

PLENITUDE DE DEFESA NO PROCESSO CAUTELAR

Adriana Jesus GUILHEN*

I. HISTÓRICO

O processo cautelar teve suas primeiras manifestações no arresto pessoal do devedor fugitivo ou suspeito de fuga, do direito medieval europeu, assim como nas providências conservativo-executivas do direito romano, sendo introduzido inicialmente no direito alemão e posteriormente na Itália. Todavia, estas medidas não possuíam a concepção do processo cautelar atual, ou seja, como uma forma específica de jurisdição.

Apenas no século XVI as concepções romanas sobre a figura do arresto passaram a ter tratamento sistemático, como espécie de tutela cautelar. Assim, a origem do processo cautelar atual advém de uma lenta evolução, sem ser possível determinar um período histórico ou uma determinada origem como marco de seu surgimento.

O processo cautelar, em sua atual concepção processual, teve seus primeiros passos na doutrina

alemã, sendo que foi na doutrina italiana do século passado que surgiu esta terceira espécie, entre o processo de cognição e o de execução.

No direito português, o arresto como medida de segurança passou a ser disciplinado no Código Afonsino, de 1446, porém, conservando a concepção primitiva de medida de coerção pessoal, como meio de assegurar a presença do réu aos atos do processo, no caso deste ser pessoa suspeita, quando o réu não quisesse dar garantia ou não houvesse apreensão de bens capazes de assegurar futura execução e, ainda, para concessão do arresto deveria o magistrado ter conhecimento sumário do caso¹.

As Ordenações Manuelinas do século XVI copiaram a regra anterior que foi transportada às Ordenações Filipinas, que teve sua vigência transportada para o Brasil até o advento do Regulamento 737, editado em 25 de novembro de 1850, quando o embargo ou arresto passou a ser tratado no art. 321² do Regula-

^(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP). Advogada. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário de São José do Rio Preto (UNIRP).

⁽¹⁾ **Livro 3º, Título 25:** "2. E se algum homem demandar outro por alguma contia de dinheiro, ou qualquer outra cantidade, e o demandado fosse pessoa sospeita, que não possuise bées de raiz, nem tivesse fazenda de bées movees, que valesse tanto quanto a dia contia, ou quantidade demandada, porque razoadamente se tolhesse a sospeita de sua ausencia, ou fugida, em tal caso deve o dito julgador mandar ao dito Reo, que satisdê com pinhoes abastantes, ou fiadores, de estar a Juizo na dita contenda, até que finalmente seja determinada; e em outra guisa deve fazer socresto em qualquer cousa sua, onde quer que achada for, que valha outro tanto como a cousa demandada; e nom lhe sendo achada tal cousa sua, nem querendo elle satisdar em Juizo, se lhe parecer que ei he tal pessoa, que ligeiramente se poderá auzentar pera outra parte por seu delle não fazer direito, deve-o mandar prêder, ou entregar a fiadores idonios, que o apresentem a todo tempo em Juizo que requeridos forem, tomando primeiramente este Julgador sobre ello algum somario conhecimento, per que ao menos se mostre comjenturadamente o dito Reo ser obrigado ao que lhe he demandado."

⁽²⁾ **Art. 321.** O Embargo ou arresto tem lugar:

§ 1º Nos casos expressos no Código, arts. 239, 379, 527, 619 e outros;

§ 2º Quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou vender os bens que possui ou não paga a obrigação no tempo estipulado;

§ 3º Quando o devedor domiciliário: 1º, intenta ausentar-se furtivamente, ou muda de domicílio sem ciência dos credores; 2º, quando muda de estado, faltando aos seus pagamentos e tentando alienar os bens que possui, ou contraindo dívidas extraordinárias, ou pondo os bens em nome de terceiro, ou cometendo algum outro artifício fraudulento;

§ 4º Quando o devedor possuidor de bens de raiz intenta aliená-los ou hipotecá-los sem ficar com algum ou alguns equivalentes às dívidas, livres e desembaraçados;

§ 5º Quando o devedor comerciante cessa os seus pagamentos e se não apresenta; intenta ausentar-se furtivamente ou desviar todo ou parte de seu ativo; fecha ou abandona o seu estabelecimento; oculta seus efeitos e móveis de casa; procede a liquidações precipitadas; põe os bens em nome de terceiros, contraí dívidas extraordinárias ou simuladas."

mento imperial, com maior preocupação com a pretensão de segurança e, conseqüentemente, maior relevância ao elemento cautelar.

