

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em

Direito Processual Civil

Thiago Leal de Oliveira

**A APLICAÇÃO DO ART. 806 DO CPC NA AÇÃO
CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE
PROVA**

**Brasília – DF
2008**

THIAGO LEAL DE OLIVEIRA

**A APLICAÇÃO DO ART. 806 DO CPC NA AÇÃO
CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE
PROVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Professora Júlia Ximenes

Brasília – DF
2008

THIAGO LEAL DE OLIVEIRA

A APLICAÇÃO DO ART. 806 DO CPC NA AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Este trabalho dedico aos meus pais, que sempre me incentivaram nos estudos, sem medir esforços para me ajudar nas minhas conquistas e sem se importarem com os sacrifícios deles exigidos para que esta meta fosse atingida. Meus pais valorizaram tanto a minha formação que meu querido pai se preocupou em deixar meios suficientes para que este objetivo fosse alcançado, mesmo após sua partida para a casa de Deus.

Agradeço aos mestres e todos que no dia a dia me ensinaram os conhecimentos técnicos e que contribuíram com a minha formação profissional. Agradecimento especial à professora Júlia Ximenes pelo apoio, dedicação, compreensão e paciência. A Deus agradeço pelo privilégio do dom da vida e por mais esta importante conquista.

RESUMO

As cautelares exercem um importante papel, o de proteger os direitos para que os provimentos jurisdicionais possam ser efetivos após todo o trâmite da ação. Juntamente com a antecipação de tutela, formam o que a doutrina considera como tutelas de urgência e vão reduzir os efeitos danosos que o tempo pode causar ao direito debatido. Esses provimentos têm cognição sumária, baseada na verossimilhança e não fazem coisa julgada material. A cautelar de antecipação de provas, prevista no Código de Processo Civil, tem como características a temporariedade, assim como as demais cautelares, e o fato de poder ser preparatória, ajuizada antes da ação principal. Essa cautelar, embora o nome fale em “produção”, na verdade não vai produzir a prova. Vai somente antecipar a prova para que não se perca e posteriormente seja produzida no juízo competente para julgar a causa principal. Ela se enquadra como cautelar já que assegura o direito da parte de produzir provas, protegendo a ação principal e, conseqüentemente, o direito que será julgado. Essa cautelar não gera restrição ao patrimônio do réu e não altera as circunstâncias fáticas, apenas registra os fatos para servirem como provas.

Palavras-chave: cautelar, proteção, antecipação, satisfação, produção, realização, prazo, prejuízo, perpetuação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A CAUTELAR	11
1.1 FINALIDADE	11
1.2 DEFINIÇÃO	13
1.3 NOMINADA X INOMINADA.....	16
1.4 PREPARATÓRIA X INCIDENTAL	17
1.5 REQUISITOS	21
2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA E TUTELA INIBITÓRIA	25
2.1 CONCEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	25
2.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA SATISFATIVA	28
2.3 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA INIBITÓRIA COMO ESPÉCIE DA TUTELA SATISFATIVA	31
3 A CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS	33
3.1 CARACTERÍSTICAS	33
3.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO	37
3.3 ENQUADRAMENTO COMO CAUTELAR	39
3.4 EFEITOS DA NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS.....	41
3.5 APLICAÇÃO DO ART. 806 PARA A AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA	46
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O rito processual que as ações ordinárias seguem demandam bastante tempo até a prestação jurisdicional final. Para a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório inúmeras possibilidades de manifestação nos autos devem ser concedidas às partes.

Somando-se a isso o grande acúmulo de processos nas diversas instâncias, a conseqüência é a longa demora para que a parte tenha a resposta judicial sobre o litígio.

Por outro lado, o Poder Judiciário não poderá negar prestação jurisdicional a ameaça ou lesão de direito. As tutelas de urgência existem como meio de amenizar os efeitos prejudiciais que o tempo podem causar ao próprio direito e à efetivação de um provimento jurisdicional.

As cautelares visam a proteger os direitos que estão sendo ameaçados. Qualquer direito que possa ser violado merece o amparo jurisdicional, visto que não é necessário aguardar a infração ao direito para que ele seja passível de proteção.

Essas ações chamadas de tutelas de urgência, em geral não têm o fim em si mesmas. Dependem de uma ação principal. As cautelares podem ser preparatórias ou incidentais, enquanto que o pedido de antecipação de tutela somente pode vir no bojo da ação principal.

As preparatórias, ajuizadas antes da ação principal, em geral, não podem durar sem limite temporal. Como dependem da ação principal, a legislação processualista determinou um prazo, previsto no art. 806 do Código de Processo Civil – “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório” –, para o ajuizamento da ação principal.

A cautelar de antecipação de prova é prevista no Código de Processo Civil e visa a resguardar o direito de realizar provas que poderão ser úteis em futuras ações, se preparatórias, ou na própria ação em que foi pleiteada.

Este trabalho busca discutir a incidência do prazo prescricional especificamente na ação cautelar de produção antecipada de provas.

A cautelar visa a resguardar direitos, enquanto que o processo vai ser um instrumento para tornar efetivo um direito substancial. A cautelar de antecipação de prova deve ser considerada uma verdadeira cautelar porque protege uma ação que vai garantir o direito. A proteção vai ser do direito por intermédio do processo.

A prova será apenas realizada, isto é, preparada para que possa influir na decisão do juiz da ação principal. A produção só é realizada de fato quando altera o modo do magistrado ver os fatos. Essa cautelar, portanto, não deveria chamar-se de produção antecipada de prova, mas de “realização” antecipada de prova, termo mais adequado.

E acerca da problemática principal deste trabalho, será possível aplicar o art. 806 na cautelar antecipada de prova? Ela não implica restrição ao patrimônio e direitos do réu. Eles permanecerão livres, não havendo razão para limitar o tempo dos efeitos da cautelar concedida.

Por outro lado, a aplicação do art. 806 vai gerar a perda da eficácia da liminar ou da cautelar concedida. Como a cautelar de antecipação de prova não produz qualquer alteração dos fatos e gera somente o registro da perícia ou do que a testemunha tem a dizer, fica sem sentido falar em perda de eficácia do registro. Não se deve aplicar o mencionado artigo e a prova deve ser perpetuada.

Para o desenvolvimento do assunto, no primeiro capítulo serão discutidas as características das cautelares. Para o entendimento do foco central deste trabalho – a cautelar de antecipação de prova e a aplicação do prazo previsto no art. 806 do CPC –, algumas características deverão ser destacadas: o fato dela ser nominada, preparatória, temporária e ter como requisitos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Essas são as características essenciais para que se possa enquadrar a cautelar de antecipação de prova como uma verdadeira cautelar e analisar a possibilidade de emprego do art. 806 nessa cautelar.

Já no segundo capítulo, será discorrido acerca da antecipação de tutela, questão que, apesar das diferenças para a cautelar, não pode deixar de ser mencionada num texto sobre este assunto por ser parte do rol de tutelas de urgência e pelas confusões que a prática enseja.

Adiante, mas ainda no segundo capítulo, será abordado um tema atualmente em voga: a tutela inibitória. Uma tutela satisfativa que, diferentemente da cautelar, não precisa de uma ação principal. A resolução da questão nessa ação já se basta.

No terceiro e último capítulo, especificamente, se aborda o tema da cautelar de antecipação de prova. Na primeira parte será discutido sobre como ocorre a produção antecipada, quais os atos que podem ser realizados, e será analisada a terminologia utilizada para esse procedimento.

Mais adiante, a discussão será sobre as hipóteses de cabimento e, em seguida, far-se-á o seu enquadramento como cautelar. Nesse ponto haverá uma análise sobre os temas vistos especialmente no capítulo 1, para se verificar se essa cautelar é realmente uma cautelar. A divergência doutrinária também será demonstrada.

Por fim, ainda no capítulo 3, depois de já verificadas as características da cautelar de produção antecipada de provas e sua natureza jurídica, será finalmente discorrido sobre a possibilidade da aplicação do art. 806 do CPC e suas implicações.

A metodologia utilizada neste trabalho será dogmática instrumental, com a análise de textos doutrinários e de textos de lei.

1 A CAUTELAR

1.1 Finalidade

Como em qualquer trabalho acadêmico, antes de adentrar no mérito a ser discutido, faz-se necessário, inicialmente, o entendimento do que vai ser objeto de estudo. Nesse sentido é que inicia-se este trabalho monográfico com a explicitação do que é uma cautelar.

Como o próprio nome dá a entender, acautelar significa proteger. Essa ação tem como fim resguardar uma situação para que uma futura situação possa ter efetividade. Deverá tirar do risco de se perder o provimento jurisdicional da ação principal, evitando-se o prejuízo pelo não cumprimento da ação principal. Segundo Mesquita, “Não é um fim em si mesmo, mas põe-se a serviço da providência definitiva, assegurando-lhe a eficácia e o resultado prático. Cumprindo tal desiderato, perde sua função.”¹

Sendo apenas um meio de viabilizar o cumprimento de uma prestação jurisdicional, protegendo para tornar possível a sua execução, ela é considerada como uma tutela de urgência, com vistas a retirar qualquer impedimento da efetivação do provimento jurisdicional. Nas palavras de Zavaski:

O conceito de urgência, que enseja tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situação apta a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.²

Na definição do que seja tutela de urgência para Zavaski, percebe-se perfeitamente o enquadramento da cautelar com uma tutela de urgência. Ela vai afastar uma situação de perigo para o cumprimento da jurisdição.

O procedimento ordinário, em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, demanda um lapso temporal que nem sempre é compatível com a

¹ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 52, p. 203.

² ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29.

necessidade imediata de proteção do direito. Por vezes o direito deve ser resguardado imediatamente para que não seja inútil uma ação que, com muita freqüência no sistema brasileiro, pode demorar alguns anos ou décadas, em razão do grande número de ações a serem julgadas nos diversos tribunais do país.

Assim é que, para Grego Filho, em decorrência do tempo que leva para a completa prestação jurisdicional, fator que pode colocar o bem em perigo, o que tornaria inútil a atividade, há a previsão de providências que assegurem a conservação material e jurídica desses bens. Essa é a finalidade do processo cautelar.³

A própria Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.⁴ O fundamento da cautelar é, dessarte, constitucional. Visa a impedir que o direito sofra qualquer lesão, diante de uma ameaça provável e justificada, muito embora haja quem entenda que a defesa do direito em perigo é resultado do sistema constitucional organicamente considerado, interpretando-se os direitos fundamentais conflitantes.⁵

Marins, por seu turno, não acatando o defendido por Zavaski, entende que a prevenção de lesão encontra, sim, fundamento na Carta Magna:

O art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, já mencionado, quando se refere a ‘ameaça de direito’, está prevendo a chamada tutela preventiva, que objetiva, justamente, prevenir contra a violação de direito.⁶

No mesmo sentido entende Theodoro Júnior, para quem o processo deve garantir a efetivação da prestação jurisdicional. A ação cautelar se presta ao fim de dar à lide uma solução eficaz, auxiliando no seu cumprimento, já que a ação de conhecimento não pode ser decidida com a rapidez necessária para que não haja prejuízo. Assim, a cautelar tem cunho provisório.⁷

³ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 165.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

⁵ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

⁶ MARINS, Graciela lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 350.

