supérflua a discussão posterior em ação principal.

Porém, conquanto entendamos não existirem cautelares satisfativas, é de se reconhecer que a concessão de *determinados provimentos em sede cautelar*, onde ainda que resguardada a discussão para o processo principal, finda por *satisfazer a pretensão desde logo*, no bojo da própria cautelar, prejudicando a discussão da lide no processo de conhecimento (não vislumbramos tal possibilidade referentemente ao de execução).

É o caso da pretensão que vise compelir uma seguradora de saúde a prestar determinada cobertura cirúrgica ou mesmo medicamentosa. Conquanto permaneça a necessidade de discutir a obrigatoriedade dessa prestação, a dar-se isso na ação principal, o certo é que a não propositura da principal não terá como reverter os efeitos de uma liminar eventualmente concedida e já cumprida em sede de cautelar. Cirurgia feita ou remédio ofertado e ação principal não proposta, tudo há de se resolver em perdas e danos (arts. 927 do CC e 1.811 do CPC).

Tanto mais justifica-se esse raciocínio pela inserção do § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei n. 10.444/02, pelo qual 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 par das discussões sobre a amplitude da fungibilidade aí contida (não só a *antecipada pela cautelar*, mas também a *cautelar pela antecipada* – o que de forma muito clara *nos parece tecnicamente possível*⁸, *embora de difícil ocorrên-*

⁸ E assim com razão Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 93.

cia pelo maior grau de exigência quanto à tutela antecipada) uma conclusão é certa: é plenamente viável o pleito cautelar no próprio bojo do processo principal. Isso é muito do claro no dispositivo referido.

Assim, o processo cautelar em muito (não tudo – porque situações de premência incompatíveis com o processo comum ou executivo sempre existiram e sempre existirão) perdeu sua utilidade (conforme bem apontado por FREDIE DIDIER JR., *A nova reforma processual*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87). Não há qualquer sentido em se ajuizar um pleito cautelar preparatório, quando ele pode ser aviado junto com o próprio processo de conhecimento e mesmo executivo. Eventuais dificuldades procedimentais, como a necessidade de justificação, devem ser compatibilizadas pelo espírito aberto do julgador e pela própria imbrincação entre o § 7º do art. 273 e toda a disciplina cautelar condizente com o processo de conhecimento. Ou seja, não há qualquer empecilho quanto à justificação do pleito cautelar nos autos do processo principal. A aparente dificuldade seria tão somente prática e não legal.

Para fins do nosso estudo, de toda forma, resolve-se qualquer dificuldade conceitual quanto à exata natureza satisfativa ou não da tutela dita cautelar quando ela seja postulada e concedida no bojo do processo principal.

Concluímos, pois, que as chamadas cautelares satisfativas surgiram em virtude de uma realidade atípica, em que os anseios por justiça superaram a pureza dos institutos jurídicos, provocando inclusive a atividade do legislador no sentido de corrigir o desvirtuamento (tutela antecipada generalizada). Hoje, porém, elas não têm mais razão de ser, pois constituem-se em verdadeiras excrescências jurídicas, inaceitáveis e desviando a nobre função do processo cautelar, posto que o sistema já equipou-se com um instituto próprio e bem definido que é a tutela antecipatória, capaz de dar azo à correta solução jurídica do problema.

IV A PERDA DE EFICÁCIA DA CAUTELAR

As cautelares conservam sua eficácia durante os trinta dias da sua concessão ou na pendência do processo principal, bem como na suspensão, salvo decisão em contrário, podendo, porém, ser revogadas ou modificadas a todo o tempo (art. 807 do CPC). E são causas de perda de eficácia da

cautelar (art. 808 do CPC) o não ajuizamento da ação principal no prazo de trinta dias (inc. I c.c. 806 do CPC), a sua não execução em trinta dias (inc. II) e a extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito (inc. III). Cumpre consignar que o art. 808 guarda relação estreita com os arts. 806 e 807, todos do Código de Processo Civil.