Revogadas as Ordenações do Reino, o Regulamento 737 foi substituído pela Constituição de Ribas, promulgada pelo Governo Imperial em 28 de dezembro de 1875, que trazia pouca novidade a respeito da regulação do arresto, mas várias situações de cunho cautelar. Por exemplo, o seu art. 901 possibilitava o processamento da justificação prévia sem a ciência do demandado; o art. 906, 2ª parte, permitia ao juiz incompetente o conhecimento da medida em caso de urgência, ou seja, em situação de perigo de demora; por sua vez, o art. 907 previa até mesmo a possibilidade de liquidação prévia dos créditos ilíquidos constantes de documentos, possibilitando posterior arresto, que vinha disposto nos arts. 896 e 898³.

Em 18 de setembro de 1939 foi promulgado pelo Decreto-lei nº 1.608, o nosso primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, que passou a vigorar a partir de 1º de fevereiro do ano seguinte. Neste diploma legal, a respeito do arresto, havia apenas o dispositivo do inciso I, do art. 676 que afirmava: “a medida preventiva poderia consistir no arresto de bens do devedor” e o art. 681, “que conservava a necessidade de prova literal de dívida líquida e certa, para concessão do arresto”.⁴

Assim, passamos do apego à letra da lei da legislação imperial à indeterminação dos pressupostos do arresto, onde, de acordo com o art. 675, satisfeita a exigência do art. 681, poderia o juiz conceder o arresto “quando, antes da decisão, fosse provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes”; sendo que esta concepção legal passou a ser denominada de poder geral de cautela, remontando à doutrina de *Chiovenda*.

No século XIX, o posicionamento dos juristas luso-brasileiros refletiam o compromisso entre o direito positivo e as propostas sobre as quais estavam inclinados os juristas quanto a relatividade do conceito de ação, particularmente *Calamandrei*. Aliás, foi este

processualista italiano, juntamente com *Chiovenda* e *Carnelutti*, que constituíram a dogmática do processo cautelar no âmbito de prevenção da função jurisdicional, como hoje se apresenta.

Chiovenda considera as medidas cautelares como ação asseguradora, fundada nas necessidades da tutela do direito, sendo “a medida provisória correspondente à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico”.⁵ Porém, esta visão de *Chiovenda* não é exauriente, pois para conceituar a medida cautelar ele não ligou à condição de receio de dano o perigo da demora, sendo que há várias outras medidas que não se enquadram como cautelar a serem utilizadas no processo a fim de evitar o dano jurídico.

Calamandrei avançou na visão do processo cautelar ao consagrar a sua instrumentalidade, afirmando que as cautelares não constituem um fim em si mesmas, pois elas visam assegurar preventivamente o resultado prático de posterior providência definitiva, havendo uma relação de subsidiariedade entre o processo cautelar e o processo principal. Por outro lado, este doutrinador não coloca o processo cautelar no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução, definindo as medidas cautelares não na sua qualidade, ou seja, quanto à natureza declarativa ou executiva, mas na sua finalidade, que é a antecipação dos efeitos da providência principal.

Carnelutti tem a visão mais avançada quanto à medida cautelar, entendendo “que sua finalidade é assegurar o equilíbrio inicial das partes, isto é, a tutela cautelar destina-se a evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa derivar da duração do processo”⁶.

