

As Medidas Cautelares na Tutela de Segurança sob Jurisdição de Outros Tribunais

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA¹

Doutor em Direito. Professor de Direito Civil na

UnB - Universidade de Brasília (com a colaboração de Fernanda Dias Xavier)

*“Quanto mais o Governo se aproxima da República,
tanto mais rígida a maneira de julgar”
(Montesquieu - “O Espírito das Leis”)*

Compreende-se, do ponto de vista eminentemente formal, que os Tribunais Superiores Brasileiros venham negando a concessão de medidas liminares em procedimentos cautelares quando os processos principais ainda não estão sob sua jurisdição.

Porém, não se pode negar, por outro lado, a possibilidade da tutela ser concedida naqueles casos em que os procedimentos ainda não estejam concluídos nos tribunais de origem - quer por falta de julgamento, quer pela não existência da interposição do recurso competente -, desde que o cidadão tenha o seu direito ameaçado de perecimento em face do lapso temporal existente entre o ato perpetrado e o trânsito em julgado da decisão de mérito ou a chegada do processo no tribunal *ad quem*.

Os Tribunais Superiores, na grande maioria de suas decisões, têm admitido a possibilidade da utilização de medidas cautelares, para a tutela de direitos que possam perecer no decorrer dos processos principais, desde que presentes uma de duas condicionantes: a) já haver a interposição e admissão de recurso sem efeito suspensivo no tribunal de origem; b) em uma posição mais liberal, desde que exista, quando menos, a interposição do apelo.

Inegavelmente são avanços que merecem o melhor acolhimento por parte dos operadores do direito. Mas parece-nos pouco.

Restam incontestadas aquelas situações em que o processo ainda se encontra em tramitação no tribunal de origem e que, em face de decisão nesta Corte - irrecorrível com efeito suspensivo - possa gerar grave lesão ao direito da parte litigante.

Surge, então, a indagação: Caberia a interposição de medida cautelar incidental, com requerimento liminar, endereçada ao tribunal destinado a conhecer do eventual recurso, com o fim de sustar os efeitos do ato praticado em outro tribunal, para salva-

guardar a eventual efetividade da decisão de mérito e evitar um prejuízo de difícil ou impossível reparação para o titular do direito?

Em uma resposta que adianta as conclusões do presente estudo, cremos que sim, desde que presentes os pressupostos da denominada Tutela de Segurança, já perfeitamente delimitada pela doutrina.

Atualmente, é impossível a análise simplista do Direito Processual Civil, como bem ensina Ovídio Baptista da Silva, nascido no auge do liberalismo europeu do século XIX, marcado por deformações das correntes formalistas do direito, que separa a realidade jurídica da realidade fática, de modo a tentar visualizar o direito como uma ciência exata e não social.

Acertadamente, entende Calamandrei que deveria haver no sistema jurídico um modo de assegurar à parte cujo direito está em perigo uma providência real, imediata e definitiva que evitasse os prejuízos causados pela demora no julgamento das lides:

“en un ordenamiento puramente ideal en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantanea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habria lugar para las providencias cautelares” (Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares, 1945, p. 44)

Como o nosso ordenamento jurídico não é ideal e não existe essa providência idealizada pelo mestre italiano, resta-nos apenas, enquanto não surgirem novos institutos, fazer o melhor uso daqueles que possuímos.

Necessitando a parte de uma providência urgente, inalcançável por meio do procedimento ordinário, surgem de imediato à mente três institutos: o mandado de segurança, o habeas corpus e a medida cautelar. Em todos eles, procura-se uma tutela espe-

cial, a qual assegure tanto o direito da parte quanto a própria eficácia do processo em si e, assim, a prevalência das garantias constitucionais asseguradas, como o acesso à Justiça, e o princípio da instrumentalidade do processo.

Diante do fato de que as hipóteses de cabimento do mandado de segurança e do habeas corpus são extremamente restritas, resta-nos a medida cautelar e o poder geral de cautela do juiz, assegurado pelo Código de Processo Civil.