Cuidando-se de medida provisória, não compactua o ordenamento jurídico com o prolongamento no tempo da eficácia da cautelar à míngua do ajuizamento da lide principal, da inércia do requerente quanto à providência cabível ou do insucesso do processo principal. Com efeito, justifica-se “a existência do prazo, porque, primeiro, as medidas cautelares, em princípio, são provisórias, e, segundo, porque podem importar constrangimento à liberdade de disposição do réu, fatores que impedem permanência indefinida da segurança. Nascidas, em regra, como dependentes e em função de processo principal (art. 796), é justo que se imponha prazo ao aforamento deste, sob pena de decadência da coerção cautelar contra o réu” (GALENO DE LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, pp. 265-266).

A natureza do referido prazo é decadencial, de onde descabida qualquer disposição, suspensão ou prorrogação (GALENO DE LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, p. 273; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 426; art. 182, primeira parte do CPC). E a perda da eficácia, decorrido o trintídio, ocorre de *pleno direito, independente de requerimento* da parte a tal respeito. Efetivamente, “em todos os casos de extinção da relação jurídica processual, a cessação da medida cautelar, inclusive a de alimentos provisionais, é independente do requerimento da parte” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, Tomo 6, p. 555). Também em tal trilhar a inteligência do art. 183 do Código de Processo Civil.

Ocorre, *ex lege*, um entendimento de insubsistência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* da cautelar, caracterizado pela impossibilidade de manutenção de eficácia indefinida da cautelar pena de violação ao devido processo legal e, secundariamente, pela implícita desnecessidade da tutela pelo requerente, na medida em que não ajuizada a ação principal à qual o processo cautelar visava assegurar resultado útil.

Porém, a perda da eficácia da cautelar deve ser vista com reservas. Ela só se dará quando isso, empiricamente, for possível, ou seja, se no plano fático os efeitos da cautelar *puderem simplesmente ser considerados como*

se nunca tivessem existido. Muito a propósito, de se destacar que o “prazo extintivo de eficácia refere-se naturalmente àquelas medidas de caráter restritivo de direitos ou de constrição de bens, pois nos provimentos meramente conservativos (justificações, protestos, interpelações e notificações) e nos de antecipação de provas (vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam*) não tem, como é óbvio, nenhuma influência o prazo do art. 806. Em tais casos, o fato provado ou a pretensão resguardada ou conservada não desaparecem nem se tornam inócuos pelo simples fato de não ser a ação proposta nos trinta dias seguintes à realização da medida preventiva” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 427).

V A PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL DA CAUTELAR PREPARATÓRIA

O interesse processual, condição da ação, é bem definido por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO como a “observação da indispensável suficiência do interesse de agir, conforme exposta acima, levou a doutrina moderna a considerar que a presença do interesse se condiciona à verificação de dois requisitos cumulativos, a saber: *necessidade* concreta da atividade jurisdicional e *adequação* do provimento e do procedimento desejados” (*Execução civil*, p. 403, sendo nossos os destaques).

Ou seja, o interesse processual, uma das três condições da ação (juntamente com a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes), bifurca-se em *necessidade* e *adequação* do provimento e procedimento desejado.

Tais condições devem ser verificadas pelo que afirmado na inicial, abstratamente (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, pp. 368 e ss.; EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 393; RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, p. 51; TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do Processo e da Sentença*, pp. 43. e ss.), nos termos da teoria da asserção (ou da *prospettazione*).

Porém, se os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ocorridos após a propositura da ação, influírem no julgamento, deve o juiz levá-los em consideração, inclusive de ofício, no momento de proferir a sentença (art. 462 do CPC). Com efeito, o “juiz pode e *deve, ex officio*, configurados os pressupostos, levar em consideração a ocorrência

de fato superveniente, pois isso está estabelecido no art. 462” (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 2, p. 658, destaques do original).