Este processualista ainda posicionou o processo cautelar ao lado dos processos de conhecimento e de execução, dando-lhe a função de realizar um dos fins da jurisdição, que é a prevenção, colocando o processo cautelar como meio de realização de uma tutela jurisdicional útil e eficaz.

(3) “Art. 896. Pendente a demanda sobre coisa móvel, seja a ação real ou pessoal, se o réu não possuir bens de raiz seus, que valham tanto como a coisa demandada, poderá o Juiz, a requerimento do autor, constrangê-lo a satisfazer com penhores ou fiadores idôneos, de sorte que, quando a coisa seja julgada ao autor, possa a sentença ser executada sem detença ou dificuldade”.

“Art. 898. Se a demanda versar sobre quantia em dinheiro ou outra qualquer quantidade, poderá o autor requerer, do mesmo modo, a satisfação ou seqüestro de valores equivalentes, se o réu não possuir bens seus móveis ou imóveis, livres e desembaraçados suficientes para a segurança da dívida de sorte que razoavelmente se tenha a suspeita de sua fuga”.

(4) SILVA, Ovídio A. Baptista da. Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo, p. 36.

(5) THEODORO JÚNIOR. Humberto. Processo Cautelar, p. 50.

(6) Ibid., p. 52.

II. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CAUTELAR

O direito de ação, resguardado constitucionalmente, é o direito ao devido processo legal, que tem por fim eliminar os litígios e pacificar, através da atividade jurisdicional, fazendo atuar a vontade da lei. Juntamente com o direito de ação, a Constituição Federal assegura o contraditório, que visa a participação de todos os sujeitos da relação processual durante o curso do processo, possibilitando a influência equânime de todas as pessoas envolvidas diretamente na lide no seu resultado final, buscando a igualdade entre as partes, que constitui o fundamento de todos os princípios constitucionais do processo, ou seja, a paridade de armas, dando chances equivalentes das partes fazerem suas alegações e provas necessárias ao reconhecimento do direito deduzido.

Assim, o direito de ação compreende o direito ao contraditório, enquanto que este tem como um de seus componentes o direito à ampla defesa. O contraditório é pressuposto do direito de defesa, enquanto que o direito de defesa, do ponto de vista da garantia das partes, é condição para realização do contraditório.

A doutrina clássica preocupada com o valor segurança e com a devida observação dos preceitos constitucionais, optou pela utilização de um procedimento ordinário, de cognição plena e exauriente.

A demora da entrega da tutela jurisdicional e da inadequação do procedimento ordinário quanto a solução de conflitos emergenciais, fez com que fossem adotadas as tutelas de urgência, mais adequadas às novas necessidades do plano do direito material e à realidade social e jurídica, que necessitam de soluções urgentes, capazes de solucionar os conflitos de plano.

A garantia do acesso à justiça não se limita a assegurar formalmente o direito de invocar a tutela jurisdicional. A entrega desta tutela jurisdicional deve ser em tempo razoável, para que o resultado do processo seja eficaz à realização do direito material em favor de seu titular, para que seja possível o requerente usufruir de seus efeitos práticos. Este é o efetivo acesso à justiça. Se a entrega da tutela jurisdicional for morosa haverá comprometimento dos escopos jurídico e social do processo.

Por outro lado, é lógico que a adoção destas tutelas urgentes não podem trazer sacrifícios ao réu, devendo ser mantida a observância quanto aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. “A tutela sumária em favor do autor, sem cognição adequada e contraditório pleno, pode gerar soluções injustas e lesivas à esfera jurídica do réu.”⁷

Deve-se buscar a situação de equilíbrio entre os interessados, harmonizando os dois valores do processo: por um lado a agilidade esperada à efetividade da tutela em favor do autor e, por outro lado, a cognição necessária para um mínimo de certeza quanto a justiça da decisão do conflito. Esta ponderação dos valores dos bens em questão nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, no processo cautelar, a ciência do demandado quanto à existência de uma ação em face dele ajuizada e, conseqüentemente, o início da fluência do prazo para apresentação da defesa, é imposição que surge como conseqüência do princípio do contraditório; sendo que a exigência da ciência efetiva da existência da demanda e o direito de resposta decorrem do princípio do devido processo legal, que é a garantia do processo justo determinada pelo Constituição Federal.