Completa, ainda, Theodoro Júnior, afirmando que, sem o uso da cautelar, a atividade jurisdicional poderia acabar sendo inócua, jogando fora o trabalho do Poder Judiciário e não entregando o justo direito a quem o tem:

Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente 'justa', isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

[...]

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas, e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em provimento inócuo e inútil.⁸

Não é diferente também o pensamento de Gonçalves: “No processo cautelar o que se busca é a atuação do Judiciário na proteção de um direito ameaçado que não pode aguardar o desfecho da ação de conhecimento ou executiva.”⁹

Por fim entende Carpena que:

O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição – conhecimento e execução. A sua característica mais marcante é a de dar instrumentalidade ao processo principal (4), cujo êxito procura garantir e tutelar.¹⁰

A finalidade da cautelar, portanto, é proteger um direito que está ameaçado e que a ação ordinária, em decorrência do seu trâmite, não tem condições de afastar tal perigo imediatamente para que, assim, a ação principal seja efetivamente cumprida ao seu término e não seja em vão o provimento jurisdicional.

1.2 Definição

A definição de um instituto jurídico em geral é alvo de muitas divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. A dificuldade de se dizer exatamente o que é e os

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 350.

⁹ GONÇALVES, Carlos Alberto Rezende. Medida cautelar – ação principal aforada após 30 dias – perda da eficácia da liminar, não da cautelar, que deve ser julgada pelo mérito. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul*. Ano 21, n. 137, jul./set. 2000, p. 11/12.

¹⁰ CARPENNA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=865>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

diferentes pontos de vista sobre o mesmo assunto normalmente causam discussões. Não é diferente quando se trata da definição do que é cautelar.

Parte da doutrina entende que a cautelar se define com a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Estando presentes estes requisitos, que serão estudados mais adiante, haveria também a possibilidade de ajuizar a cautelar para afastar qualquer risco. Greco Filho entende que “O procedimento cautelar tem como pressupostos de procedência o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.”¹¹

Silva tece críticas ao conceito usado para definir cautelar pela doutrina. Para ele, a verossimilhança é própria de toda cognição sumária, característica das tutelas processuais e o perigo da demora se relaciona com a aceleração do procedimento ordinário, que continua ordinária, embora seja encurtada:

Se, com efeito, investigarmos a genealogia dos conceitos de que a doutrina se vale para definir a tutela (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), logo veremos que essas duas categorias não definem, absolutamente, a cautelaridade. No que diz respeito à primeira, é sabido que as variadas e entre si diferentes formas de tutela processual baseada em *cognição sumária* determinam que o julgador trate o direito litigioso tendo-o apenas como verossímil (*fumus boni iuris*), de modo que este pressuposto é genérico para qualquer causa sumária. Quanto ao outro (*periculum in mora*), sua ligação com a idéia de *aceleração procedimental* é inocultável, o que significa dizer que, aqui, a urgência decorre da lentidão própria do procedimento ordinário, contra a qual se concebe o tratamento diferenciado da causa que, todavia, embora encurtada, continua ordinária.¹²

Distinguindo a cautelar dos dois requisitos geralmente postos pela doutrina como sendo parte da sua definição, para Silva:

A demanda cautelar define-se, precisamente, por responder a um estado de perigo e urgência não previsto *pelo legislador*, capaz de pôr em risco a incolumidade de uma situação de direito material, ou mesmo de direito processual.¹³

Por seu turno, Arenhart e Marinoni entendem que:

A tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito à tutela do direito submetido a perigo de dano.¹⁴

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 167.

¹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 22.

O melhor entendimento, nesse diapasão, são os de Silva, Arenhart e Marinoni, que definem a cautelar ligando-a ao direito de ver repelido qualquer ameaça de efetivação de tutela.

No entanto, uma questão merece destaque por ser de fundamental compreensão das cautelares, discussão essa de grande divergência entre os doutrinadores. Há uma divisão entre os que entendem ser a cautelar um meio de proteção ao direito tutelado em si e os que a vêem como meio de garantir também a ação.

Arenhart e Marinoni defendem com veemência que a cautelar não é para o processo. A proteção deve ser do direito substancial, pois é ele que interessa, além de ser o objetivo final da ação:

O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isso mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito. De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento *para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso.*¹⁵

Na mesma linha de entendimento segue Greco Filho, não divergindo de Arenhart e Marinoni quanto à proteção do bem envolvido na relação jurídica, e não amparo da ação em si, “A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo”.¹⁶

Silva, ao comparar a cautelar e a execução provisória, comenta que:

Enquanto a demanda cautelar não corresponde à necessidade de proteção a atividade jurisdicional e nem mesmo se destina a atender a exigência de celeridade peculiar a *certas demandas* que não podem tolerar a *demora natural* do procedimento ordinário.¹⁷

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 23.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 166.

¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

Não obstante esses entendimentos, não parece ser o mesmo o que defende Theodoro Júnior, para quem a cautelar tem como principal fim assegurar o processo, já que nesse estado não tem como o magistrado avaliar o direito existente:

No momento em que o estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.¹⁸

Não se deve olvidar que o processo não tem um fim em si. Ele é apenas um instrumento para a efetivação do direito litigioso. Por isso é que mesmo entendendo-se que a cautelar deve proteger o processo, ele estará, mesmo que indiretamente, admitindo que a proteção é do direito, fim último do processo. Não há como desvincular o processo do direito.

Se a intenção das partes por meio da cautelar é de proteger o direito material ou o processo, isso é irrelevante. Ao final, o que se visa é a entrega do direito e sua efetivação, tornando vazia essa discussão.

1.3 Nominada x Inominada

Como já visto, a cautelar visa a proteger o direito discutido no processo para que, ao final, possa ser exercido, retirando-o do perigo.

É de se imaginar que seria impossível para o legislador prever todas as possibilidades de se colocar o direito do tutelado no processo a salvo de qualquer perigo. A prática mostra que os casos reais são muito mais imprevisíveis do que a própria imaginação humana pode alcançar.

Por essa razão o legislador criou, no Código de Processo Civil, diversas ações cautelares nominadas, aquelas que são específicas para os casos previstos, e ainda deixou a possibilidade das partes requererem quaisquer outras medidas. Esta é a intenção do art. 798 do CPC:

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 351.

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.¹⁹

A doutrina também vê com bons olhos a possibilidade de o juiz determinar medidas protetivas mesmo que não estejam especificadas no Código de Processo Civil. A proteção deve ser independente de previsão específica e independente de formalidades legislativas:

Além dos procedimentos cautelares específicos regulados no Código, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes de julgamento da lide, cause ao direito uma lesão grave e de difícil reparação. Neste caso, para evitar o dano, o juiz poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósitos de bens e impor a prestação de caução (arts. 798 e 799).²⁰

O rito dessas cautelares inominadas deverá seguir sempre o previsto nos arts. 799 a 810 do CPC.

1.4 Preparatória x Incidental

Existe também a possibilidade de se ajuizar uma cautelar antes de uma ação na qual o direito irá ser debatido em seu mérito, ou mesmo no seu curso, pois o perigo a ser afastado pela cautelar não deixa de colocar em risco a efetividade da prestação jurisdicional pelo simples fato de preexistir a uma discussão em juízo ou ser posterior à sua instauração.

Por essa razão, a proteção do direito poderá ser requerida a qualquer momento, desde que estejam presentes os requisitos para a concessão da cautelar, seja ela antes da ação principal, ou no seu curso, como um incidente processual.

Sem dúvida que a possibilidade de se pedir a medida cautelar pelo ajuizamento de uma ação preparatória ou incidentalmente ao processo se deve pela própria

¹⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 679.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 168.

natureza da cautelar: proteger o bem para que possa ser efetivada a decisão de mérito posteriormente tomada. Então a proteção não pode ter limitação temporal. Greco Filho explica a possibilidade de ser preparatória ou incidental:

Andou certo, o Código ao declarar (art. 796) que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Procedimento cautelar, porque nem todas previstas no Livro III constituem processo ou ação cautelar.

No art. 796 citado já aparece outra distinção: o procedimento cautelar pode ser *preventivo* ou *antecedente*, instaurado antes mesmo do processo principal, ou *incidental*, instaurado no curso do processo principal.²¹

Também Theodoro Júnior, ao dissertar sobre a produção antecipada de provas, se manifesta acerca do assunto, importante para a análise deste trabalho final de especialização, já que o objeto central do estudo é a ação cautelar de produção antecipada de prova preparatória e a implicação do art. 806 (“Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar quando esta for concedida em procedimento preparatório.”²²) nessa cautelar:

A antecipação de prova pode dar-se antes do ajuizamento da ação principal ou no curso desta.

Mas a *ação cautelar antecipatória* só ocorre, realmente, quando a pretensão é deduzida em juízo com o caráter preparatório de futura ação de mérito.

No curso da ação principal, a coleta antecipada de elemento de convicção é fruto de simples deliberação do juiz da causa, que importa apenas inversão de atos processuais e que integra a própria atividade instrutória do processo. Não há, pois, lugar para uma *ação cautelar incidental* na espécie.²³

Gouvêa e Negrão acrescentam, ainda, que é dispensável a indicação da demanda que será futuramente ajuizada.²⁴

Importante salientar que, nos termos do art. 800, a competência para conhecer da ação cautelar preparatória é do juiz competente para julgar a ação principal: “As

²¹ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 166.

²² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 680.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 466.

²⁴ GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 882.

medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.”²⁵

Portanto, se em curso uma ação principal, a cautelar será ajuizada preventivamente àquele juízo. Caso ainda não haja uma ação em trâmite, a competência será do juízo que a tenha competência para conhecer da ação principal a ser ajuizada.

Questão bastante debatida na doutrina é quanto à prevenção para o julgamento da ação principal quando já ajuizada uma ação cautelar preparatória.

Explicam Gouvêa e Negrão que a competência para julgar a cautelar preparatória é do juízo que irá julgar a ação principal e irá tornar o juízo preventivo. No entanto, medidas cautelares que só visam a conservar direitos, como não possuem natureza contenciosa, não têm o condão de prevenir o juízo da ação principal. E continuam afirmando que a questão da competência deve ser decidida desde a cautelar, pois será competente para julgar a ação principal. A prevenção será recíproca, dependendo de que ação for proposta primeiro.²⁶

Já Velmovitsky não aceita a decisão de não distribuir preventivamente a ação principal quando já proposta a incidental, mas, para não haver prejuízo para o autor, na prática, acata a decisão do juiz:

Testemunho, diuturnamente, alguns magistrados remeterem para a livre distribuição a ação principal aforada com base na conexão estipulada pelos artigos 108 e 800 da Lei dos Ritos.

Muitas vezes, sinto ímpetos de recorrer da referida decisão para demonstrar que o equívoco carrega denso dano processual para o demandante, em termos de tempo e despesas.

Todavia, e para não aumentar o prejuízo do cliente, abro mão do meu entendimento e curvo-me à imposição do magistrado.²⁷

Para o autor, a idéia não é nova, remonta ao Código de 1939, que, em seu dispositivo 138 previa que “Salvo dispositivo em contrário, as ações acessórias, ou

²⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 679.

²⁶ GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 880.