É essa a posição defendida por Luiz Fux, em recente tese:

“Constatada a inexistência de um sistema ideal cuja prestação fosse efetivada tão logo apresentado o pedido em juízo, mister garantir “condições para que a justiça seja prestada”, posto que o objeto do *iudicium* pode sofrer alterações substanciais que influam na solução justa da lide, quer pelo agravamento das condições de fato, quer pela criação de um estado de periclitamento do direito da parte, dos bens sujeitos à atividade ou das provas que servirão de convicção.

Conclui-se assim da necessidade de dotar a jurisdição de um *tertium genus* capaz de “assegurar a utilidade prática” das demais tutelas e, em “defesa da jurisdição”, previu-se a “tutela preventiva” ou “cautelar” pelo aspecto conjurador do perigo da demora “natural” do processo” (Tutela da Segurança e Tutela da Evidência, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 5 e 6)

Dessa forma, tem-se que a medida cautelar é o único meio processual capaz de assegurar o direito da parte quanto à eficácia do processo em si próprio, sendo ao mesmo tempo, o instituto mais eficaz para evitar os prejuízos que poderiam decorrer de uma decisão irreversível ou quando o recurso cabível tiver apenas efeito devolutivo.

Ovídio A. Baptista da Silva, por sua vez, entende que:

“É necessário, portanto, tratar o chamado “processo cautelar” com espírito aberto à realidade, e consciente de que o sistema jurídico brasileiro, como os demais que se filiam à tradição romano-canônica, serve-se de um instrumento processual assim denominado, para realizar formas variadas de *tutela urgente*, às vezes *cautelares* e às vezes *satisfativas*, e nem sempre os princípios adequados a uma dessas classes harmonizam-se com os de outra.” (Do Processo Cautelar, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1996, p. 7)

A fim de demonstrar que a medida cautelar é cabível nas hipóteses aqui aventadas, independentemente da interposição de recurso, é mister distinguir entre a situação jurídica assegurada pelo provimento judicial e a pretensão jurídica realizada, ainda que de modo provisório como nos alimentos provisionais.

Não é possível confundir as duas categorias, pois a tutela de simples segurança que se presta por meio da medida cautelar é, por definição, uma forma de prestação que ainda não satisfaz, mas apenas assegura a futura satisfação do direito afirmado pelo requerente.

Na tese aqui defendida, a medida cautelar seria utilizada como meio de tutela de segurança e não de tutela antecipatória. A jurisdição que se requer é cautelar e não satisfativa. Isso quer dizer que é possível a antecipação de efeitos decisórios ou executivos, mas não significa que a própria decisão quanto ao mérito da causa seja antecipada, principalmente tendo em vista que no processo cautelar não há coisa julgada material, apenas formal.

Mantendo em mente tais conclusões, Ovídio Baptista reporta-se a lições de Calamandrei afirmando que a avaliação do *periculum in mora* feita pelo julgador deve sempre levar em consideração que **a medida cautelar requerida será legítima todas as vezes em que houver probabilidade de que a providência definitiva seja favorável a quem a solicita:**

“*En todos estos casos el peligro se valora necesariamente en previsión en función de una providencia principal de contenido determinado: si toda providencia cautelar puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos (decisorios o ejecutorios) de la futura providencia principal, es evidente que el juez llamado a disponer en sede cautelar estos efectos anticipados, debe prever cuáles podrán ser los efectos definitivos de la providencia principal, de la que la medida cautelar constituye un anuncio y una vanguardia*” (p. 75)

A urgência autoriza a realização de uma cognição sumária, na qual o convencimento do julgador deve ser feito com base em uma lógica razoável, pois há necessidade de prover de imediato, sem que haja tutela antecipatória e sim uma tutela de segurança.