Com a concessão da liminar *inaudita altera parte* não há a supressão do princípio do contraditório, ele apenas é diferido para outro momento do procedimento. A adoção desta técnica excepcional se justifica em função das circunstâncias inerentes ao direito material, vez que em determinadas situações a ciência da parte adversa, quanto a determinados atos processuais ou a demora na efetivação da medida solicitada pelo autor, pode ocasionar a ineficácia da atividade jurisdicional, ofendendo o princípio da paridade das partes no processo, quando o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar.

A liminar concedida é sumária e provisória, não havendo de se falar em lesão ao princípio do contraditório. “A provisoriedade da liminar permite que o réu apresente defesa e recurso contra o seu deferimento. A postergação do contraditório é legítima, pois atende ao um princípio merecedor de atenção, isto é, à efetividade do direito de ação”.⁸

Quando pela natureza e finalidade do provimento jurisdicional há necessidade da concessão

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência, p. 379.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, p. 237.

de liminar *inaudita altera parte*, não há transgressão ao direito do contraditório, vez que, de acordo com Nelson Nery Junior:

Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo.⁹

Ademais, o princípio da efetividade do acesso à justiça não se restringe a assegurar um resultado efetivo apenas ao autor, vez que a efetividade não pode ser fundada em um valor absoluto. As condições de todos os envolvidos na relação jurídica, em princípio, devem ser protegidas, devendo haver um equilíbrio entre os interesses opostos e contraditórios, a fim de que a solução do conflito seja benéfica ao titular do direito material merecedor da tutela jurisdicional.

O processo deve ser o instrumento efetivo de garantia das pessoas. Como não é possível um sistema processual que resguarde as garantias de apenas uma das partes da relação processual, há de sempre ser aplicado o princípio do contraditório efetivo e equilibrado.

III. A DEFESA NO PROCESSO CAUTELAR

Diante do princípio constitucional da ampla defesa, assim como em todos os processos contenciosos, também no processo cautelar devemos aplicar o princípio do contraditório, não podendo o julgador decidir sem ouvir ambas as partes.

Este preceito vem consagrado no Código de Processo Civil, no *caput* do art. 802 que determina: “O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.”.

O legislador não foi feliz na regulamentação do procedimento cautelar comum, o tema foi tratado sem a clareza necessária, cabendo ao intérprete encontrar delimitação do sistema a ser observado, sendo que diante

das lacunas encontradas é necessária a aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento.

Assim, ao determinar o artigo supra mencionado que o requerido deve ser citado para contestar “qualquer que seja o procedimento cautelar”, independentemente de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, é certo que esta regra é geral, devendo ser aplicada tanto no procedimento cautelar comum estabelecido nos arts. 800 a 812, como nos procedimentos cautelares especiais e atípicos.

Há exceção quanto à apresentação da contestação nos casos das cautelares nomimadas de protestos, notificações e interpelações (art. 871), no protesto e apreensão de título (art. 882) e na justificação (art. 865), pois estas hipóteses não representam verdadeiramente ações cautelares, mas constituem procedimentos conservativos.

Por seu turno, apesar de o art. 802 falar, textualmente, em “contestação”, é entendimento pacífico da doutrina, a possibilidade de outra modalidade de resposta: a exceção (de impedimento, de suspeição ou de incompetência), porém não é admitido o oferecimento de reconvenção.

IV. PRAZO PARA DEFESA

De acordo com a regra constante no *caput* do art. 802, do CPC, o prazo para contestação na ação cautelar é de 5 (cinco) dias, tanto para procedimento cautelar comum quanto para os procedimentos específicos e atípicos.