²⁷ VELMOVITSKY, Salomão. A conexão entre a produção antecipada de prova, prevista no art. 846, do ordenamento procedimental, e a ação principal que lhe segue. *Informativo*. Ano 20, 2000, página 126. Boletim semanal n. 08.

oriundas de outras, julgadas ou em curso, serão da competência do Juiz da causa principal".²⁸

O autor explica, ainda, que a cautelar visa a evitar um dano de maiores dimensões causado pela morosidade do Poder Judiciário e completa:

Não se justifica, por conseguinte, o posicionamento perfilado por alguns magistrados, quando submetem à livre distribuição da ação principal subseqüentemente proposta ao término da produção antecipada de provas. Esse entendimento contraria os princípios da celeridade e economia, avidamente perseguidos pelo Código de Processo Civil.²⁹

Greco Filho, por seu turno, entende que a competência para o julgamento de medidas cautelares é do Juízo da causa principal, quando preparatórias. Para ele, essa competência é absoluta, por ser funcional e na cautelar incidental a distribuição será feita por dependência, pois a competência já foi determinada. No caso da preparatória, faz-se um prognóstico de qual será a competência da ação principal. Admite, porém, poder haver exceção em caso de extrema urgência. Quando o direito está correndo risco de perecimento, o juiz incompetente poderá conceder a cautelar.³⁰

Por exposto dispositivo legal, não há dúvida de que a ação cautelar preparatória deverá ser ajuizada no juízo competente. Um equívoco do advogado não seria suficiente para se exigir do juízo o conhecimento dessa ação.

É razoável, porém, segundo defende Greco Filho, como demonstrado anteriormente, que, tendo em vista a razão de ser da cautelar, se, por hipótese, uma medida tem que ser tomada em uma comarca e a competência é de outra e o lapso temporal e problemas enfrentados com a distância possam afetar esse direito, é razoável que o juízo, mesmo que incompetente, possa interferir e afastar o perigo de dano.

Problema maior ocorre com relação à distribuição por prevenção da ação principal com relação à ação cautelar. Como há a possibilidade de se ajuizar a ação

²⁸ VELMOVITSKY, Salomão. A conexão entre a produção antecipada de prova, prevista no art. 846, do ordenamento procedimental, e a ação principal que lhe segue. *Informativo*. Ano 20, 2000, página 126. Boletim semanal n. 08.

²⁹ VELMOVITSKY, Salomão. A conexão entre a produção antecipada de prova, prevista no art. 846, do ordenamento procedimental, e a ação principal que lhe segue. *Informativo*. Ano 20, 2000, página 126. Boletim semanal n. 08.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. *In: Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 175.

principal quando ainda em curso a cautelar, se o entendimento de que não há prevenção nesse caso, encontrar-se-ia uma situação bastante atípica, senão absurda, em que dois juízos estariam decidindo a mesma causa.

Por essa razão, o melhor entendimento é o de Gouvêa e Negrão, para quem vai a distribuição por prevenção vai depender da existência ou não de litígio sobre o caso.³¹

1.5 Requisitos

É comum se ouvir dizer que para a concessão de uma cautelar é necessária a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, entendendo-se aquele como o perigo da demora e este como a fumaça do bom direito. Se a demora na prestação jurisdicional puder causar dano e se houver a fumaça do bom direito, existiria razão suficiente para se conceder a cautelar.

Esse entendimento é defendido por Greco Filho:

O procedimento cautelar tem como pressupostos de procedência o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

[...]

O *periculum in mora* (perigo da demora) é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento e julgamento desta até que seja possível medida definitiva.³²

Como visto, para esse autor, a possibilidade de o lapso temporal poder causar o dano às partes já é suficiente para se caracterizar a cautelar.

Ele continua a sua explanação afirmando que o *fumus boni iuris* é a probabilidade ou possibilidade de existir o direito pleiteado, que justifica a proteção.³³

Como visto, a doutrina de Greco Filho se amolda com o que tradicionalmente se entende como requisitos da cautelar, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

³¹ GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 880.

³² GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. *In: Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 167.

³³ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. *In: Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 168.

Essa doutrina, no entanto, vem sendo rebatida por outros juristas que não aceitam a conceituação anteriormente apresentada. Marins faz parte do rol desses doutrinadores:

O *fumus boni iuris* significa a aparência do direito material litigioso, a probabilidade de existência do direito alegado pelo autor como seu e pleiteado no processo principal. [...] O *fumus boni iuris*, desta feita, não é fumaça do bom direito, mas sim probabilidade de existência do direito e consubstancia-se em elemento essencial para formar o mérito do pedido cautelar.

O *periculum in mora* significa perigo à eficácia do processo principal.

[...]

Daí por que o *periculum in mora* se configura como *situação* de perigo que ameaça o resultado útil do processo principal e não simplesmente perigo na demora.³⁴

Nessa mesma linha de pensamento se colocam os ensinamentos de Arenhart e Marinoni, acompanhando essa mudança de conceituação dos requisitos para a concessão da cautelar:

Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou melhor, o perigo de dano.³⁵

Silva também apóia essas idéias:

Nesse sentido, poderíamos, sob o ponto de vista lógico, antepor o que a doutrina indica como *periculum in mora* – e que nós preferimos denominar *risco de dano iminente* – ao pressuposto anteriormente tratado, uma vez que a sumariiedade da cognição (*fumus boni iuris*) é, em verdade, determinada pela situação de dano iminente a que se encontra exposto o *direito provável* a ser protegido pela tutela cautelar. É essa emergência de dano iminente que determina e condiciona os demais pressupostos.³⁶

Relativamente ao *fumus boni iuris*, esses autores também o caracterizam de modo bem diverso da doutrina mais tradicional, fugindo assim da conceituação como fumaça do bom direito. O que deve haver, de fato, para eles não é exatamente o risco do direito não poder ser efetivado, mas que seja demonstrada uma verossimilhança

³⁴ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 28.

³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 81.

entre o que foi alegado e o direito, que debatido na ação principal necessite de proteção judicial através da cautelar.

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.³⁷

Por outro lado, os autores ainda se preocupam em diferenciar a necessária verossimilhança como requisito da cautelar com a sua comprovação por meios de prova documental. Nesse caso, forma-se uma cognição plena, e não sumária, baseada na probabilidade. Então, o magistrado poderia julgar o direito já nesse momento, não apenas decidindo de forma sumária e de forma temporária.

Não obstante, a probabilidade da outorga da tutela do direito, além de ser um requisito da tutela cautelar – pois não pode haver menos do que verossimilhança -, não pode ser substituída pela sua evidência, já que também não pode haver uma situação que permita ao juiz formar convicção suficiente para a concessão da própria tutela do direito ameaçada por dano. Se a tutela do direito não depende da elucidação de fatos, ou se, para tanto é desnecessária a produção de prova diversa da documental, o juiz, mais do que poder formar convicção de probabilidade ou de verossimilhança, está autorizado a formar convicção que lhe permite decidir sobre a oportunidade da concessão da própria tutela do direito.³⁸

Semelhantes os ensinamentos de Silva:

É portanto correto dizer que toda a medida cautelar, adotada sob o signo da *urgência* sustenta-se necessariamente num juízo de simples verossimilhança, traduzido em cognição sumária, mas nem todas as formas de cognição sumárias serão, só por isso, cautelares. A conhecida locução com que se costuma identificar a sumariedade da cognição judicial, nos processos cautelares indicando-a como *fumus boni iuris*, embora seja indispensável à tutela cautelar, não é uma nota exclusiva desta espécie de proteção jurisdicional.³⁹

Existe muito mais lógica dentro do que é a teoria da cautelar, com o fim de proteger o direito e a necessidade de se proferir uma decisão que seja mais rápida, porém não dotada de poder de tornar imutável a decisão, ou seja, não exauriente, como possuem as sentenças que fazem a coisa julgada.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 28.

³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 29.

³⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 80.

Se coaduna muito melhor com a conceituação do que é cautelar a caracterização do *fumus boni iuris* como a demonstração da verossimilhança dos fatos e do direito que esteja em perigo e do *periculum in mora* como sendo a iminência de dano irreparável.

Importante colocação faz Carpena, que lembra não ser ato discricionário do juiz:

O deferimento de medida liminar não é ato discricionário do juiz; é sim ato vinculado. Estando presentes os pressupostos da medida *in limine* não é dado ao magistrado indeferi-la, podendo, no máximo, exigir como contracautela a devida caução.⁴⁰

Então, conseguindo demonstrar esses requisitos nos autos da ação, seja ela ação cautelar preparatória ou medida cautelar incidental, estarão perfeitos os requisitos para a concessão da proteção ao direito, para se ter uma decisão de mérito plenamente eficaz.

⁴⁰ CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=865>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA E TUTELA INIBITÓRIA

2.1 Conceito de antecipação de tutela

Ao se elaborar qualquer trabalho acerca de cautelares, torna-se imperioso abordar o tema “antecipação de tutela”. Embora ambas, cautelar e antecipação de tutela, façam parte do rol denominado medidas de urgência, a dissertação sobre os temas em conjunto se dá muito mais em decorrência de problemas práticos do que discussões doutrinárias ou teóricas, como bem entende Fabrício:

O fenômeno mais preocupante, porém, não se passa na esfera doutrinária, onde as dissonâncias, à primeira vista, poderiam circunscrever-se ao plano acadêmico, sem repercussões mais importantes no dia-a-dia da atividade jurisdicional. O que mais sério se passa é que a tutela genericamente dita diferenciada vem sendo usualmente tratada no Foro com a mais completa despreocupação relativamente ao correto enquadramento das medidas que ela comporta na sua exata categoria.⁴¹

Inicialmente pode-se diferenciá-los pela previsão legal de ambos. A antecipação de tutela encontra-se prevista no art. 273 do CPC⁴². Nos incisos desse dispositivo estão elencadas diversas hipóteses de concessão da antecipação de tutela, que não coincidem com os requisitos das cautelares.

⁴¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. *Boletim Jurídico*. Uberaba-MG, a. 1, n. 1. Disponível em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 09 maio. 2007.

⁴² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

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

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A tutela antecipatória tem como objetivo conceder um provimento que será dado ao final do processo, porém, *initio litis*. Isto quer dizer que essa decisão será a mesma que a parte intenciona obter ao final da lide, mas que, pelas circunstâncias e demonstrados os requisitos, pode ser adiantada, assim o entendimento de Zavaski:

O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença.⁴³

Nesse ponto não há diferença para a cautelar. Esta também poderá ser pleiteada no início do processo, como afirma Fabrício, embora o autor confunda antecipação de tutela com liminar:

As ações cautelares, como regra, admitiram sempre a antecipação de tutela pela via do andado liminar (em estrito sentido ou após justificação com oitiva do requerido). Aliás, é fato bem conhecido, relevante para os propósitos do presente estudo, que em grande número de casos a cautela só interessa ao requerente se lhe for deferida *in limine litis*.⁴⁴

Não se deve conceder a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, conforme o §2º do art. 273 do CPC. A decisão final virá com a sentença definitiva, que poderá mudar o entendimento antes tido com base na verossimilhança do caso. Caso contrário, vai existir grande risco de haver violação ao direito do réu sem que haja meio para torná-lo efetivo. Para Zavaski, apenas em casos excepcionais devem ser concedidos:

Na verdade, provimentos antecipatórios irreversíveis, concedidos que são à base de cognição sumária – e, às vezes, antes mesmo da citação ou da contestação do réu –, são incompatíveis com as garantias asseguradas pelo art. 5º, LV, da Constituição. Somente em caráter absolutamente excepcional é que poderiam ser admitidos, quando indispensáveis para que não pereça, definitivamente, outro direito constitucional que, na espécie, venha a ser prevalente.⁴⁵

O juízo desses requisitos é tão-somente superficial. Não há uma análise totalmente detalhada do mérito da questão, mesmo porque todo o contraditório deverá

⁴³ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

⁴⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. *Boletim Jurídico*. Uberaba-MG, a. 1, n. 1. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 09 maio. 2007.