Isso se dá, mais especificamente, também com o interesse processual. É saber, conquanto aferível o interesse processual *in status assertionis*, o certo é que fatos ocorridos após a propositura da ação que retirem a constatação da referida condição da ação devem ser considerados para fins de julgamento. Isso deflui da perfeita consonância do art. 267, VI e seu § 3º c.c. 462, ambos do Código de Processo Civil e está sedimentado em jurisprudência⁹.

Ao fenômeno costuma-se dar o nome de “perda do objeto”. Tal expressão há de ser entendida em termos. Isso porque, do ponto de vista da *adequação*, tem-se que *objeto é sinônimo de pedido*, um dos elementos da ação juntamente com as partes e a causa de pedir. Do ponto de vista pragmático, remanesce o pedido ainda que ausente interesse processual na mo-

⁹ “Ementa: Processual Civil. Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Ausência de Interesse de Agir. Fato Superveniente à Impetração.

1. Se, ao ser proferida a sentença, constata-se que o interesse de agir do impetrante desapareceu com a edição de Portaria do órgão competente, retificando o ato que feriu o presumível direito líquido e certo do requerente, a solução correta é a extinção do processo sem julgamento do mérito.

2. Recurso ordinário improvido” (STJ, 2ª T., ROMS 11331-SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 28/10/2002, p. 261).

“Ementa: Processual Civil. Mandado de Segurança. Liquidação Extrajudicial da PREVHAB. Regime de Intervenção. Interventor. Portarias nºs 7.987 e 8.491 de 2000 – Ministério da Previdência e Assistência Social –.

1. Editado atos administrativos posteriores interditando os efeitos do anterior, ensejador da causa de pedir, a modificação superveniente afeta o objeto da impetração e atinge o interesse processual.

2. Divisada a perda de objeto, a extinção do processo é inarredável.

3. Extinção do processo” (STJ, 1ª Seção, MS 7220-DF, rel. Min. Milton Luiz, DJ 23/09/2002, p. 216).

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO. FIM DO PRAZO INTERVENTIVO. ELEIÇÃO DE NOVO PREFEITO. PERDA DE OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra decisão que entendeu que “o interesse do Município de Capitão de Campos/PI não se confunde com o do Sr. Paulo da Silva Andrade, tomando nítida a ilegitimidade ativa do referido município para figurar no presente feito. Acolhida a preliminar de não conhecimento do mandamus e a conseqüente extinção do feito sem julgamento do mérito, ‘ex vi’ do art. 267, IV e VI do CPC”.

2. Em razão da superveniente falta de interesse processual, extingue-se o processo no qual se questiona decreto interventivo não mais vigente, ainda mais quando já eleito novo prefeito para o cargo.

3. Pedido prejudicado, ante a perda de objeto da impetração.

4. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, mantida. Recurso desprovido” (STJ, 1ª T., ROMS 11906-PI, rel. Min. José Delgado, DJ 04/02/2002, p. 290).

“INTERESSE DE AGIR. DESAPARECIMENTO. POSSIBILIDADE DE SER RECONHECIDO DE OFÍCIO, A QUALQUER TEMPO” (STJ, 3ª T., AgRgResp n. 23.563-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 15.9.97, p. 44.372).

dalidade adequação. Tanto mais esse raciocínio quando considerado o enfoque do direito positivo brasileiro, onde pedido é sinônimo de mérito¹⁰. Porém, é uma expressão consagrada na jurisprudência que dificilmente deixará de ser repetida.

Ressalte-se que do ponto de vista da *necessidade* da tutela, a expressão perda do objeto mostra-se adequada, eis que inexistindo lide (no sentido sociológico, ou seja, inexistente pretensão resistida¹¹), não pode haver mesmo pedido ou mérito.

Dá-se, porém, que muitas vezes a cautelar preparatória é ajuizada, sem que se lhe siga o processo principal. Indaga-se: *é de se admitir o processamento por tempo indeterminado da cautelar?*

Definitivamente, a resposta é não.