Por seu turno, o parágrafo único de sobredito artigo estabelece duas hipóteses de contagem deste prazo: “Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I – de citação devidamente cumprido; II – da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

Na primeira hipótese devemos seguir a regra do processo de conhecimento, que não oferece dificuldades ou incompreensões, devendo a citação do réu ser ordenada de imediato e a contagem do prazo de cinco dias para contestação ter seu início com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, consoante determina o art. 241 do CPC.

No caso da segunda hipótese, ou seja, quando é concedida a liminar *inaudita altera parte*, não basta apenas a juntada do mandado devidamente cumprido, referente à execução da medida cautelar, quando

⁽⁹⁾ In Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 149.

concedida liminarmente ou após justificação prévia, vez que consoante o art. 802 a citação é sempre obrigatória.

Diante da indispensável citação do réu, exigência que surge como corolário do princípio do contraditório, neste caso, após a execução da medida cautelar deve ser realizada a sua intimação, para que o prazo de resposta comece a fluir, pois são frequentes “os casos em que a medida cautelar é concedida e executada sem que o réu tenha conhecimento da própria existência da ação”.¹⁰

Executada a providência concedida *in limine litis*, conforme preceitua o art. 811, II, do CPC, cabe ao autor “promover a citação o requerido dentro em 5 (cinco) dias”, caso contrário poderá o requerente responder ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida cautelar. Ainda, “como se verifica com a leitura deste dispositivo, efetivada a medida concedida *inaudita altera parte*, e não sendo o demandado citado em cinco dias, a medida perderá sua eficácia”.¹¹

Na prática, podemos perceber que a intimação da efetivação da medida faça as vezes da citação, pois, ao ser deferida a liminar é determinada a execução da providência e a citação do réu, sendo que estes atos processuais são realizados em sucessão imediata: inicialmente é cumprida a medida preventiva e, em seguida, a citação do réu, até mesmo, normalmente, num mesmo mandado. Porém, para que isto ocorra, é necessário que constem do mandado de intimação todos os requisitos exigidos à formalização da citação, como a cópia ou transcrição do inteiro teor da petição inicial.

No caso de justificação prévia, com a citação do réu para acompanhá-la, se houver decisão em audiência quanto à concessão da liminar ou não, o requerido é intimado na própria audiência, passando a fluir o prazo para contestar. Por outro lado, se a decisão for tomada posteriormente, a partir da intimação do requerido, que normalmente é realizada na pessoa de seu advogado, quanto a decisão pela concessão ou não da liminar é que passa a contar o prazo para defesa.

Quanto às exceções processuais: exceção de incompetência, suspeição ou impedimento, não há previsão de prazo para suas arguições, devendo o réu suscitar-las no prazo de contestação, assim como no processo de conhecimento.

Por fim, devemos analisar uma outra situação fática possível. Pode ocorrer do demandado ser citado

logo após a concessão da liminar *inaudita altera parte*, mas antes de sua efetivação. Nesta situação o prazo para oferecimento de resposta não fluirá a partir da juntada do mandado de citação devidamente cumprido, mas da juntada do mandado de efetivação da medida cautelar, vez que a regra do inciso II deve prevalecer sobre o inciso I, do parágrafo único, do art. 802 do CPC e, conseqüentemente, haverá um favorecimento ao demandado, pois o prazo para oferecimento de resposta acabará sendo ampliado.

V. LIMITES DA DEFESA

No processo cautelar não são admitidas a reconvenção e a ação declaratória incidental, devendo a resposta do requerido limitar-se a simples contestação, incluindo nesta as defesas processuais e a de mérito, além da indicação das provas que pretende produzir (art. 802, *caput*), e das exceções substanciais constantes do art. 326 do Código de Processo Civil, referentes a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido, além das exceções de incompetência, impedimento e suspeição (arts. 304 a 314 CPC), que serão processadas em apenso aos autos do processo cautelar, que ficará suspenso até que a exceção seja definitivamente julgada.