⁴⁵ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

ocorrer. Por isso que essa decisão é tão-somente provisória, podendo ser alterada após a análise das provas produzidas pelas partes no curso do processo, com a mudança do quadro fático. É uma decisão sumária e sem capacidade de produzir coisa julgada. É como entende Zavaski:

Com efeito, concedida a tutela à base de cognição sumária, é possível que, com o desenrolar da instrução (na ação principal, se se tratar de medida cautelar, ou na própria ação de conhecimento, se se tratar de medida antecipatória) resulte demonstrado que não é verdadeira a situação fática invocada para o deferimento da medida, que o risco de dano nunca existiu ou que a aparência, à base da qual o juiz tomou sua decisão, não correspondia à realidade. Em casos tais, embora não tenha havido propriamente mudança no estado de fato, mas apenas mudança no estado da prova, a medida poderá ser revogada ou modificada. E aqui reside o argumento básico para sustentar a inexistência de coisa julgada nesta espécie de tutela, ponto que merece atenção especial.”⁴⁶

O entendimento de Arenhat e Marinoni não destoa do que leciona Zavaski. Defendem que os requisitos são os mesmos e que também não tem a antecipação de tutela capacidade de produzir a coisa julgada material:

Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela antecipada com base em cognição sumária.⁴⁷

Caberá a concessão de antecipação de tutela, de acordo com o art. 273, já citado, quando, nos termos do dispositivo, houver pedido expresso para tal, diferentemente da cautelar, que pode ser dada de ofício, posto que o magistrado tem o dever de garantir a futura aplicação do direito e por isso deve protegê-lo.

Também, segundo o dispositivo, deve haver prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Note-se que prova inequívoca e verossimilhança são requisitos contraditórios. O que é verossímil goza apenas de aparência. Para o que é inequívoco não há mais discussão. Essa confusão é comum, a exemplo, *data venia*, de Carpena, que apesar disso difere bem os dois institutos:

A tutela antecipada, positivada nestes artigos acima citados, jamais se confundiu com o processo cautelar referido no livro III do Código de Processo Civil. Naquela se busca o recebimento parcial ou total da tutela pretendida no

⁴⁶ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 61.

pedido inicial principal (bem da vida), antes de proferida a sentença de mérito, quando existir prova inequívoca, a ponto de convencer o julgador da verossimilhança da alegação e: a) houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou, b) estiver manifesto o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. Já nesta (tutela cautelar) não se busca o deferimento da antecipação da tutela pretendida na lide principal (bem da vida), mas tão somente, um mandamento que assegure o resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida neste processo satisfativo; ingressa-se com a ação cautelar sempre que haja fundado receio de que fatos ou atos poderão prejudicar o correto desenrolar ou utilidade do feito.⁴⁸

Além do mais o que é inequívoco pode ser objeto de sentença, não apenas de uma liminar que poderá ser revogada a qualquer tempo com a alteração dos fatos e com o esclarecimento das circunstâncias por decisão fundamentada do juiz, nos termos do art. 273, §4º, do CPC.

Também existe a possibilidade de se conceder a antecipação da tutela quando não houver impugnação de parte do pedido, tornando-o incontroverso naquele ponto. Não havendo oposição, não há porque não se conceder de pronto a prestação jurisdicional. Mas, como diante da ausência de contestação a presunção é tão-somente relativa, essa decisão também é provisória, podendo o juiz se convencer do contrário ao longo da instrução probatória relativa aos demais pedidos.

2.2 Diferenciação entre tutela cautelar e tutela satisfativa

Agora que já foram conceituadas as tutelas cautelar e satisfativa, resta diferenciá-las para que o entendimento acerca do tema possa ser mais claro.

Sobre a distinção desses dois provimentos, Arenhart e Marinoni lembram que a antecipação tem o mesmo provimento que pode vir a ter a ação com o julgamento do mérito, posto que é provisório, ou seja, dura até que a tutela definitiva, provimento jurisdicional final, seja concedida:

Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à

⁴⁸ CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=865>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em cognição sumária.⁴⁹

Eles consideram como sendo essa uma das diferenças principais da tutela cautelar, já que esta se presta a proteger um direito material que não está tendo o mérito discutido diretamente na ação:

A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua fruibilidade. Além disto, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito.⁵⁰

Mais resumidamente, porém com a mesma idéia defendida pelos autores supracitados, Gouvêa e Negrão também lecionam:

A tutela antecipada e a cautelar são diferentes. Aquela serve para adiantar a prestação jurisdicional que será dada ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado do processo. A antecipação da tutela deve ser pleiteada nos próprios autos do processo.⁵¹

Esses autores fazem basicamente a mesma distinção entre os dois institutos e ainda acrescentam o fato de a antecipação de tutela ter que ser pleiteada nos autos do próprio processo e não ter a possibilidade, assim, de ser preparatória, como as cautelares, diferença essa fundamentalmente procedimental.

Já para Silva, a diferenciação entre ambas está na distinção entre *periculum in mora* e no *dannum irreparabile*, conceitos passados por juristas medievais:

A distinção entre *satisfação antecipada* – equivalente à satisfação do direito concedida em processo sumário – e a forma de tutela outorgada contra o *estado perigoso*, sem implicar satisfação do direito protegido, era no entanto, feita com razoável clareza pelos juristas medievais, através do manejo de dois conceitos fundamentais que nos foram transmitidos e de que ainda hoje nos valem: os conceitos de *dannum irreparabile* e de *periculum in mora*. Veremos que a categoria a que correspondia este último conceito dizia respeito a *certas causas* que, por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que se tratasse por meio de um processo sumário, enquanto a tutela concedida nos casos de perigo de *dannum irreparabile* e a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a *natureza da causa*, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer causa.⁵²

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Processo Cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 61.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Processo Cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 61.

⁵¹ GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 876.

⁵² SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13.

Para o autor, portanto, a diferença se encontra nos requisitos que dão ensejo à concessão dessas tutelas de urgência. Para a cautelar seria o *dannum irreparabile* e não o *periculum in mora*, como defendido por parte da doutrina e previsto na própria legislação, assim já visto anteriormente, e para a antecipação de tutela o *periculum in mora*.

Zavaski, por seu turno, elenca algumas diferenças, em que reúne as citadas pelos autores acima. São, para ele, quanto à possibilidade de poder ser ou não pleiteada em ação preparatória e quanto aos requisitos:

No entanto, sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: (a) a antecipação da tutela se dá na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; (b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798 (CPC) aplicáveis estes apenas às medidas genuinamente cautelares. Inconcebível, desde então (salvo expressa lei autorizadora, como é o caso do art. 852 do CPC), pensar em antecipação da tutela como pretensão apta a ser deduzida em ação autônoma, ainda que *preparatória* a uma *ação principal*.⁵³

Importante comentário faz Zavaski, que vê uma importante semelhança diante do sistema processual pátrio e como meio de integralizar o direito para prestar a jurisdição da melhor maneira possível:

[...] as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm objetivo e função constitucional comuns; são instrumentos destinados, mediante a devida harmonização, a dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.⁵⁴

Em suma, as hipóteses das medidas cautelares e de antecipação de tutela são bastante diferentes, assim como o seu procedimento. As cautelares têm como fim a proteção do direito para a garantia da efetivação da prestação jurisdicional final, podendo ser inclusive preparatória e concedida de ofício quando em curso processo principal.

⁵³ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁵⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

Já na antecipação de tutela vai dar em liminar a prestação jurisdicional a que o autor pleiteia em provimento final, considerados os requisitos do art. 273 do CPC. Deve ser expressamente pleiteado, ou seja, no curso de uma ação.

Sendo assim, a necessidade do ajuizamento da ação principal quando proposta a ação preparatória – discussão central do presente trabalho –, não se justifica, já que é imperativo o seu requerimento no curso da ação principal. Não podendo ser preparatória, descabida a discussão da aplicação do art. 806 do CPC.

2.3 Tutela antecipada e tutela inibitória como espécie da tutela satisfativa

Como já analisado anteriormente, a tutela antecipatória pretende que um provimento que seria dado ao final do processo seja concedido ainda no início, com base na verossimilhança e no perigo de não ser efetivado com o tempo normal que é necessário para a realização de todos os atos processuais.

A decisão que concede a tutela antecipada é uma decisão provisória, não terá força de coisa julgada. Perdurará até que a sentença definitiva seja proferida e a substitua, confirmando-a ou revogando-a e, dessa vez, analisando o mérito de forma ampla, após ter seguido todos os procedimentos para tornar efetiva a ampla defesa.

A Constituição Federal prevê que o Poder Judiciário não se eximirá de afastar ameaça a direito, art. 5º, XXXV. Por essa razão deve existir uma ação específica para que se afaste a ameaça a direito.

Nesse sentido que Arenhart e Marinoni defendem a tutela inibitória como meio de tornar eficaz esse dispositivo constitucional: “A tutela inibitória se destina a impedir a violação de um direito. Mais precisamente, ela pode se voltar a impedir a prática de ato contrário ao direito, ou mesmo a sua repetição ou continuação.”⁵⁵

Marins, ao discorrer sobre a tutela preventiva também explica que o Estado tem o dever de agir quando houver um risco:

Não é só a violação a direito que legitima, portanto, a intervenção do Estado, nas relações intersubjetivas; basta ao interessado demonstrar a existência de

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 70.

ameaça concreta, evidenciando *justo receio* de dano a interesse legalmente protegido. A lei se refere ao fenômeno que autoriza a tutela preventiva dos direitos designando-o por variadas formas, às vezes como ameaça, ou justo receio, ou situação perigosa, ou fundado receio de dano de difícil reparação, ou perigo de dano, e assim por diante. Não nos referimos aqui à tutela cautelar, de todo distinta, [...], mas sim à tutela preventiva dos direitos.”⁵⁶

Portanto, essa tutela não tem o mesmo fim a que se destina a tutela que pretende ver indenizado um dano causado. Na verdade, não precisa que haja um dano para se ter a tutela jurisdicional. Ela deve proteger o direito em qualquer situação que seja:

Não há porque supor, nesta situação, que o interesse de agir na ação contra o ilícito seja dependente de um dano, a menos que se deseje limitar, sem qualquer justificação plausível, a função do processo civil à tutela contra o dano, como se o ato contrário ao direito continuasse a não lhe dizer respeito.⁵⁷

O que se deve ter em mente, é que, diante de um dano e diante de uma possibilidade de violação a direito, duas ações distintas serão cabíveis. Para aquela, a reparação através de indenização, e, para esta, a ação capaz de impedir o dano, a tutela inibitória.

