

EFETIVIDADE E PROCESSO CAUTELAR

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

Professor da UFRGS

A distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época. Não é suficiente que a Constituição apregoe a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, *caput*), ou assegure a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º, *caput*). Tampouco satisfaz a simples garantia, no plano do verbo, de acesso ao Poder Judiciário para a apreciação de qualquer “lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV). Tudo isso será ilusório se o usuário da Justiça não puder obter a satisfação de sua pretensão com um custo razoável, proporcional às suas posses e ao objeto do litígio, e em tempo adequado para que a demora não transforme a justiça em injustiça.

O problema se agudiza especialmente em termos brasileiros, face à crônica desproporção entre o número de magistrados e a quantidade de causas, a que vem se somar a proverbial escassez dos recursos destinados à administração da justiça. A questão dos meios mostra-se particularmente grave por dificultar o recrutamento de novos juízes e, como regra, obstaculizar o acesso a instrumentos e equipamentos mais modernos, a remuneração condigna e o aperfeiçoamento dos auxiliares do juiz, especialmente daqueles lotados em primeiro grau de jurisdição. Se adicionarmos ao quadro a queda vertiginosa da qualidade de ensino e a profunda crise por que atravessa a sociedade brasileira, já beirando à barbárie, o panorama não é dos mais animadores.

O Poder Judiciário resiste como pode, mas não consegue evitar, em todos os seus níveis (com variações regionais e dependendo do grau de jurisdição) permanente atraso na entrega da prestação jurisdicional. Trate-se de processo ordinário, de execução ou mesmo cautelar o resultado é um só: o término da atividade não isentará o jurisdicionado, na melhor das hipóteses, de vários anos de tortura e sofrimento (para tanto, bastará o contendor renitente esgotar a fantástica gama de recursos oferecidos pelo sistema), tempo suficiente de *per si* para desterrar qualquer veleidade de efetividade da Justiça.

Todavia, mesmo abstraída a crise e a situação patológica, põe-se de qualquer modo em xeque a questão da efetividade, em razão do tempo normalmente necessário para a emissão do ato sentencial ou material de execução, a pressupor regular ouvida das partes, instrução probatória mais ou menos dilatada, providências diversas, reflexão do juiz etc. Por mais que se acelere o andamento do processo de conhecimento, executivo ou cautelar, sempre se verificará um déficit; pelos meios normais, jamais a satisfação da pretensão poderá ser tempestiva se houver urgência.

Essa dura realidade conduziu à hiperatividade do processo cautelar, diríamos melhor da liminar, o principal, senão o único, instrumento do sistema jurídico brasileiro capaz de dar uma solução rápida e expedita para o conflito, em presença da possibilidade de dano à situação material e antes da certeza decorrente da declaração definitiva do direito. A amplitude com que se concebeu, na prática judiciária brasileira nesses vinte anos de vigência do Código de 73, a aplicação do processo cautelar, tem sido objeto de constante meditação por parte da doutrina.¹

A meu ver, dentro do contexto específico da realidade brasileira, impõe-se realçar com mais força o valor da efetividade. O provimento cautelar, inclusive liminar, deve ser imitado, mesmo à custa de uma satisfação provisória, se a situação perigosa só pode ser evitada ou minimizada com a antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito. A tanto, aliás, autoriza o Código de 73, ao facultar ao juiz “determinar as medidas adequadas” para a prevenção do dano. Entre as duas concepções opostas que se digladiam nessa matéria, uma exigindo a contraposição dos interesses em conflito, outra privilegiando quem se apresente como provável titular do direito, inclino-me pela segunda, quando, sublinho, outra solução não puder ser encontrada para evitar o prejuízo. Claro está que, tanto quanto possível, o juiz deverá procurar minimizar os danos da contraparte. Nos casos limites, contudo, embora o possível efeito danoso ao interesse do demandado, não se configura um emprego abusivo da cautela, se efetivamente presentes os pressupostos indispensáveis à sua concessão.² Parece-me feliz a esse respeito a aguda observação de um estudioso italiano, Ferruccio Tommaseo, que vale a pena reproduzir: “. . . o legislador prefere seja evitado um prejuízo irreparável a direito cuja existência apareça provável, ainda ao preço de provocar um dano irreversível a um direito que,

1. Impõe-se destacar o labor de Galeno Lacerda, Calmon de Passos, Humberto Theodoro Júnior, e especialmente a obra de Ovídio A. Baptista da Silva, o jurista brasileiro que mais se tem dedicado ao tema. Devem ser mencionadas, ainda, excelentes monografias recentes sobre o assunto, especialmente as (pela ordem de edição) de Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Seiji Shimura, Marcos Vinicius de Abreu Sampaio e Betina Rizzato Lara, oriundas, com exceção da primeira, dos Cursos de Pós-Graduação da PUC-SP.

