

# DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA CAUTELAR

**Nagib Slaibi Filho**  
**Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**  
**Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UNIVERSO**

*I. Introdução. II. O conteúdo material da tutela cautelar. III. O tempo como elemento inerente à tutela cautelar. IV. A pretensão cautelar não se distingue da pretensão principal. V. Conclusão.*

## **I. Introdução**

A tutela cautelar é direito fundamental, inalienável, garantidora do atendimento das pretensões da pessoa humana, e está muito além da ideia, que a muitos encanta, de que se trata de um simples serviço público, como tantos outros, posto à disposição do indivíduo nas instâncias judicial e administrativa.

A tutela cautelar não é uma concessão magnânima e benevolente do Poder Público a quem se desespera por Justiça, mas a resposta efetiva do Estado Democrático de Direito ao cidadão que é a origem, o meio e o fim do exercício do poder popular.

Através de pesquisas na doutrina e em precedentes judiciais, busca-se demonstrar que a tutela cautelar constitui direito fundamental, merecedor do *status* assegurado constitucionalmente aos valores de superlativa importância na sociedade organizada e, como tal, deve ser tratada, respeitando-se a sua fonte na Constituição e não nos limites exíguos da lei votada pelo legislador ordinário.<sup>1</sup>

## **II. O conteúdo material da tutela cautelar**

A expressão *tutela cautelar* aqui se refere ao adiantamento da tutela definitiva buscada pelo interessado em demanda posta nas instâncias judicial ou administrativa.

PIERO CALAMANDREI<sup>2</sup> indicou as modalidades cautelares quanto ao seu conteúdo e sua classificação aqui é lembrada porque ainda intangível às críticas e possível de ser estendida muito além dos limites estreitos hoje considerados no Direito Processual Civil:

- as instrutórias, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução;
- *as* tendentes a garantir a efetividade do próprio processo, como o arresto, o seqüestro e algumas medidas consideradas assecuratórias na legislação processual penal;
- as cauções, como aquela do art. 835 do Código de Processo Civil, norma a discriminar o estrangeiro que não é residente no País embora aqui tenha interesse, de conteúdo hoje claramente incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de contracautela, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, como o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente,
- *as* medidas provisionais, ou antecipatórias da tutela definitiva, em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no art. 312 da lei processual penal.

A profunda e abrangente abordagem do tema não pode ficar restrita à perspectiva meramente instrumental, como a que inspira a exegese no Direito Processual, mormente a sua vertente civil, não só na doutrina como na prática judiciária, pois entre outras importantes e quotidianas expressões do poder cautelar temos hoje as debatidas medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição.

GUSTAV RADBRUCH legou-nos a célebre expressão que bem expressa o pensamento já encravado na mente dos juristas quanto à distinção entre processo e lide e à autonomia do processo quanto ao direito material:

A relação entre Direito e fim ... (o direito nasce de determinados fins e contudo é obrigatório independentemente desses fins) renova-se a propósito das relações entre

direito material e direito formal. O direito processual (formal), adjetivo, tem por fim, como é sabido, auxiliar a realização do direito substantivo (material); e, contudo, ele vale pelo que é: é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização.<sup>3</sup>

O evidente conteúdo de direito material da tutela cautelar exige, neste limiar do século XXI, que não possa mais ser visto pelos antolhos do procedimento em que a pretensão é posta no processo, como, por exemplo, a antecipação de tutela do art. 273 do Código de Processo Civil, a liminar do mandado de segurança, o processo cautelar do art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

Aliás, são múltiplos os procedimentos que o legislador infraconstitucional de tempos em tempos adiciona ao cardápio de providências que o Estado oferece ao indivíduo, infelizmente sem a prestimosidade habitual dos garçons, carreando à pessoa o ônus de se submeter ao seu monopólio de poder como alternativa única à justiça pelas mãos próprias.

E, no entanto, a previsão legal dos procedimentos muitas vezes busca, na verdade, restringir o direito à cautelar, manietar os juízes, tolher os suplicantes, aliviar a máquina burocrática sob o argumento imediatista da prevalência do interesse público em detrimento do valor muito mais relevante da dignidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

Nem pode ser encarado simplesmente como fonte única e exclusiva do direito de ação, como muitos insistem ao destacar a redação do art. 5º, XXXV, da Constituição, com o acréscimo do termo *ameaça* para indicar a proteção judicial também aos bens jurídicos potencialmente ameaçados (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

A inovação do texto constitucional é clara e evidentemente em favor do indivíduo e não pode levar ao pensamento errôneo<sup>5</sup> de que o poder cautelar não pode ser exercido pela ou perante a Administração Pública.

Note-se que a atividade da Administração Pública, até mesmo mais abrangente e presente na vida do cidadão do que a função jurisdicional do Estado, utiliza o poder cautelar talvez

até com mais intensidade, ou em favor da tutela dos interesses públicos ou da tutela dos interesses dos administrados.

Assim, pode-se ver, como tantas vezes acontece na sua atividade até mesmo do poder de polícia, como a interdição de estabelecimentos, a suspensão preventiva de servidores públicos, providências médicas, educacionais e até mesmo de segurança pública.