Para que seja cabível a inibitória, deverá ser demonstrado que um ato ilícito está prestes a acontecer e violará direito. “Exige-se, além da probabilidade desta ação ou de um agir, a demonstração de que este agir é ilícito, através do confronto entre a descrição do ato e o direito.”⁵⁸

Resta, então, patente a diferença entre a inibitória, satisfativa, já que ela tem um objeto em si mesma, não sendo instrumental para a aplicação do direito em outro processo, enquanto que a cautelar vai resguardar um direito para que, no futuro, um provimento jurisdicional não seja inócuo.

⁵⁶ MARINS, Victor A. A. Bomfim; SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo cautelar, arts. 813 a 889*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 12.

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 72.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 73.

3 A CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS

3.1 Características

A produção de provas é realizada por meio de diversos atos, tanto das partes como do próprio juízo. Diferentemente do que é comum se imaginar, a produção não ocorre no momento em que o ato é juntado aos autos, um documento, a perícia ou depoimento de alguma testemunha.

A doutrina, em geral, entende que são três as etapas para a realização da prova: inicialmente deve haver o pedido das partes para produzir as provas, em geral na própria inicial ou na defesa; posteriormente o juízo deve aceitar que o ato seja realizado; tão-somente após essas etapas e esses atos a prova será produzida, podendo influir, ou não, na decisão judicial.

Dessa maneira explica Marins: “São identificados três momentos deste procedimento probatório: o do requerimento da prova, o da sua admissão pelo julgador e o da sua produção.”⁵⁹

Importante lembrar que essas etapas são comuns no processo ordinário e no processo cautelar. Por essa razão, não se pode olvidar que, em se tratando de processo cautelar, os seus requisitos próprios devem estar cabalmente demonstrados.

Buzaid, sobre a necessidade de justificar a medida cautelar prevista no art. 848, fala: “Há dois vocábulos neste enunciado legal que merecem ser ressaltados. O primeiro é *justificar*; o segundo, a *necessidade*. Justificar significa provar, demonstrar, explicar com razões plausíveis.”⁶⁰

A possibilidade de produção antecipada de prova, como cautelar, não tem como suporte tão-somente a vontade das partes de lhe verem produzidas as provas, como lembra Theodoro Júnior:

Sua admissibilidade, porém, não fica subordinada ao alvedrio do promovente. Embora sem maior rigor que nota nas medidas restritivas de direito ou constrictivas de bens, como o arresto ou o seqüestro, também as ações de antecipação de prova sujeitam-se aos pressupostos das medidas cautelares em

⁵⁹ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104.

⁶⁰ BUZAID, Alfredo. *Produção antecipada de prova. Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 255.

geral, que no caso podem ser vistos na necessidade de antecipar-se a prova para evitar sua impossibilidade de realização futura.

O *periculum in mora* corresponde, assim, à probabilidade de não ter a parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, porque o fato é passageiro, ou porque a coisa ou pessoa possam perecer ou desaparecer.

Se não existe esse risco, a medida não tem cabimento e pode, inclusive, ser contestada pelo promovido, como medida desnecessária e onerosa.⁶¹

Esse posicionamento é defendido também por Silva, que, ao referir-se à necessidade de demonstração do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* explicita:

Essa demonstração, tendente a evidenciar a procedência da ação cautelar, poderá ser feita por qualquer meio de prova, inclusive testemunhal. Se o requerente não puder oferecer meio mais expedito, tendo-se de valer da prova testemunhal, o juiz terá de marcar audiência preliminar, *inaudita altera parte*. Se as circunstâncias o permitirem, o contraditório poderá ser antecipado.⁶²

Nas palavras de Nery Junior e Andrade Nery deve existir o risco de se perderem as provas: “O risco de se perderem os vestígios necessários à comprovação da existência de fatos que sejam de vital importância no deslinde de questão a ser levada a juízo justifica o pedido de produção antecipada de prova.”⁶³

Então, só será possível a produção antecipada da prova caso reste configurado o perigo de não mais ser possível ter a prova trazida aos autos posteriormente.

Marins, por seu turno, lembra as fases para se chegar até a produção de provas no procedimento ordinário, que, por lógica, se inicia com o requerimento: “Considerando o procedimento comum ordinário, o momento processual adequado ao requerimento da prova é, em regra, o da oportunidade da petição inicial e peça contestatória.”⁶⁴

O deferimento da produção da prova somente vai acontecer quando estiverem claros os fatos controvertidos e contestados pelo réu e que realmente necessitem de prova, pois, como é sabido, há fatos que só são passíveis de serem provados por meio

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 465.

⁶² SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 399.

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1. de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1136.

⁶⁴ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.

específico, como a prova documental, e outros que não precisam ser provados, como os públicos e notórios. Esse momento é do saneamento do processo:

Já o momento da *admissão* da prova se dá, em regra na fase do saneador. [...] É dever do juiz indeferir a produção de provas com o intuito meramente procrastinatório, ou seja, quando não têm relevância à solução do litígio judicial.⁶⁵

Porém, após a admissão da prova, ocorre tão-somente a sua realização. Os atos serão realizados para que, em eventual ação futura, ou mesmo já em curso, mas antecipada a produção de prova, possa o juízo decidir a lide com base no que restou documentado. Isso quer dizer que a prova só será efetivamente produzida quando servir de base para o convencimento, que seja capaz de influir na lide:

O chamado momento Da *produção* é aquele em que o meio de prova produzirá o efeito na relação jurídico-processual de levar o julgador à convicção da procedência ou improcedência do pedido.⁶⁶

Mais adiante Marins continua com esse mesmo raciocínio: “Sim, produção é mais que realização física. Produção da prova significa produção do efeito na relação jurídica processual de influir no julgamento do pedido.”⁶⁷

Arenhart e Marinoni também entendem que não existe efetivamente uma produção de prova. Na verdade as partes sequer sabem se elas serão úteis e utilizadas em futura ação:

Seria, portanto, incongruente admitir-se que uma prova foi *produzida* – em procedimento prévio – sem sequer saber se ela terá utilidade no feito principal. Daí por que se diz que, no processo em exame, não ocorre, a rigor, a *produção* de uma prova, mas apenas a sua *asseguração*. A finalidade da medida aqui analisada é simplesmente a de *preservar* alguma prova, para que ela possa vir a ser utilizada na seqüência. Por isso, prefere-se designar a figura em estudo de medida de *asseguração de prova*.⁶⁸

Também esse é o entendimento de Marins:

Assegurar prova para sua futura produção significa apenas praticar e documentar antecipadamente (antes da propositura da ação principal ou antes

⁶⁵ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.

⁶⁶ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 106.

⁶⁷ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 108.

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 258.

do momento processual adequado à produção da prova) os atos que servirão de prova.⁶⁹

Silva ainda lembra que, se for o caso de uma medida cautelar, ou seja, não for uma ação preparatória, o juiz poderá produzir a prova e não apenas realizá-la:

O juiz que preside a instrução preventiva, proposta antes do ajuizamento da causa, sob forma de ação cautelar, certamente ainda não recebe a prova como seu destinatário natural, pois só o *juiz da causa* onde ela deva ser afinal produzida averiguará sua legitimidade e pertinência e a receberá *como prova*; coisa essencialmente diversa ocorre quando o próprio juiz da causa, que, às vezes, já admitiu o depoimento no momento adequado, defere a sua *produção antecipada*, por ocorrer algum dos pressupostos aceitos pela lei como índice de perigo de perda ou grave dificuldade da prova no momento próprio. Aqui o juiz admite a antecipação do depoimento e o recebe, desde logo, como prova.⁷⁰

Adequando-se os ensinamentos de Theodoro Júnior e Marins, pode-se concluir que o requerimento da realização da prova antecipada deve vir acompanhado de todas as circunstâncias que caracterizem a necessidade de um procedimento cautelar: o perigo de dano irreparável e a fumaça do bom direito.

Não é demais ressaltar que essas medidas por si só não são capazes de influenciar na decisão do processo principal. O juízo verificará as provas de acordo com o conjunto probatório e circunstâncias presentes:

A prova antecipada não influenciará no julgamento do pedido de produção antecipada. Neste procedimento ela apenas é realizada fisicamente para servir ou não a uma futura ação.[...] Essa valoração ocorrerá, principalmente, na fase da sentença do outro processo, em que se julgará relação jurídica de direito material objeto do pedido.⁷¹

São diversos os fatores que influenciarão na decisão final da ação principal, inclusive a pertinência da antecipação da produção da prova. Hipótese um pouco diversa ocorre com a antecipação concedida no curso da ação principal, em que o juiz já analisou a legitimidade e pertinência da antecipação, como explica Silva:

O juiz que preside a instrução preventiva, proposta antes do ajuizamento da causa, sob forma de ação cautelar, certamente ainda não recebe a prova como seu destinatário natural, pois só o *juiz da causa* onde ela deva ser afinal produzida averiguará sua legitimidade e pertinência e a receberá *como prova*; coisa essencialmente diversa ocorre quando o próprio juiz da causa, que, às

⁶⁹ MARINS, Victor A. A. Bomfim. Produção antecipada de provas. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 8, p. 71-79, 1994. v. 10, p. 71.

⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 395.

⁷¹ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 113.

vezes, já admitiu o depoimento no momento adequado, defere a sua *produção antecipada*, por ocorrer algum dos pressupostos aceitos pela lei como índice de perigo de perda ou grave dificuldade da prova no momento próprio. Aqui o juiz admite a antecipação do depoimento e o recebe, desde logo, como prova.⁷²

Com esse mesmo raciocínio, Silva explica o cabimento da confissão na produção antecipada de prova:

Em verdade, segundo nos parece, a pena de confissão redundaria em ter-se a prova que se pretende *assegurar* desde logo *produzida* no juízo cautelar e não apenas *assegurada*. Somente o juiz da ação satisfativa poderia obter semelhante resultado, ponderando o valor probatório da recusa em depor.⁷³

Diante do que foi exposto, tem-se que o nome dado pelo CPC de “cautelar de antecipação de prova” não é o mais adequado. A cautelar tem apenas o poder de realizar a prova. Apenas o juízo da causa principal é que poderá de fato, ao analisar o conjunto fático-probatório, se convencer do que restou realizado e esse convencimento é que influirá na decisão final do processo, como explicita mais uma vez Silva: “As avaliações e os arbitramentos haverão de fazer-se no *processo principal*, com base nas descrições periciais feitas no juízo cautelar.”⁷⁴

3.2 Hipóteses de cabimento

As cautelares têm como fundamento a proteção do direito que esteja em perigo de violação. Ou seja, resguarda-se esse direito para que seja efetivado. Essa é a idéia dos provimentos cautelares.

No caso específico da antecipação das provas, podem existir diversas causas que façam com que uma prova possa se perder e não ser apresentada em juízo. Então o CPC previu especificamente a cautelar de antecipação de provas nos arts. 846 ao 852.

O próprio CPC diz que a antecipação consistirá em interrogatório da parte, inquirição de testemunha e exame pericial.

⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 395.

⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 390.

⁷⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 939.

É fácil imaginar que as partes que podem ser inquiridas podem estar sofrendo de alguma enfermidade grave, que, pela idade, não possam aguardar até o momento adequado para serem ouvidas. Essas são as possibilidades trazidas pelo art. 847, II, do CPC. Por outro lado, há a previsão, no inciso I do mesmo dispositivo, de antecipação dessa prova caso a parte ou testemunha tenha que se ausentar.