2. Fugiria ao tema o exame do emprego abusivo da cautela, a exemplo da obtenção de providência não congruente com a decisão definitiva ou excedente dos limites desta.

em sede de concessão da medida cautelar, aparece ao invés improvável: em outros termos, o direito provável prevalece sobre o direito improvável".³

Nem por assim entender menosprezo, no entanto, as garantias próprias do processo de conhecimento, tanto na forma ordinária quanto na sumária, o qual não considero um mal em si mesmo, mas uma conquista da humanidade, principalmente depois de despido das inúteis e inúmeras formalidades do direito comum, assim como a democracia, notadamente depois dos sucessos do leste europeu, demonstrou ter ultrapassado a fronteira meramente ideológica, consagrando-se como real valor a ser preservado. A esse respeito, assoma-me perigosa a minimização sistemática do procedimento ordinário, pois pode conduzir ao desprezo total do próprio processo de conhecimento. E, queira-se ou não, ainda com todas as suas imperfeições, a função processual de conhecimento continua sendo o remédio por excelência para a declaração definitiva dos direitos, com a certeza daí decorrente, também ela um valor não desprezível.

Acontece apenas que, na situação emergencial, o valor certeza cede passo ao valor segurança, como que aguardando a sua vez. Essa autonomia, porém, é relativa. Certamente, o processo cautelar satisfaz a pretensão à segurança (destinado como está a eliminar ou minimizar o perigo), mas o juízo de probabilidade, notadamente com referência ao *fumus boni iuris*, predestina-se a ser reexaminado ulteriormente em processo de cognição plena e exauriente.⁴

E a minha convicção, de privilegiar em casos tais o valor segurança, reforçou-se quando me dei conta das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, em muito superior, nessa matéria, ao europeu-continental. Basta testificar o tormento da doutrina italiana, antes da Lei 353, de novembro de 1990, com a ausência de qualquer recurso contra a concessão das chamadas providências de urgência e as perplexidades quanto à possibilidade de revogá-las, suspendê-las ou modificá-las antes da sentença de mérito.⁵

Entre nós, previu o Código de 73 a revogabilidade ou modificabilidade "a qualquer tempo" (art. 807, 2.ª parte), seguindo na esteira do

3. Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d'Urgenza (struttura e limiti della tutela anticipatoria)*, Padova, Cedam, 1983, p. 155.

4. Não me parece convincente a defesa da autonomia plena da tutela cautelar realizada por Ugo Rocco, *Tratato di Diritto Processuale Civile*, V, 2.ª ed. acresciuta, Torino, Utet, 1966, n. 12, pp. 58-63, esp. p. 60, ao argumento de que nem sempre o provimento definitivo será favorável e, nesta hipótese, em sendo contrário a quem requereu a providência cautelar, não se poderia falar de instrumentalidade, restando apenas como único e solitário provimento emitido o provimento-meio. Na realidade, também aí ressaí a dependência: exatamente pelo fracasso ocorrido na demanda principal, o provimento-meio não sobrevive, e há de ser revogado. O meio-fim, a instrumentalidade, tem duas mãos, como sempre ocorre com o fenômeno processual, pela incerteza consubstancial ao direito litigioso.

5. Ver por todos, a respeito do ponto, Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, 6.ª ed., Torino, Giapichelli, 1987, pp. 301-303.

estatuto de 39 (art. 687), e o emprego do recurso de agravo de instrumento (art. 522). Mas, além disso, a nota diferencial mais importante encontra-se no relevantíssimo instituto do mandado de segurança e o seu ágil emprego pelos aplicadores do direito, a alterar totalmente os termos do problema. Com efeito, confere incrível e inesperada manejabilidade ao sistema a possibilidade de imediata revisão do provimento liminar do juiz por tribunal de segundo grau, também por provimento liminar, podendo, a sua vez, este provimento liminar ser revisto pelo órgão colegiado na próxima sessão,⁶ sujeitando-se a decisão dele emanada ao controle dos tribunais superiores, por meio de recurso especial ou extraordinário, acoplando-se-lhe medida cautelar com pedido de liminar.⁷

Dessa forma, os possíveis inconvenientes decorrentes da emissão da ordem liminar, corporificadora da garantia constitucional do acesso à jurisdição, mas em aparente infringência à garantia do contraditório, em muito se minimizam, senão desaparecem. Faculta-se, destarte, um autêntico contraditório imediato, não apenas o diferido mencionado pela doutrina européia, como também e sobretudo pronto controle por pelo menos duas instâncias sucessivas superiores. Essa circunstância, além de se prestar à fiscalização externa (friso externa) dos interesses contrapostos, reprime os eventuais abusos, adequando o instrumento à sua finalidade essencial. Por tal razão, penso eu, os repertórios brasileiros de jurisprudência, como se revela a acompanhamento mais atento, vêm concedendo cada vez menos espaço à jurisdição cautelar. De certa maneira, a instantânea e amplíssima oportunidade de reexame da liminar aplanou as questões práticas mais angustiantes.