Ademais, a defesa de mérito no processo cautelar deve observar as formalidades e requisitos dos arts. 300 a 303 e versar apenas sobre o mérito da própria cautelar, ou seja, a demonstração da inexistência do *fumus boni iuris* ou da iminência de dano irreparável, porém, esta limitação não impede ao réu alegar eventuais defesas que já suscitou ou que poderá suscitar na contestação da ação principal, dependendo se a cautelar for incidental ou preparatória.

Pode o réu, também em sua contestação apresentar as preliminares previstas no art. 301, com as necessárias adaptações, com exceção quanto ao compromisso arbitral (art. 301, IX), pois o contrato arbitral não pode impedir a parte de socorrer-se à providência cautelar, vez que “nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.¹² Porém, o julgamento favorável ao requerido quanto a estas alegações em nada influenciará no processo principal, seja este de conhecimento ou de execução, com exceção dos casos

⁽¹⁰⁾ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 3, p. 136.

⁽¹¹⁾ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. III, p. 65.

⁽¹²⁾ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII – Tomo I, p. 232.

de reconhecimento de prescrição ou decadência, conforme o art. 810.

Concedida a medida cautelar *inaudita altera parte*, quando o réu é citado, normalmente já houve a efetivação da medida, no entanto, pode o mesmo requerer na contestação a cassação da medida, devido o caráter de provisoriedade da medida cautelar.

Apesar de o requerido poder valer-se de alegações em sua defesa na ação cautelar que também serão suscitadas na ação principal, por parte do julgador, esta extensão não pode ser utilizada para um julgamento análogo da ação cautelar e da ação principal, devendo as defesas correspondentes à ação principal servirem apenas como alegações e provas tendentes a demonstrar a inexistência do *fumus boni iuris* ou da iminência de dano irreparável, com o fim precípua de se obter uma sentença de improcedência da ação cautelar, pelo fato de o autor não ter comprovado suficientemente seu bom direito, ficando o mérito da ação cautelar circunscrito à prova de verossimilhança do direito invocado pelo autor.

Quanto à reconvenção, esta não é admitida no processo cautelar, vez que este não se destina a discutir o mérito da controvérsia, assim, não há direito material por parte do réu a opor por via reconvenicional. Porém, na própria contestação pode o requerido pleitear medida de contracautela, sob forma de caução, ou a substituição da providência concedida por outra.

VI. EFEITOS DA REVELIA

A regra referente à revelia no processo cautelar está prevista no art. 803: “Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias”. Analisando este preceito verificamos que o legislador adotou para o processo cautelar a mesma disciplina sobre os efeitos da revelia estabelecida no processo de conhecimento.

Quanto à previsão estabelecida no art. 803, de que os fatos alegados pelo autor, na ocorrência da revelia, devem ser presumidos como verdadeiros ultrapassa os limites da jurisdição cautelar, onde os valores verdadeiros ou falsos não devem ser

considerados, cabendo ao julgamento da ação cautelar limitar-se à declaração de verossimilhança dos fatos.

Ademais, a sumariedade do processo cautelar impede uma cognição exauriente, possibilitando apenas a cognição superficial devido à situação de urgência que se apresenta, eximindo o julgador de examinar o mérito com a mesma profundidade que o processo de conhecimento exige, de modo que a regra contida no art. 803 traz para o processo cautelar uma consequência do processo de conhecimento que para este é completamente supérflua, conforme esclarece-nos Ovídio A. Batista da Silva:

A única maneira de harmonizar a norma do art. 803 com os princípios que dominam o procedimento cautelar será considerá-la aplicável apenas ao respectivo procedimento cautelar em que se tenha dado a revelia, de modo que a presunção de veracidade dos fatos emergentes da revelia não se transfira para a ação principal. Esta foi a solução preconizada por J. J. CALMON DE PASSOS (ob. cit., p. 166) e que o Simpósio de Curitiba tentou contornar, ao dizer, em sua conclusão LXVII, que a “regra do art. 803 diz respeito apenas aos fatos relativos ao próprio procedimento cautelar” (Ajuris 6/155), sem contudo resolver a questão da eventual identidade de *fatos controvertidos* na causa principal e tornados *verdadeiros* na demanda cautelar incidente.¹³