Diante disso, mais razão tem Calamandrei em afirmar:

“*Las providencias cautelares, como ya observó, están dirigidas, más que a defender dos derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por decir así, la seriedad de la función jurisdiccional, esa especie de befa a la justicia que el deudor demandado en el proceso ordinario podría tranquilamente llevar a*

cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reirse después de la condena prácticamente impotente para afectarlos, puede evitarse a través de la tutela cautelar. La misma se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo la denominación de contempt of court a salvaguardar el imperium judicis o sea a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión verbal, una vana instentación de lentos mecanismos destinados, como los guardiass de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde

Las medidas cautelares se disponem, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de la justicia, de la que garantizan al buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nonbre. Si la expresión “ policia judicial” no tuviera ya nuestro ordenamiento un significado preciso, podría resultar singularmente adecuado para designar la tutela cautelar” (Introducción, nº 46)

Sendo assim, o cabimento da medida cautelar está diretamente ligado ao compromisso do Estado em fornecer a prestação jurisdicional por meio do Poder Judiciário. A esse respeito, Luiz Fux escreve:

“À luz do princípio do “acesso à justiça”, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como corolário o direito impostergável à adequada tutela jurisdicional, não podia o legislador escusar-se de prever a “tutela urgente”, sob pena de consagrar a tutela “tardia e ineficiente”, infirmando a garantia constitucional por via oblíqua, na medida em que a “justiça retardada é justiça denegada”. (pp. 50-51) (...) Por essa razão é que se atribuiu o crescimento e a proliferação da “tutela urgente” em geral como meio de superar-se a ineficiência do procedimento ordinário com o seu “formalismo lento e machinoso”, como a ele se referiu Ferruccio Tommaso. (p. 51) (...) Diante da urgência e da necessidade de ingresso no Judiciário, o Estado, exercente do poder-dever prestar jurisdição, não pode escusar-se em deferir a providência sob o manto da inexistência de previsão legal. (p. 55) (...)

Ademais, a obrigação de o Estado intervir numa determinada situação de urgência o faz criar, ou melhor, enxergar no seu ordenamento, instrumento capaz de afastar através de suas mãos oficiais o *periculum* retratado, haja vista que a isso não pode incumbir-se a parte por força da vedação à justiça privada. Desta sorte, o monopólio da jurisdição impõe que o Estado, sob as penas da denegação judicial, encontre no seu corpo legislativo, através de técnica de auto-integração e interpretação, remédio jurídico capaz de arrostar o perigo ao direito da parte, ainda que não se trate de demanda cautelar, para a qual o legislador previu a tutela imediata. (p. 55)

(...) É, sem dúvida, a desincumbência desse poder-dever que tem levado os doutrinadores a admitirem a adoção da tutela urgente submetida ao procedimento cautelar.” (p. 55) (grifo nosso)

Tendo em vista que o Estado é constitucionalmente obrigado a fornecer a prestação jurisdicional, diante do art. 5º, XXXV da Constituição Federal e diante do poder geral de cautela, na verdade até um **poder-dever**, conferido ao magistrado pelo artigo 798 do Código de Processo Civil, é claro que a medida cautelar é cabível, pois apresenta-se como o único meio idôneo a evitar um dano irreparável ao direito da parte.

Ovídio Baptista coloca bem a questão ao perquirir sobre como fornecer a prestação jurisdicional quando há urgência e é sabido que o procedimento ordinário será imprestável para fornecer a tutela de segurança:

“Pois bem, havendo *urgência* que imponha uma resposta jurisdicional pronta e adequada - cuja influência o próprio escritor é o primeiro a reconhecer (p. 129 - J.J. Calmon de Passos) -, quais haveriam de ser as ações de ‘conhecimento’ ou de execução, capazes de atender, eficiente e adequadamente essa ‘pretensão à segurança’? Porventura as ações de procedimento ordinário? Não se olvide que o sistema de nosso processo civil, na falta de previsão específica, que atribua a uma determinada pretensão um procedimento especial, diferenciado do ordinário, impõe a ordinaryidade como instrumento procedimental genérico e irrecusável.