Acerca desse rol, explica Marins que ele é meramente exemplificativo, havendo, assim, possibilidade de se antecipar a produção de outras provas:

Apesar de o dispositivo legal referir-se apenas à antecipação do interrogatório da parte, da inquirição de testemunhas e do exame pericial, isso não significa que somente estes meios de prova podem ser antecipados. A disposição legal não é restritiva, mas sim meramente exemplificativa.⁷⁵

Silva também tem o mesmo entendimento. Para ele, a possibilidade que traz o CPC de produzir antecipadamente a prova não se limita aos casos expressamente previstos. E faz sentido mesmo porque a evolução da tecnologia não pode ficar fora do conhecimento do juízo:

Parece que a intenção do legislador foi fazer com que a locução *exame pericial*, aqui no art. 846, compreendesse todas essas modalidades de provas técnicas, conhecidas e praticadas no processo civil, inclusive as modernas provas por meios mecânicos e eletrônicos, como a fotografia, a prova por gravação sonora e cinematográfica, ou similares.⁷⁶

Embora o rol seja exemplificativo, não poderá haver a antecipação da prova caso ela possa ser realizada em momento oportuno. Nesse caso não haveria um *periculum in mora* necessário para justificar a cautelar. Isso é o que defendem Gouvêa e Negrão: “Quando o fato puder ser apurado no momento processual adequado, não se justifica o pedido de produção antecipada de prova [...], pois neste caso não há ‘periculum in mora’ a legitimar a medida.”⁷⁷

Outra questão interessante trazida também por Silva é sobre a possibilidade de se realizar a produção antecipada da prova contra pessoa incerta: “Cremos perfeitamente admissível, no Direito brasileiro, não só a inquirição de testemunhas *ad*

⁷⁵ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104.

⁷⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 391.

⁷⁷ GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 904.

perpetuam memoriam, como a realização de exames periciais *contra incertam personam*, caso em que o juiz dará curador especial ao réu ignorado.”⁷⁸

A princípio isso pode parecer estranho, porém a realização da prova poderá esclarecer para a parte quem deverá figurar como parte ré no processo principal. O depoimento de uma testemunha ou exame pericial poderá revelar quem será réu.

Dever-se-á ter muito cuidado com relação à ampla defesa e ao contraditório. Como o doutrinador revela, um curador especial será designado para que a realização não seja guiada por apenas uma das partes, o que poderia ser considerado extremamente prejudicial a quem não pôde realizar perguntas e nem acompanhar as diligências.⁷⁹

3.3 Enquadramento como cautelar

O CPC traz em seu Livro III a previsão das cautelares, tanto as cautelares inominadas, quanto as cautelares nominadas, determinadas em casos específicos e com procedimentos próprios.

Muitas dessas cautelares nominadas, no entanto, apesar de estarem assim previstas, não são consideradas como tal. Isso ocorre porque, ao tentar-se vislumbrar os requisitos das cautelares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de algum direito que poderá ser violado e deva ser acautelado, assegurado, não percebe esse direito passível de violação, isso com base na tese de quem defende que a cautelar deve proteger o direito e não o processo em sim.

Boa parte da doutrina, então, não vê o procedimento a que o CPC denomina como cautelar de antecipação de prova como sendo efetivamente uma cautelar, muito embora não se retire dela a importância de se realizar a prova antes, sob pena de não poder mais realizá-la.

Para quem entende assim, o risco de não poder produzir a prova somente implica possível frustração de direitos processuais, quando a cautelar deverá estar fundamentada em proteção ao direito substantivo:

⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 403.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 403.

O risco de demora pode frustrar somente o atendimento dos direitos processuais (da ação e da defesa), de modo que a ligação da medida de asseguaração de prova não é com o direito material, mas apenas com direitos processuais.⁸⁰

Há quem entenda que com a antecipação da produção de provas não se está, na verdade, resguardando nenhum direito material, como o deveria, então não é ela uma cautelar propriamente dita. Com esse entendimento pode-se citar Arenhart e Marinoni:

Com a asseguaração de prova, logra-se obter o registro de um fato, de modo que se possa, no futuro, requerer a incorporação desse registro em outro processo e, em sendo isso admitido, produzir a prova desse fato nessa outra demanda.

Está claro que a medida em questão não possui natureza cautelar. Não se destina ela a proteger a tutela de algum direito, nem sequer objetiva assegurar situação jurídica tutelável. Tal como ocorre com a medida de exibição, a função da asseguaração de prova é simplesmente a de proteger direitos processuais (a ação e a defesa). São medidas, então, que se relacionam com a eficácia do processo e não, pelo menos diretamente, com a proteção de interesses materiais.⁸¹

Esses autores não estão isolados com tal entendimento. Também defende essa posição Marins:

A conclusão imediata e apressada seria de que sua natureza é cautelar. Ocorre que a citada providência nem sempre terá natureza cautelar. [...] Já é sabido que nem todas as medidas lá previstas têm natureza cautelar. É o que ocorre com a produção antecipada de prova.⁸²

Com a devida vênia, a tese explicitada acima não merece prosperar. Já foi visto anteriormente que a cautelar pode resguardar tanto o direito material quanto o próprio processo, pois, assim fazendo, estará acautelando o direito material que será objeto do processo. Não é demais lembrar que a finalidade do processo é instrumental, não tem um fim em si mesmo. Protegendo o instrumento, estar-se-á protegendo o direito.

A cautelar de antecipação de prova não é nada mais que uma segurança para realizar a prova antecipadamente e, se for o caso, produzi-la, isto é, fazer com que ela

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 259.

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 258.

⁸² MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 119.

influa na decisão do processo principal, tendo papel ativo no modo com que o magistrado vê os fatos.

Defende-se aqui que, embora haja vasta divergência doutrinária, a ação cautelar de produção antecipada de prova é, sim, uma cautelar propriamente dita.

3.4 Efeitos da não propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias

Como já visto, a ação cautelar, como regra, é temporária. O seu período de duração vai ser o bastante apenas para se afastar o perigo que cerca o direito material ou o próprio processo, já que este, como instrumento que visa a garantir o direito material, vai, ao fim, proteger o direito material em si.

É esse o entendimento de Zavaski, que ainda o diferencia da provisoriedade, presente nas tutelas antecipatórias:

As primeiras [medidas antecipatórias] são provisórias, porque destinadas a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, *que as sucederá*, com eficácia semelhante; já as cautelares são temporárias, porque, vocacionadas a ter eficácia limitada no tempo, *não serão, no entanto, sucedidas* por medida de igual natureza.⁸³

Mesquita não diferencia a temporariedade da provisoriedade na cautelar. Para ele a cautelar é provisória, mas explica no sentido de que ela precisa de uma ação principal para gerar certeza:

Deveras, aptidão para gerar certeza só o tem o processo principal e sua sentença final, pois assentada em cognição exauriente. Aliás, o processo cautelar não se presta a acertar a situação principal, é essencialmente *provisório*, nasce à espera do definitivo, rege outra situação, por isso a decisão cautelar é ontologicamente concebida para perder eficácia.⁸⁴

Não se deve olvidar de que a ação cautelar sequer tem o condão de fazer coisa julgada material. Ao contrário, o juiz poderá revogar a qualquer tempo a sua concessão, desde que no julgamento da medida cautelar haja incompatibilidade entre o mérito da

⁸³ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

⁸⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 52, p. 202.

ação e da medida concedida ou que a parte prove alteração na situação fática suficiente para tornar desnecessária a cautelar. É o que defende Marins:

Permite-se a revogação da medida cautelar a qualquer tempo. Isto porque a cautela sempre estará sujeita ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

[...]

Esta revogação pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Sim, pois a situação de perigo à eficácia do processo principal pode vir a perdurar posteriormente ao trânsito em julgado da sentença cautelar.⁸⁵

Mais à frente a autora ressalta ainda a impossibilidade da cautelar formar coisa julgada material: “A sentença cautelar não produz coisa julgada material, como já foi exposto no item 13.4, pois não declara direito. Produz apenas coisa julgada formal. E não será meramente homologatória.”⁸⁶

Esses entendimentos são defendidos também por Silva, para quem a tutela cautelar é temporária:

Porque deve durar enquanto dure a *situação de perigo* a que esteja exposto o interesse tutelado. [...] em verdade, depois do trânsito em julgado da sentença que houver proclamado a existência real do direito que o arresto protegera apenas como *aparência de direito*, é que tal medida cautelar tornar-se-á ainda mais justificada e prestante, devendo perdurar até que, promovida a ação de execução de sentença, seja possível efetivar a penhora sobre os bens anteriormente arrestados.

b) o provimento cautelar igualmente deve ser *temporário* no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a *indiscutibilidade* que torna permanente a coisa julgada material.⁸⁷

Tendo em vista essa precariedade da cautelar, o CPC previu no art. 806 a necessidade do ajuizamento da ação principal quando a cautelar for intentada antes do curso da ação principal: “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar quando esta for concedida em procedimento preparatório.”⁸⁸

⁸⁵ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

⁸⁶ MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

⁸⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, p. 86.

⁸⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 680.

O referido dispositivo só é aplicável às cautelares preparatórias, já que nas incidentais a ação principal já está em curso: “A norma só se aplica às cautelares antecedentes, pois quanto às incidentes, a ação principal já se encontra em curso.”⁸⁹

De fato, para uma ação que, como regra, não deve ser permanente, deve sofrer uma certa limitação para que não perdue sem termo final.

Imagine-se, *verbi gratia*, uma ação cautelar preparatória que tenha por fim a constrição de um bem. Obtida a sua concessão, o autor da cautelar poderá não mais ter interesse em realizar qualquer ato que dê continuidade ao seu julgamento da lide principal. Como consequência, o réu terá o seu patrimônio limitado por uma decisão que não faz coisa julgada material, que deveria ser provisória e que, se não fosse o prazo estabelecido no art. 806 do CPC, não teria limite temporal.

A razão, portanto, do prazo decadencial de 30 (trinta) dias é fazer com que, de fato, a decisão da cautelar preparatória seja temporária e obrigue o autor a realizar os procedimentos que iniciem o processo principal e julguem o mérito da questão.

Imperioso se faz analisar aqui o desdobramento processual após o transcurso do mencionado prazo sem que haja a propositura da ação principal.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o termo inicial para a contagem do prazo, como bem mostra a redação do dispositivo, é a efetivação da cautelar. Não se aplica aqui a regra de que a parte deve ser intimada ou o mandando seja juntado aos autos para que o transcurso do prazo se inicie. Basta haver a efetivação e então o autor deve se atentar para providenciar a ação principal nos 30 (trinta) dias seguintes.

Theodoro Júnior é defensor dessa tese e sustenta que “O prazo do art. 806 é, outrossim, contado não da decisão que defere a medida liminar mas da data de sua *efetivação*, conforme faz claro o citado art. 806.”⁹⁰

Silva, fazendo o contraponto, entende que a parte deve tomar conhecimento formal da efetivação do ato para, só então, dar início ao transcurso do prazo:

Temos, pois, que o prazo de 30 dias há de correr a partir do momento em que a parte toma ciência formal da juntada aos autos do mandado de execução da medida cautelar devidamente cumprida.⁹¹

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1. de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007, p. 1125.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 408.

⁹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 200.