Como tantas vezes aqui lembrado, a cautelar visa resguardar o resultado útil da ação principal (meramente declaratória, constitutiva, condenatória ou mesmo executiva). Ela não existe isoladamente e por si só. Não pode permanecer tramitando indefinidamente, sem o ajuizamento da principal. E o motivo é simples, a alegada situação de periclitância, calçada na necessidade imediata de uma tutela cautelar de urgência visando resguardar a eficácia do processo principal que em seguida seria ajuizado, perdeu a força. A não propositura da ação principal retira a presença do interesse processual, mais precisamente da necessidade da tutela jurisdicional.

Não tem como o requerente querer ver assegurado um resultado útil que não está sendo buscado por meio da discussão da lide (conhecimento) ou da sua efetivação (execução). Como se preleciona, não “se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado um outro processo, posto que as medidas preventivas são *insatisfativas*, mas apenas *preservativas* de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil” (cfr. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 363).

¹⁰ “De tudo quanto se disse, fica fácil inferir também que o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito, com a dos processualistas que investigam acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só e a busca do objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito do *mérito*. Para a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, é a lide que constituiu objeto do processo, na medida em que ela declara entender que a *lide* é o mérito. Para quem vê-la na demanda o objeto do processo, é nela que reside o *meritum causae*” (Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, Tomo I, p. 239, sendo os destaques do original).

¹¹ Francesco Carnelutti, *Instituições do processo civil*, vol. I, p. 78.

Ocorre, portanto, considerado o longo tempo de processamento, carência superveniente de ação, acarretada pela desnecessidade da tutela jurisdicional (espécie de interesse processual), confortada na conjugação dos arts. 267 c.c. 462 do Código de Processo Civil.

Evidentemente que isso não atinge aquelas medidas de caráter conservativo ou de antecipação de provas, onde não se dá desaparecimento ou inocuidade pelo não ajuizamento da ação principal.

Aliás, percebe-se que uma cautelar em andamento por longo tempo sem que seguida do ajuizamento da ação principal aponta uma pretensão e uma eventual tutela nela concedida que, por desacompanhada do seu principal, constitui-se em malferidora do devido processo legal. *Como o requerido poderá defender-se, sem que o feito principal seja ajuizado?*

Importante ressaltar, por mais óbvio que seja: a perda superveniente de interesse processual só pode dar-se quando ainda em curso o processo cautelar. Se já houve decisão definitiva, aí será o caso de perda de eficácia da cautelar (art. 808 do CPC).

Cumprе consignar que ao longo da nossa breve experiência judicante de cerca de um lustro, adotamos a tese ora defendida (tanto na Justiça Estadual de São Paulo quanto agora na Justiça Federal) e do universo de processos extintos por superveniência de ausência de interesse processual no máximo 10% foram alvo de recursos.

VI DISTINÇÕES ENTRE A PERDA DA EFICÁCIA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Não custa lembrar que os dois fenômenos, *ausência superveniente de interesse processual e perda da eficácia da cautelar*, embora causados pelo decurso do tempo, não guardam além disso qualquer relação.

Aquela decorre do juízo de admissibilidade a que todas as causas estão sujeitas, a fim de viabilizar o enfrentamento do mérito. É saber, o interesse processual, juntamente com os pressupostos processuais e as demais condições da ação (legitimidade e possibilidade jurídica do pedido), constituem-se nas condições gerais de admissibilidade da causa.

Já a última não tem qualquer intimidade com a admissibilidade da tutela cautelar, mas sim com sua nota de instrumentabilidade para com o processo principal. Não é uma relação de cunho admissional e estritamente processual, mas dizente à própria eficácia do processo cautelar. Ou seja, a

tutela cautelar somente subsiste *se et in quantum* seguir-se o ajuizamento do processo principal que visa assegurar.

VII POR QUE NÃO O CASO DE SE ENTENDEREM AUSENTES OS REQUISITOS DA CAUTELAR?

Chegamos, enfim, à parte mais difícil do ensaio. Seguindo-se ao apartamento das noções de *ausência superveniente de interesse processual e perda da eficácia da cautelar*, temos que justificar o entendimento novo representado por aquele, quando o seu mote justificador (tempo) também se presta à fundamentação do segundo o que, em última *ratio*, resolveria o problema concreto (existência de um processo cautelar instrumental sem o processo que lhe garantiria tal marca).