VII. AGRAVO DE INSTRUMENTO

No sistema processual brasileiro vigente não há tratamento recursal diferenciado para decisões de matérias meramente processuais e para decisões sumárias que decidem sobre a matéria de mérito. O que determina o recurso cabível contra uma decisão de órgão monocrático é o fato dela encerrar o processo em primeiro grau de jurisdição ou não, sem a necessidade de averiguarmos qual o seu conteúdo. Contra a decisão que encerra a relação processual perante o juiz de primeiro grau, o recurso cabível é a apelação¹⁴, enquanto que, contra a decisão que não encerra a relação processual, denominada decisão interlocutória, é cabível o agravo de instrumento¹⁵. Assim, contra a decisão que

⁽¹³⁾ In Curso de Processo Civil. Vol. 3, p. 140.

⁽¹⁴⁾ Art. 513: “Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”.

⁽¹⁵⁾ Art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento”.

concede ou nega a liminar na medida cautelar, em primeiro grau, caberá agravo de instrumento, a ser interposto no prazo de dez dias após a intimação do ato decisório.

No caso de decretação da liminar pode o réu como parte prejudicada interpor agravo de instrumento com fulcro no art. 522 do CPC, e até mesmo requerer que lhe seja atribuído o efeito suspensivo, nos casos de risco de lesão grave e de difícil reparação, conforme autoriza o art. 527, III¹⁶ combinado com o art. 558¹⁷, ambos do CPC.

Quanto ao agravo retido entendemos que este não é pertinente para o caso em tela, porque na situação o agravante não teria interesse recursal, pois ele depende de uma concessão imediata da liminar, enquanto que este recurso não lhe traria utilidade, vez que só seria analisado após a sentença de mérito, quando reiterado em eventual apelação.

Podemos considerar como exceção a esta regra a possibilidade da interposição do agravo retido pelo réu no caso da concessão da liminar não lhe trazer risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, se não houver para o demandado o *periculum in mora*, pois se interposto o agravo de instrumento, este poderá ser convertido em agravo retido, com fulcro no art. 527, II, CPC.

Outra questão relevante é a necessidade de aplicação do princípio do contraditório no agravo. Há decisões jurisprudenciais¹⁸ considerando dispensável o contraditório no agravo de instrumento quando este recurso é interposto contra decisão que denega a concessão da liminar *inaudita altera parte*. Este entendimento justifica-se pelo fato de que a ciência ao agravado quanto à interposição do recurso é realizada através de intimação na pessoa de seu advogado, sendo certo que neste caso como o réu ainda não foi citado, não terá constituído um advogado e, ainda, de que como se trata de medida de urgência a sua análise não poderia depender do decurso do prazo para resposta da parte contrária.

Porém estas justificativas não são plausíveis, a falta de intimação do agravado ofende não só o princípio do contraditório, mas também o da ampla defesa e o da isonomia, pois com o eventual provimento do agravo de instrumento interposto pelo autor, este conseguirá reverter à situação que lhe era desfavorável. Por seu turno, o réu ficará desprovido de recurso que possibilite a devolução ampla da decisão, pois só caber-lhe-á os embargos de declaração e os recursos especial e extraordinário, os quais ainda exigem o preenchimento do requisito do prequestionamento, ou seja, a necessidade do acórdão ter enfrentado questão federal ou constitucional, o que não é possível vez que o agravado não teve possibilidade de suscitar tais prequestionamentos por até então não ter participado da relação processual.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino. *Prática no Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2002.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII – Tomo I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

⁽¹⁶⁾ **Art. 527:** “Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo desta decisão ao órgão colegiado competente; III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;”

⁽¹⁷⁾ **Art. 558:** “O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.”

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. Campinas: Millenium Ed., 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Doutrina e Prática do Arresto ou Embargo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, 33ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 19ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arrua Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.