Afinal, quais as ações de ‘conhecimento’ ou de execução que seriam competentes e *adequadas* como resposta jurisdicional para a tutela dessa ‘pretensão à segurança’, posta diante de uma situação de *ameaça de dano irreparável* ao direito de que ela seja expressão dinâmica? Nem Calmon de Passos e nenhum outro daqueles que negam a relação entre a tutela cautelar e o direito material à segurança jamais responderam e nem poderão responder a esta indagação. (...) Sempre que a urgência reclame uma resposta jurisdicional imediata, cria-se a alternativa entre proteger a *simples aparência do direito* ou, então, se a organização estatal não for capaz de renunciar às demoradas estruturas da jurisdição comum, não haverá outro remédio senão assistir o perecimento do direito, colocando sob ameaças de dano iminente, e recomendar a seu titular o sucedâneo da subsequente indenização por perdas e danos.” (p. 65)

Sendo assim, vê-se que, mais importante que o apego à forma, é o dever de fornecer ao cidadão, cujo direito se acha ameaçado, a prestação jurisdicio-

nal, ainda mais quando a ameaça traz consigo o gérmen do prejuízo irreparável e conseqüentemente a urgência do pronunciamento.

Além disso, esse **poder-dever** geral de cautela não apresenta como requisito a interposição de qualquer recurso. Os requisitos a serem preenchidos são, no máximo, o *fumus boni iuris*, entendido como a razoabilidade de haver um direito ameaçado o qual deve ser tutelado por segurança em cognição sumária, e o *periculum in mora*, entendido como a possibilidade de haver dano irreparável ou de difícil reparação em decorrência da própria natureza do direito ou da demora “natural” no fornecimento da prestação jurisdicional.

Ademais, ressalte-se, novamente, que a ação cautelar não faz coisa julgada material. A decisão na ação principal não fica adstrita ao que foi decidido naquela, pois a tutela cautelar é apenas temporária e não provisória. A respeito do assunto, esclarece Ovídio Baptista:

“Superada a repugnância que a doutrina devota às sentenças mandamentais - dado que elas podem conter decisão final de controvérsia sem produção de coisa julgada -, de modo que se torne possível admitir uma forma de proteção jurisdicional a um direito apenas suposto (*fumus boni iuris*), sem que a sentença o declare existente (eficácia de coisa julgada), então o reconhecimento de um *direito substancial de cautela* passaria a ser uma possibilidade livremente aceita pela doutrina.

A diferença significativa entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa é que, nesta última, a incerteza peculiar ao momento jurisdicional do direito (J. Goldschmidt, *Teoria General del derecho*, §§ 22 a 29) cessa com o estabelecimento da coisa julgada material, ao passo que, na proteção de mera segurança, a situação de probabilidade do direito assegurado que a sentença cautelar protege, prolonga-se mesmo depois do julgamento definitivo da lide cautelar. O que impede o reconhecimento de uma forma de tutela jurisdicional da *simples aparência* é o arraigado pressuposto de que a função do processo deva necessariamente conduzir à coisa julgada material; ou, então que sua finalidade seja a de “compor definitivamente a lide”, resultados estes que não serão jamais alcançados no processo cautelar.” (p. 67)

É mister, ainda dizer que não há usurpação de competência pela submissão da matéria ao Tribunal *ad quem*, pois há ocasiões em que a tutela de segurança e a urgência da situação requerem medidas drásticas que não podem ser alçadas no juízo *a quo*

por ter sido ele próprio o causador do perigo iminente.