E caso o autor, por descuido ou desinteresse não providencie a ação principal? Para essa análise, deve-se fazer uma interpretação sistemática do CPC. Os arts. 267⁹² e 269⁹³ do CPC, que regulam a extinção do processo sem e com resolução de mérito, respectivamente, não mencionam o transcurso do prazo decadencial de 30 (trinta) dias previsto no art. 806 do mesmo diploma normativo como causa de extinção.

Por essa razão é que o entendimento majoritário é o de que a não propositura da ação principal no prazo decadencial tão-somente torna sem efeito a liminar concedida na ação cautelar preparatória. Não há, como consequência, a extinção do processo cautelar. Nesses termos o entendimento de Gonçalves:

Não raras vezes o magistrado defronta-se com pedido de revogação de liminar concedida em ação cautelar, em razão da não propositura da ação principal no prazo de 30 dias, pois o art. 808 do CPC determina, no seu inciso I, que se a parte não intentar a ação no prazo do art. 806 do CPC, cessam os efeitos da medida cautelar.

Contudo, é de ver-se que o não ajuizamento da ação principal no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida, gera apenas a ineficácia da medida liminar, jamais a ineficácia do pedido (mérito) contido na ação cautelar.

[...]

Assim, a liminar não encerra a prestação jurisdicional, sendo necessário o pronunciamento definitivo, com uma sentença, desfavorável ou não, mas de mérito.

[..]

⁹² Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

⁹³ Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – quando as partes transigirem;

IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Além do mais, o não ajuizamento da ação principal no prazo de 30 dias não está elencado no rol do art. 267 do CPC, como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito.⁹⁴

O magistrado deverá continuar no julgamento da cautelar, porém sem o efeito da liminar antes concedida. Retira-se do mundo jurídico, qualquer efeito anteriormente existente e decorrente da liminar, como explicam Nery Junior e Nery.

Também não haverá implicação no direito material do autor, apenas no direito à cautela, como explicam Nery Júnior e Nery: a decadência atinge somente o direito à cautela, permanecendo íntegro eventual direito material de que seja titular o requerente. Assim, mesmo após verificar-se a decadência da cautela, o requerente pode ajuizar ação principal, se o direito nela pleiteado ainda não tiver sido extinto. Apenas a medida cautelar concedida é que perde seus efeitos.⁹⁵

Alvim vai um pouco além e afirma “O escoamento do prazo de 30 dias, sem que tenha sido proposta a ação principal, ‘fulmina’ os efeitos da cautelar, retroagindo no tempo, à data de sua propositura”,⁹⁶ incluindo-se aí até mesmo a interrupção da prescrição:

Desta forma, no caso sob exame, conquanto se haja de reputar interrompida a prescrição, a circunstância de à concessão do seqüestro (ainda que substituído pela prestação de garantia), não se ter seguido a propositura da ação principal, leva ao desaparecimento dos efeitos da medida cautelar, dentre os quais está fundamentalmente o de sua força constritiva sobre o patrimônio do devedor, e também o da interrupção da prescrição.⁹⁷

Por outro lado, caso a cautelar seja concedida após o seu julgamento final, ou seja, não se tratando de liminar, os mesmos trinta dias serão disponibilizados para o ajuizamento da ação principal. Como o mérito da cautelar, a necessidade de proteção de algum direito, já foi analisado, a prestação jurisdicional relativa à cautelar já foi exaurida. Os efeitos da cautelar cessam e só poderá haver novo pedido no mesmo sentido demonstrando novos fatos que impliquem em perigo a algum direito.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto Rezende. Medida cautelar – ação principal aforada após 30 dias – perda da eficácia da liminar, não da cautelar, que deve ser julgada pelo mérito. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul*. Ano 21, n. 137, jul./set. 2000, p. 11/12.

⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1. de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007, p. 1125.

⁹⁶ ALVIM, Arruda. Ação Cautelar – não propositura da ação principal em 30 dias – cessão dos efeitos produzidos. *Revista de Processo*. n. 75, p. 217-226, jul./set., 1994. v. 19, p. 223.

⁹⁷ ALVIM, Arruda. Ação Cautelar – não propositura da ação principal em 30 dias – cessão dos efeitos produzidos. *Revista de Processo*. n. 75, p. 217-226, jul./set., 1994. v. 19, p. 220.

Greco Filho confirma o entendimento majoritário da doutrina:

As medidas cautelares conservam sua eficácia, quando requeridas antes da ação principal, por trinta dias contados de sua efetivação, prazo dentro do qual deve ser proposta a ação principal (art. 806). Proposta esta, a eficácia da medida perdurará enquanto a principal estiver pendente (art. 807). Se não for a ação principal proposta nesse prazo, a medida caducará. O prazo, portanto, é de caducidade e é improrrogável. A efetivação da medida é o momento em que ela alcança o seu objetivo, tenha sido concedida em caráter liminar ou não. Se concedida em caráter liminar, mesmo que o processo cautelar não tenha decidido, ainda assim a ação principal deve ser proposta no prazo.⁹⁸

O efeito do não ajuizamento da ação principal após concedida a cautelar, seja liminarmente ou ao final da ação cautelar, será o de tornar sem efeito a cautela concedida, o que não significa que será extinta a ação cautelar preparatória por essa razão.

3.5 Aplicação do art. 806 para a ação cautelar de antecipação de prova

Polêmica na doutrina diz respeito às conseqüências da não propositura da ação principal no referido prazo de 30 (trinta) dias. As teses de ser ou não ser aplicável o art. 806 do CPC à ação cautelar preparatória de antecipação de prova se dividem entre os que entendem ser essa cautelar propriamente uma cautelar e os que não a vêem como tal.

Para parte destes, o prazo de 30 (trinta) dias só é aplicável às cautelares. Como não a consideram como uma cautelar propriamente e vêem na denominação do legislador um equívoco, entendem que não deve ser exigido o ajuizamento da ação principal nos trinta dias seguintes à efetivação da liminar concedida.

O prazo seria aplicável apenas para as ações consideradas efetivamente como cautelares. Se a antecipação de prova recebe esse *nomen iures*, mas não é assim considerada, por entenderem como não tendo os requisitos de uma cautelar, não poderia ela sofrer a limitação temporal prevista pelo art. 806.

O problema desse entendimento é que, como já explicitado anteriormente, a antecipação de prova é uma cautelar. Tem todos os requisitos de uma cautelar. Então a

⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 176.

análise da aplicação desse dispositivo deve ser feita sob outro enfoque, enquadrando-a como uma verdadeira cautelar.

A cautelar de antecipação de prova visa a resguardá-la, realizando-a para que possa eventualmente ser produzida e influir na decisão do juiz na ação principal. Nesse sentido defende Marins: “Quando o pedido de produção antecipada de prova objetivar a proteção à eficácia de um processo principal, sua natureza será cautelar. É o caso do exemplo clássico da testemunha enferma.”⁹⁹

Existe um direito da parte de ter resguardado o meio de prova a ser utilizado futuramente. Havendo qualquer situação que coloque em risco a prova possível de ser utilizada numa ação que discuta o direito material ali abordado, o Estado deverá proteger esse direito para que ele se concretize. Nas palavras de Marins:

No caso da produção antecipada de prova cautelar, o autor, além da aparência de existência do direito a ser declarado no processo principal, deverá demonstrar a situação de risco ao resultado útil do processo, justificando, assim, a necessidade de assecuração do meio de prova.¹⁰⁰

Para Greco Filho, “Cada prova tem o momento adequado para sua produção [...]. O perigo de perecimento, todavia, justifica sua produção antecipada, quer ao próprio processo, quer ao momento processual próprio, se aquele já está instaurado.”¹⁰¹

Marins tem outra visão do perigo que é o necessário para justificar a cautelar de antecipação de prova. Para ele não se justificam as vistorias requeridas pelo locador de imóvel, pois não alega qualquer dano.¹⁰² Discorda-se dele, *data vênia*, pelo fato de que vê-se como direito possivelmente violado o de não ter a prova realizada, não precisando de alegação de violação ao direito substancial.

A questão da aplicação do prazo previsto no art. 806 do CPC, no entanto, deve ser vista com atenção para esse caso de ação cautelar preparatória.

A primeira razão para entender pela não aplicação do referido dispositivo nessa cautelar está no fato de não ocorrer constrição de bens. A cautelar preparatória é uma

⁹⁹ MARINS, Graciela Lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

¹⁰⁰ MARINS, Graciela Lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

¹⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 194.

¹⁰² MARINS, Victor A. A. Bomfim. Produção antecipada de provas. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 8, p. 71-79, 1994. v. 10, p. 73.

ação que não deve perdurar por muito tempo. Ela é temporária. Não tem o condão de fazer coisa julgada material e, para isso, depende sempre de uma ação principal. Esse é o ensinamento de Theodoro Júnior:

Porque não pode a parte eternizar, a seu bel-prazer, a medida cautelar que obteve, antes mesmo de propor a ação principal, marca-lhe a lei um prazo dentro do qual o juízo de mérito terá de ser instaurado. Esse prazo, de acordo com o art. 806, é de trinta dias, e tem caráter de *fatal* ou *peremptório*, o que quer dizer que se mostra improrrogável.¹⁰³

Se o patrimônio do réu for afetado pela concessão da cautelar, essa afetação não pode se manter até que o livre arbítrio do autor entenda por bem providenciar a ação principal. Essa é a razão central de existir esse prazo no CPC.

Greco Filho defende que esse prazo só é aplicável a medidas que restrinjam direitos e bens, pois só tem sentido caso a perpetuação da medida seja prejudicial. Então as notificações, interpelações e produções antecipadas de provas não estão adstritas aos 30 dias. O prazo é irrelevante:

Esse prazo, por se referir à eficácia da medida, não se aplica às medidas cautelares sem eficácia constritiva, por exemplo, as notificações, interpelações e mesmo a produção antecipada de prova. A regra do art. 806 é protetiva daquele que sofre alguma restrição à faculdade de agir em virtude da providência cautelar, para que a medida provisória não se prolongue indefinidamente. No caso da medida não constritiva, o prazo torna-se irrelevante, valendo a providência além dele.¹⁰⁴

Ocorre que simplesmente nenhum bem do réu será restringido com a concessão da cautelar de antecipação de prova. Ele terá plena liberdade para dispor de seus bens. Poderá realizar qualquer ato legítimo de quem tenha posse e propriedade de algum bem.

É isso que sustenta Theodoro Júnior, para quem, como tem se sustentado aqui, esse prazo se restringe às medidas constritivas de bens ou restritivas de direito. Por essa razão, não se aplica à antecipação de produção de prova. O fato provado e a pretensão continuam existindo independentemente da propositura da ação principal.¹⁰⁵

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 408.

¹⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 176.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2.

A única conseqüência da realização da prova é a documentação de tudo que foi relatado e objeto do contraditório na ação cautelar. Se o objeto da ação cautelar foi, por exemplo, a oitiva de alguma testemunha, a ata de audiência ficará arquivada e disponível para o uso na ação principal.

Se a cautelar foi para a realização de uma perícia, após o seu procedimento o local ou objeto da perícia será liberado e não terá qualquer diminuição ou restrição do patrimônio. Os documentos ficarão também registrados e não causando maiores conseqüências, muito menos que prejudique o réu, a não ser o seu uso na ação principal. “Em se cuidando aqui de simplesmente documentar para futura memória o depoimento da testemunha, afastada estará qualquer valorização da prova ou da pessoa que vai depor perante o juiz.”¹⁰⁶

A realização da prova não tem o condão de alterar qualquer circunstância. Ela é apenas feita e registrada. Inclusive poderá ser usada pelo réu, caso entenda que poderá lhe beneficiar na ação principal. A prova realizada não é exclusiva do autor. Poderá ser produzida por qualquer das partes.