Realmente, em um primeiro momento poder-se-ia dizer que ausente o *fumus boni iuris*, sendo o caso de julgamento antecipado de improcedência do próprio pedido cautelar. Ocorre que o requisito referido é independente do fator tempo. Com efeito, ele, enquanto pressuposto para a tutela cautelar, caso presente, independe do momento da averiguação. Tanto mais assenta isso o fato de a inércia da parte em promover a ação principal retira a possibilidade de uma correta apreciação sobre a presença ou não do *fumus boni iuris*.

Não custa registrar, forte em KARL ENGISCH que a “verdade é que toda ciência tem de se defrontar com dificuldades. O importante e decisivo é saber se, em princípio, a procura da ‘verdade’ tem sentido e promete êxito” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 205).

O tempo, no processo, é talvez, o fator que mais vem influenciando seu desenvolvimento. A sua influência negativa (tempo retardado) informou a criação de mecanismos de aceleração da tutela jurisdicional (como as tutelas de urgência) e mesmo a formulação de princípios jurídicos, como o da tempestividade da tutela¹².

Se o tempo é importante, se processo é resultado e visa coibir ausência de harmonia social, é necessário que sob tais pálios a tutela jurisdicional seja interpretada, posto que do contrário vira fim e não instrumento. Nada mais, nada menos.

¹² Sobre o qual já nos debruçamos em outros estudos: *A realização pecuniária contra a fazenda pública, seu panorama atual e as novidades da Emenda Constitucional 30/00, passim; A tutela antecipada e a Fazenda Pública, passim*.

Em tese, a perda da eficácia da cautelar pode se dar com relação à decisão interlocutória ou mesmo à sentença. *Sob o ponto de vista ora perpetrado, temos que o fator decurso do tempo retira a necessidade da tutela jurisdicional cautelar desde que o processo ainda não tenha decisão definitiva.* Se já tiver sentença, como adiantado, a hipótese é de perda de eficácia da cautelar.

Outrossim, pode ser que a cautelar não tenha sido deferida liminarmente ou antes da sentença, o que não deixa de garantir, tal como se tivesse sido, que o longo decurso do tempo retire necessidade da tutela jurisdicional.

Vem então, o assunto derradeiro, a premência de dar a noção de “longo tempo de processamento” como bastante à superveniência da necessidade da tutela jurisdicional. A expressão é de ser mesmo um conceito indeterminado, a ser analisado pelo julgador no caso concreto. A saber, indeterminados são aqueles conceitos cujo “conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (KARL ENGISCH, *Introdução...*p. 208).

Avulta-nos que próprio direito positivo dá a solução, a partir dos arts. 806 a 808 do Código de Processo Civil. Efetivamente, trinta dias é o mínimo do que se pode entender com o longo tempo de processamento. De toda sorte, a título de exemplificação, *o ideal é aguardar-se o curso da fase inicial postulatória cautelar.* Ou seja, citação, resposta, oitiva do requerente nos termos do art. 327 do Código de Processo Civil, instamento em provas e conclusão para saneamento. Isso porque a praxe forense demonstra que tal *iter*, pelo volume excessivo de causas, não se ultima antes de sessenta dias.

VIII PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

1) a tutela cautelar tem cunho meramente instrumental, de modo a garantir a eficácia de um processo principal por vir, a saber de conhecimento ou de execução;

2) como regra geral, a própria utilização da expressão *cautelar satisfativa é uma junção processualmente inconciliável*, uma vez que se é cautelar, não é satisfativa, e se é satisfativa, não pode ser cautelar;

3) a perda da eficácia da cautelar ocorre *ex lege* (art. 808 do CPC), entendendo-se a insubsistência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* da cautelar, caracterizada pela impossibilidade de manuten-