Sobre a competência para o julgamento e processamento das medidas cautelares, nos termos preceituados pelo artigo 800 do Código de Processo Civil, Ovídio Baptista disserta:

“O dispositivo sugere as seguintes questões: a) Porventura não haverá casos em que a urgência ocorra durante a instrução do feito em primeira instância? (...) c) Que significa a locução *se a causa estiver no tribunal*? A prescrição quer significar as hipóteses em que a causa já tenha escapado da jurisdição inferior porque o magistrado, tendo proferido sentença de mérito, haja acabado o ofício jurisdicional (art. 463), de modo a não poder mais inovar no feito? Ou quis a lei indicar apenas os processos que estejam no tribunal do recurso e com relator já sorteado?; d) Se for esta a situação, como se devem tratar as outras hipóteses em que haja sentença de mérito já publicada e o processo ainda não tenha subido ao tribunal, ou nem mesmo se tenha interposto recurso, ou havendo subido o recurso, ainda não exista relator designado? (...) A questão derradeira é a de saber se a regra de competência do juiz da causa para concessão de medidas cautelares incidentais é absolutamente rígida, não admitindo exceções, ou se o sistema brasileiro ainda conserva o princípio tradicional do Direito luso-brasileiro segundo o qual *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*. Não vacilamos em responder afirmativamente. **A proteção cautelar não seria sequer imaginável se os obstáculos porventura criados por prescrições meramente instrumentais de determinação de competência acabassem por torná-la ineficaz e tardia.** A teleologia da tutela cautelar, desde seus princípios mais fundamentais, repele qualquer tipo de exegese que a destrua, em nome de um princípio de simples organização judiciária. Como temos dito, a proteção nasce e se legitima porque a tutela jurisdicional ordinária se mostra insuficiente. (...) **Prometer-se tutela cautelar e torná-la depois inócua, em virtude de prescrições sobre competência, será o mesmo que dar com uma mão e com a outra retirar o que se deu.** Nenhuma construção hermenêutica poderá, legitimamente, conduzir a tal resultado.” (pp. 146, 150 e 151) (grifo nosso)

Do que foi dito acima, infere-se que está em completo desacordo com o próprio sistema jurídico adotado neste país prever o poder geral de cautela, segundo o qual o magistrado tem autonomia para fornecer a prestação sempre que entender presentes os requisitos necessários para a sua concessão, e, ao mesmo tempo, permitir que uma regra de organiza-

ção judiciária impeça o titular do direito de receber a tutela que lhe é constitucionalmente assegurada.

Observa ainda o mesmo autor que:

“É necessário, porém, ter presente que a outorga de competência ao tribunal do recurso, para conhecer das ações cautelares incidentes, **mesmo que a causa ainda tenha curso na instância inferior**, obrigará o autor a oferecer todos os elementos de oprova porventura existentes nos autos da ação principal, no momento desconhecidos do tribunal, mesmo que incidente seja a ação cautelar” (pp. 150-151) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, nas MC nº 22 e MC nº 66, já se manifestou favoravelmente à concessão de medida liminar em casos especialíssimos de tutela da segurança de processos ainda sob jurisdição de outro tribunal do país.

Portanto, é imperioso rever o entendimento de que haveria violência ao sistema jurídico-processual quando o tribunal, ao qual deve ser endereçado o recurso, em casos excepcionais, admite a medida cautelar incidental destinada a tutelar a segurança do direito da parte que possa perecer em virtude do transcurso de tempo entre a decisão proferida sem efeito suspensivo e o trânsito em julgado da decisão final de mérito.

Embora a doutrina da Nova Escola Jurídica, que passou a ser conhecida como “Direito achado na rua”, preconizada pelo Professor Roberto Lyra Filho, não se aplique ao presente caso, vale lembrar suas palavras acerca da evolução que se opera no Direito como ciência social:

“Mas o Direito se vinga, cresce, pressiona, conquista alargamentos notáveis, brilha nos estandartes dos espoliados e oprimidos, ecoa na voz dos advogados progressistas, transborda nas sentenças de magistrados mais inquietos, encorpa-se a procura uma sistematização no pensamento dos professores rebeldes, sacode a poeira dos tratados conservadores, rompe as bitolas dogmáticas e retempera o ânimo dos que, cedo demais, queriam dar a causa jurídica por indefensável e perdida.” (“Por que estudar direito, hoje?”, *in* Introdução Crítica ao Direito, org. José Geraldo de Sousa Junior, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 4ª ed, 1993, v. 1, p. 23)