É o que explicam Oliveira e Lacerda: “Como se trata de asseguarção de prova, que tanto pode interessar ao autor quanto ao réu da futura demanda ou mesmo a terceiro com algum interesse jurídico, se esmaece nessa espécie o requisito do *fumus boni iuris*.”¹⁰⁷

Outro fator importante que confirma essa tese é o fato de que se a concessão for através de liminar, pela análise do art. 806, ela perderá sua eficácia caso a ação principal não seja intentada no prazo de 30 (trinta) dias, restando, ainda ao juízo julgar a cautelar, ou, se for concedida ao final, também perderá a eficácia, porém não podendo o magistrado alterar a decisão.

Tendo isso em mente, tornaria descabida a aplicação do art. 806 com a conseqüente perda da eficácia da cautelar. É que esta cautelar especificamente não altera em absolutamente nada as circunstâncias fáticas. A testemunha em tese teria o

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8, tomo 2, p. 249.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8, tomo 2, p. 238.

mesmo para falar em qualquer momento e a perícia de certo objeto atestaria o mesmo naquele momento.

Se o desdobramento da obtenção da cautelar é tão-somente o registro do relatório da perícia ou do que uma testemunha tem a dizer, qual seria, então, a conseqüência da perda de eficácia dessa cautelar? Rigorosamente nenhuma. Os fatos não se alteraram e os documentos com o registro permanecem os mesmos. Pode-se dizer que os documentos produzidos em juízo para servirem como provas são perpetuados, podendo embasar uma ação a qualquer tempo.

Isso é o que defende Greco Filho, para quem, “Tomado o depoimento ou feito o exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem (art. 851)”.¹⁰⁸

Não é diferente a posição de Theodoro Júnior:

A sentença que o juiz profere nas ações de antecipação de prova é apenas homologatória, isto é, refere-se apenas ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, para produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial.¹⁰⁹

Mais adiante prossegue reafirmando a não aplicação do art. 806, tendo-se em vista que a verdade a ser produzida pela prova é una e imutável e por isso não há razão para perda de sua eficácia caso a parte não utilize dentro de certo prazo, não se aplicando o art. 806:

Se, outrossim, o fim da prova é a demonstração da verdade de um fato, uma vez feita tal demonstração, a eficácia produzida é, necessariamente perpétua. A verdade é una, imutável e eterna. O tempo, portanto, não a afeta. Inconcebível seria a pretensão de negá-lo só porque se passou o prazo superior a trinta dias após a apuração da verdade. Seria contra a natureza das coisas atribuir ao juiz o poder de negar eficácia a prova antecipada só porque a parte não a utilizou em certo prazo.¹¹⁰

Interessante opinião tem Marins. A autora defende a natureza cautelar da antecipação de prova, entendendo ser cabível a proteção de um processo, conforme se denota do seguinte trecho: “A corrente que tem a maioria de adeptos e também a que é

¹⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3, p. 195.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 468.

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2, p. 469.

observada majoritariamente pela nossa jurisprudência é aquela que tem por finalidade da tutela cautelar a proteção de um processo dito principal.”¹¹¹

Por outro lado, a autora não faz a análise sob a perspectiva da não constrição de bens. Para ela, é aplicável o art. 806. Pelos motivos já expostos, não se concorda com as razões da autora, que assim se manifesta:

Se antecedente o pedido cautelar, o principal deverá ser ajuizado em 30 (trinta) dias contados a partir da data da efetivação da cautela (art. 806 do CPC) sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar (art. 808, I, do CPC). O prazo para a ação principal não se inicia a partir da juntada aos autos do mandado de efetivação da medida cautelar, como ocorre no prazo para resposta, mas sim a partir da própria data da execução da cautela, desde que do ato tenha ciência o autor, obviamente.

Este processo principal à ação cautelar antecedente deverá ser distribuído para o mesmo juízo em que se encontra o pedido cautelar, em razão da conexão.¹¹²

Não poder-se-ia deixar de demonstrar o entendimento de Arenhart e Marinoni, que não vêem a antecipação de provas como uma verdadeira cautelar, mesmo assim defendem a não aplicação do prazo de trinta dias:

De todo modo, e por conta do aspecto acima apontado, é certo que não se aplica à medida da assecuração de prova o prazo de trinta dias, de que trata o art. 806 do CPC. Por isso também, não se cogita de perda de eficácia da medida cautelar, se não ajuizada a ação principal naquele prazo. Aliás, sequer haveria sentido em simplesmente desconsiderar prova previamente tomada, apenas pelo fato de que a ação em que ela será usada não foi em trinta dias.¹¹³

Não obstante os fundamentos já revelados, deve-se ressaltar que apesar de ser maioria a doutrina que defende a não aplicação do art. 806, há quem entenda que não há objeção ao emprego do referido dispositivo na cautelar de antecipação de prova. Esse é o entendimento, *verbi gratia*, de Marins:

A ação cautelar de assecuração de prova está sujeita aos princípios gerais inerentes à essa forma de tutela jurisdicional. Assim, o requerente terá de evidenciar os elementos da cautela; haverá aplicabilidade do art. 806, e bem assim do procedimento dos arts. 801-804, inclusive quanto à justificação e pedido de liminar salvo disposições específicas; a cautela prevenirá a competência para a ação principal; não haverá coisa julgada material, mas tão-

¹¹¹ MARINS, Graciela Lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 128.

¹¹² MARINS, Graciela Lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 149.

¹¹³ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4, p. 265.

somente formal, vedada portanto a repetição do pedido a não ser por novo fundamento.¹¹⁴

Não existe lógica em se desfazer de uma documentação pelo simples fato de não ter sido ajuizada a ação principal no prazo estabelecido pelo art. 806 do CPC, muito embora seja ele bastante útil e mesmo justo em procedimentos que atingem o patrimônio do réu, o que não é o caso na cautelar de produção antecipada de prova.

¹¹⁴ MARINS, Victor A. A. Bomfim. Produção antecipada de provas. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 8, p. 71-79, 1994. v. 10, p. 74.

CONCLUSÃO

Como foi visto, a ação cautelar tem por fim proteger um bem. A atividade jurisdicional não deve atuar apenas quando já houver uma violação a direito. Pode agir mesmo quando existe um perigo iminente.

As cautelares vão atuar criando medidas para que o bem que se encontra em risco seja resguardado. O provimento jurisdicional vai se limitar à proteção. O que também quer dizer que não entrará no mérito da questão e que será decidida na ação principal, se a cautelar for preparatória, ou em sentença que julgue o mérito, no caso de ser medida incidental da ação.

Foi visto também que, apesar da divergência doutrinária, as cautelares poderão proteger tanto o direito material defendido na ação principal, questão de mérito, ou mesmo resguardar o próprio processo.

Com a concessão da cautelar, o provimento estará resguardando o direito para que posteriormente a decisão final possa ser eficaz. Tendo em vista que o processo é um instrumento para se realizar um direito, a proteção desse direito, mesmo que indiretamente, vai acabar protegendo o próprio direito objeto da ação.

Por essa razão que não há razão em não aceitar a cautelar que vise a proteger um processo. Ele poderá, sim, protegê-lo para ao fim garantir que a prestação jurisdicional seja efetiva e o direito material seja garantido.

Para se verificar o perigo a que esteja correndo o direito e a necessidade da concessão da cautelar deverão estar presentes duas coisas: o *periculum in mora* e o *fumus boni iures*. Diferentemente do que a tradicional doutrina ensina, esses requisitos não são o perigo da demora e a fumaça do bom direito.

Na verdade, o *periculum in mora* deverá ser a verossimilhança e o *fumus boni iures* a iminência do dano irreparável, que deverão ser demonstrados com os pedidos.

A verossimilhança como algo crível, que faça o magistrado concluir pelas razões expostas que os fatos estão mesmo acontecendo. A iminência do dano irreparável é o perigo que o direito está correndo e que deve ser repellido.

Estando presentes essas duas circunstâncias deverá a cautelar ser concedida para que o direito se torne exequível e não seja apenas algo abstrato.

Com relação à antecipação de tutela, apesar de juntamente com a cautelar fazer parte das tutelas de urgência, não se confundem. Esta, pleiteada apenas no curso da ação principal, apenas antecipa os efeitos da decisão que poderá ser tomada ao final da ação principal. Não tem a finalidade de proteção.

Já na tutela inibitória o autor deverá provar que um ato ilícito está prestes a acontecer e requerer que o Poder Judiciário determine a não realização para não ocasionar a lesão. Não precisa de outra ação. É satisfativa.

Após ter a base doutrinária acerca das cautelares, foi visto que a cautelar de antecipação de prova é realmente uma cautelar, por proteger a prova que vai auxiliar a ação, instrumento para o judiciário reconhecer e executar o direito. Merece, por isso, proteção.

No caso dessa cautelar ser ajuizada como uma ação preparatória, poder-se-ia pensar na aplicação do art. 806, que prevê o prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal.

As peculiaridades da antecipação de provas não permitem que esse entendimento prevaleça. Com a concessão dessa cautelar não sucede qualquer restrição ao patrimônio do réu. A liberdade relativa aos bens e direitos do réu continuará a mesma, sem qualquer alteração.

A consequência da antecipação da prova será apenas a documentação, registro e arquivamento de tudo o que foi feito. Como não existe alteração dos fatos, não há razão para que os efeitos da cautelar sejam extintos. A prova é una e perdurará enquanto for necessário para auxiliar no julgamento da ação principal.

Não havendo sentido para a cessação dos efeitos da cautelar, não pode ser aplicado o prazo decadencial de trinta dias na cautelar preparatória de produção antecipada de provas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Ação Cautelar – não propositura da ação principal em 30 dias – cessão dos efeitos produzidos. *Revista de Processo*. n. 75, p. 217-226, jul./set., 1994. v. 19.

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organização de Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BUZAID, Alfredo. Produção antecipada de prova. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=865>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. *Boletim Jurídico*. Uberaba-MG, a. 1, n. 1. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 09 maio. 2007.

GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral do processo cautelar. In: *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed., ver. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2006. P. 165-206. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Alberto Rezende. Medida cautelar – ação principal aforada após 30 dias – perda da eficácia da liminar, não da cautelar, que deve ser julgada pelo mérito. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul*. Ano 21, n. 137, jul./set. 2000, p. 11/12.

GOUVÊA, José Roberto F.; Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 38. ed. Ed. Atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINS, Graciela lurk. *Produção antecipada de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. Produção antecipada de provas. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 8, p. 71-79, 1994. v. 10.

_____; SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo cautelar, arts. 813 a 889*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 12.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 52.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1. de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8, tomo 2.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Parte XIV – Processo cautelar*. In: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 349-521. v. 2.

VELMOVITSKY, Salomão. A conexão entre a produção antecipada de prova, prevista no art. 846, do ordenamento procedimental, e a ação principal que lhe segue. *Informativo*. Ano 20, 2000, página 126. Boletim semanal n. 08.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.