ção de eficácia indefinida da cautelar pena de violação ao devido processo legal e, secundariamente, pela implícita desnecessidade da tutela pelo requerente, na medida em que não ajuizada a ação principal à qual o processo cautelar visava assegurar resultado útil;

4) a perda da eficácia da cautelar só se dará quando isso, empiricamente, for possível, ou seja, se no plano fático os efeitos da cautelar *puderem simplesmente ser considerados como se nunca tivessem existido* (provements meramente conservativos e de antecipação de provas);

5) dando-se longo tempo de processamento da cautelar sem ajuizamento da ação principal, ocorre carência superveniente de ação, acarretada pela desnecessidade da tutela jurisdicional (espécie de interesse processual), confortada na conjugação dos arts. 267 c.c. 462 do Código de Processo Civil;

6) a *ausência superveniente de interesse processual e perda da eficácia da cautelar*, embora causados pelo decurso do tempo, não guardam além disso qualquer relação. Aquela decorre do juízo de admissibilidade a que todas as causas estão sujeitas, a fim de viabilizar o enfrentamento do mérito. Já a última não tem qualquer intimidade com a admissibilidade da tutela cautelar, mas sim com sua nota de instrumentabilidade para com o processo principal. Não é uma relação de cunho admissional e estritamente processual, mas dizente à própria eficácia do processo cautelar;

7) se o tempo é importante e se processo é resultado e visa coibir ausência de harmonia social, é necessário que sob tais pálios ela seja interpretado, posto que do contrário vira fim e não instrumento. Nada mais, nada menos;

8) em tese, a perda da eficácia da cautelar pode se dar com relação à decisão interlocutória ou mesmo à sentença. Sob o ponto de vista ora perpetrado, temos que o fator decurso do tempo retira a necessidade da tutela jurisdicional cautelar desde que o processo ainda não tenha decisão definitiva. Se já tiver a hipótese é de perda de eficácia da cautelar;

9) em tese, a perda da eficácia da cautelar pode se dar com relação à decisão interlocutória ou mesmo à sentença. *O fator decurso do tempo retira a necessidade da tutela jurisdicional cautelar desde que o processo ainda não tenha decisão definitiva*. Se já tiver sentença, como adiantado, a hipótese é de perda de eficácia da cautelar;

10) pode ser que a liminar não tenha sido deferida liminarmente ou até a sentença, o que não deixa de garantir, tal como se tivesse sido, que o longo decurso do tempo retire necessidade da tutela jurisdicional;

11) a expressão “longo tempo de processamento” é um conceito indeterminado, a ser analisado pelo julgador no caso concreto. A partir do direito positivo (arts. 806 a 808 do C PC) trinta dias é o mínimo do que se pode entender com o longo tempo de processamento;

12) de toda sorte *o ideal é aguardar-se o curso da fase inicial postulatória cautelar*. Ou seja, citação, resposta, oitiva do requerente nos termos do art. 327 do Código de Processo Civil, instamento em provas e conclusão para saneamento. Isso porque a praxe forense demonstra que tal *iter*, pelo volume excessivo de causas, não se ultima antes de sessenta dias.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 110: pp. 37-71, abril/junho de 2003.

_____. A realização pecuniária contra a fazenda pública, seu panorama atual e as novidades da Emenda Constitucional 30/00. *In: Arruda Alvim Wambier, Tereza (coord.); Shimura, Sérgio (coord.). Processo de Execução*. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. Vol. II, tomo I, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1, 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. *Manual de direito processual civil*. Vol. 2, 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II, 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. 1, trad. Adrián Sotero De Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Execução civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. São Paulo: RT, 1999.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VIII, Tomo I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VIII, Tomo II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LOPES, João Batista. Tutela Antecipada e o Art. 273 do código de processo civil. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Tomo 6, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASSOS, J. J. Calmon. Até quando abusarás, ó Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 79: pp. 227 e ss., outubro/novembro de 1993.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n°. 110: pp. 72-94, abril/junho de 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª. ed., São Paulo: RT, 1998.