No plano teórico, de qualquer sorte restam ainda por elucidar de modo mais completo algumas questões valiosas, cuja análise exaustiva seria descabida nessa sede.

6. A regra de que o agravo regimental deve ser julgado na próxima sessão do órgão colegiado encontra-se em quase todos, senão todos, Regimentos Internos das cortes brasileiras.

7. Tanto o STF quanto o STJ têm admitido a atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, por meio de medida cautelar, se reunidos os requisitos de toda tutela cautelar (v.g., STF RTJ 77/357; RT 613/258; RTJ 110/458; STJ, RSTJ 12/433, 13/215, 25/273) e até em relação ao agravo de instrumento interposto da decisão negatória de seguimento (STJ, 3.ª Turma, Pet. 128-RJ, rel. Min. Dias Trindade, DJU 16.9.91, p. 12.630) ou quando o recurso, embora interposto, não tenha subido ao tribunal, por não apreciada ainda sua admissibilidade na corte de origem (STJ — 4.ª Turma, Pet. 298-2-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 31.8.92, p. 13.649). Entendimento diverso, porém, e a meu parecer menos correto, adota o STF; ao não admitir o emprego da tutela cautelar enquanto não apreciado o recurso pela presidência do tribunal *a quo* (Pet. 150, RTJ 116/428; Pet. 260, DJU 27.5.88; Pet. 510-4-MG, DJU 27.9.91). A necessidade instantânea de prevenção do dano, que caracteriza toda tutela cautelar, não se compadece com tal espera, se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Talvez a mais relevante indagação diga respeito à própria natureza da providência que, ao prevenir ou eliminar o dano (sem dúvida alguma a nota mais característica da tutela cautelar),⁸ ao mesmo tempo satisfaz, às vezes de modo irreversível, no plano fáctico, e sobre a qual quero tecer algumas considerações.

Continuo pensando que o conteúdo decisional de uma providência não depende de circunstâncias externas, qual seja a irreversibilidade fáctica que dela possa decorrer. O que interessa é o carácter formal, isto é, a idoneidade para adquirir autoridade de coisa julgada e a conseqüente imutabilidade da concretização realizada pela sentença. Ora, a verdadeira e própria sentença cautelar jamais conterà suficiente dose de declaração, em virtude da peculiar cognição do juiz, a se estender apenas à aparência do direito, pela instante necessidade de prevenção do dano e, ainda assim, em juízo de mera verossimilhança. Não se entenda, porém, que inexista conteúdo declaratório na atividade jurisdicional cautelar. Também aqui o juiz aplica a norma de carácter geral ao caso concreto. O problema é da extensão dessa cognição. Certeza sobre a relação jurídica material litigiosa somente haverá em processo de conhecimento, acelerado ou não.⁹ Ora, se assim é, por mais que se procure relegar a segunda plana a importância do processo de cognição, não há como equiparar a irreversibilidade fáctica com a imutabilidade operativa da coisa julgada material, ante a consubstancial diversidade funcional e estrutural entre ambas. Não se pode confundir o efeito prático com o efeito jurídico, que é no fundo o que interessa ao direito, todo feito de eficácias jurídicas. Com a satisfação da pretensão à segurança, que não é sexta classe de pretensão, não se satisfaz a pretensão à declaração, nem se diz a última palavra sobre condenação, constituição, mandamento ou execução.¹⁰

De qualquer modo, é realmente atraente e sedutora, *de lege ferenda*, a importante elaboração doutrinária de Ovídio A. Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni¹¹ incluindo a antecipação provisória numa nova cate-

8. Já em 1986, havia entrevisto na prevenção do dano, a constituir sua própria razão de ser, a nota mais característica e marcante do processo cautelar: "Todo processo cautelar, por hipótese, está predisposto a essa finalidade essencial: satisfazer, em termos jurisdicionais, a pretensão à segurança" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Considerações sobre a Tutela Cautelar*, AJURIS, 37 (1986): 159-165, esp. p. 160).

9. Cf. posicionamento anterior, por mim externado nos *Comentários ao Código de Processo Civil* (obra escrita em colaboração com Galeno Lacerda), v. VIII/214-215, t. II, 2.ª ed., Rio, Forense, 1991, n. 153, com remissão ao entendimento de F. Tommaso, ob. cit., pp. 147, 151-155.

10. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, t. VI, São Paulo, RT, 1976, § 27, 1, pp. 329-330.

11. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Direito Processual Civil (Processo Cautelar — tutela de urgência)*, Porto Alegre, Fabris, 1993, pp. 7-68, *passim*; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo, RT, 1992, pp. 75-119, *passim*.

goria, denominada sugestivamente tutela de urgência, fora da tutela cautelar estritamente considerada. Não posso deixar de constatar, no entanto, a identidade de função e estrutura entre ambas. As duas visam, com efeito, à prevenção do dano, devem ser concedidas mediante cognição sumária, em juízo de probabilidade, sem produzir a respectiva sentença coisa julgada material. É certo que aqui se torna menos visível a dependência em relação à futura sentença de mérito, embora de todo inafastável, por necessariamente provisório o provimento de urgência, sujeito a ser revogado se desfavorável o resultado do processo definitivo. Diversa se exhibe tão-somente a natureza do receio de lesão, que resulta na hipótese da própria demora do procedimento e em razão da valia do interesse a resguardar. No sistema positivo atual, contudo, penso que esse tipo de pretensão emergencial só pode desaguar na vala comum do processo cautelar, em face da ampla autorização contida nos arts. 798 e 799 do CPC.

Não se passa o mesmo, no entanto, com certas medidas a que, equivocadamente, atribui-se caráter cautelar, como a maioria das provisionais dos arts. 888 e 889 do Estatuto de 73. O juiz que regula o direito de visita de um dos progenitores, que decide sobre a guarda dos filhos, oficia em ação principal, com rito sumário, dotada de liminar,¹² mas sem qualquer restrição de monta aos meios empregados pelas partes na defesa de seus pontos de vista.

Por fim, entendo útil, ainda que *en passant*, pela angústia do tempo, comentar rapidamente algumas sugestões de *iure condendo*, especialmente em face da cardinal contribuição da doutrina brasileira nestes dois decênios de vigência do Estatuto de 73.

Para começo de conversa, arranque-se do Código todo preconceito com as medidas nominadas de constrição, a exemplo, do arresto e do seqüestro, grilhetados servilmente por abstrusas exigências, em obediência ao modelo do velho Código de Processo Civil de São Paulo e das Ordenações do Reino. Aqui, basta lançar os olhos para o próprio Código de 39 que, superiormente, limitava-se sem qualquer adjetivação a permitir o arresto e o seqüestro (art. 676, I e II), ou para a experiência de outros povos, como a do CPC português, que se basta, no concernente à primeira medida, com o “receio de perda da garantia patrimonial” e a dedução de “factos que tornam provável a existência do crédito e justificam o receio invocado” (art. 403, n. 1). Reordene-se, outrossim, o capítulo dos procedimentos cautelares específicos, dele extirpando-se o que não é cautelar.

Acentue-se a sumarização e a possibilidade de liminar na tutela jurisdicional diferenciada, estabilizando-se o resultado nela alcançado, não só para as autênticas medidas provisionais (muitas delas arroladas no art. 888), como especialmente para os direitos em cujo conteúdo ou função predomine o caráter não-patrimonial, a representar momentos de liberdade —

12. Cf. procurei demonstrar na ob. cit. na nota 9, supra, pp. 366-368, 379.

formal ou substancial — ou, ainda, se destinados a atender necessidades primárias.

Dispense-se de processo independente e atuação em separado as autênticas cautelas asseguratórias, pois, na generalidade dos casos, como a praxe brasileira comprova, reduzem-se à liminar e se submetem ao contraditório sucessivo do mandado de segurança. Nas cautelas antecipatórias, instaure-se, sempre que possível, a necessidade de ouvida relâmpago, até oral, da outra parte, antes de emitida a liminar, devendo esta, pena de nulidade absoluta, ser sempre fundamentada, não servindo para esse efeito a fórmula vaga e genérica de estarem atendidos os pressupostos (exemplo reprovável, em contradição no foro brasileiro: “Estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a cautela requerida”).

Amplie-se o poder do juiz brasileiro para regular temporariamente uma relação jurídica litigiosa. Por fim, estabeleça-se a possibilidade de antecipação liminar da tutela jurisdicional, mesmo quando inexistente receio de lesão, se demonstrado na inicial o direito líquido e certo do demandante e documentalmente comprovados os fatos pertinentes.

De qualquer modo, concluo, os operadores do direito brasileiro têm sabido, com inteligência e sagacidade, conviver com essa rica problemática, de uma maneira ou outra, encontrando resposta adequada para as copiosas e complexas dificuldades oferecidas por regulação tão delicada.