É a norma infraconstitucional que prevê os procedimentos judiciais e administrativos, em termos que muitas vezes são considerados como inibidores à concessão da cautelar.

Afasta-se tal limitação de seu objeto ao caráter instrumental, porque a fonte do poder cautelar está na Constituição e integra o denominado direito material, no seu conteúdo essencial, muito além dos limites instrumentais.

A percepção do direito cautelar tão somente pela perspectiva processual, do denominado direito formal ou adjetivo, constitui eficaz instrumento de alienação do jurista que, muitas vezes, se esconde do fato atrás do texto legal.<sup>6</sup>

No sentido de que o poder cautelar decorre do poder de decidir, SIDNEY SANCHES, no julgamento da ADCM (medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade) nº 4, proclamou que o acautelar é inerente ao julgar<sup>7</sup>; também SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 846, de que a plausibilidade ou *fumus boni iuris*, como requisito da cautelar, constitui um juízo sumário e provisório do que se pode prever como resultado final da lide.

O poder cautelar não tem fonte na lei processual, mas a sua fonte inesgotável está no poder de decisão do agente público, independentemente de sua condição de juiz, administrador, governante ou legislador.

Os pressupostos da cautelar, tradicionalmente sintetizados nas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, somente podem ser percebidos pela cognição do caso enfocado na

decisão. A dita fumaça do bom direito só pode decorrer da denominada relação de direito material, assim como a urgência só pode ser apurada na situação concreta.

O direito fundamental à cautelar já foi afirmado até mesmo em sede do Direito Internacional, como se vê na resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 29 de agosto de 2002, dispondo sobre medidas provisórias a serem cumpridas pela República Federativa do Brasil no triste caso da Penitenciária Urso Branco:

4. Que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar no sentido de que preservam uma situação jurídica, senão fundamentalmente tutelar porquanto protegem direitos humanos. Sempre que se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de prejuízos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo.<sup>8</sup>

5. Que o artigo 1.1 da Convenção assinala o dever que têm os Estados Partes de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados e de garantir seu livre e completo exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, o que implica o dever de adotar as medidas de segurança necessárias para sua proteção. Estas obrigações se tornam ainda mais evidentes em relação àqueles que estejam envolvidos em procedimentos perante os órgãos de supervisão da Convenção Americana.<sup>9</sup>

### **III. O tempo como elemento inerente à tutela cautelar**

O tempo é o fundamento da cautelar.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ensinou:

A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se mostraria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.<sup>10</sup>

Extraia-se da lição do notável Mestre que o tema da cautelar, embora tratado em nosso país em sede de leis consideradas processuais, na verdade tem os seus fundamentos na relação de direito material, sede natural não só da urgência, como da plausibilidade ou mesmo da proporcionalidade com que deverá a decisão atender aos valores postos em periclitção.

Aliás, a luta contra o tempo é a razão do disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, denominada Reforma da Justiça: a todos, no âmbito judicial e administrativo,<sup>11</sup> são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sobre o valor do tempo no processo, há lição inesquecível de FRANCESCO CARNELUTTI:

*El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en grand parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso.*<sup>12</sup>

E mais adiante:

*[...] la palabra tiempo se entiende ante todo como duración, esto es, como distancia entre el inicio y el fin de um desarrollo y, por tanto, como necesidad de espera. El proceso dura; no se puede hacer todo de una vez. Es necesario tener paciencia. Se siembra, como hace el campesino, y hay que esperar pra recoger. Junto a la atención hay que colocar la paciencia entre las virtudes necesarias al juez y a las partes. Desgraciadamente éstas son impacientes por definición; impacientes como los enfermos, puesto que sufren también ellas. Uno de los cometidos de los defensores es el de inspirarles la paciencia. El slogan de la justicia rápida y segura, que se encuentra siempre en las bocas de los políticos inexpertos, contiene, desgraciadamente, una contradicción in adiecto; si la justicia es segura no es rápida, si es rápida no es segura. Algunas veces la semilla de la verdad pone años, incluso siglos, para convertirse en una espiga (veritas filia temporis).*<sup>13</sup>

A verdade é filha do tempo, a Justiça somente se realiza pela verdade, cuja busca incessante é o seu elemento ético.

Assim, se a demora é ínsita à Justiça, o simples decurso do tempo na realização dos atos processuais conspira contra o direito material, que contraditoriamente muitas vezes se torna preemto pelo decurso do próprio tempo, pois é o necessário modo pelo qual se apura a verdade e se chega à decisão.

E é por isso que o tempo constitui um dos pressupostos da cautelar, geralmente expresso pelos doutrinadores como *periculum in mora*, o perigo na demora, ao lado do outro pressuposto que é o *fumus boni iuris*, a fumaça, a indicação, a probabilidade do sucesso da pretensão que leve em conta uma situação que se aproxime ou se mostre similar da verdade (a verossimilhança).<sup>14</sup>

Autores há, como R. REIS FRIEDE,<sup>15</sup> que extraem do pressuposto do tempo também o *periculum in mora* inverso, qual seja, a necessidade de se perquirir, em cada caso em julgamento da pretensão cautelar, a adequada proporcionalidade entre a providência garantidora e o bem jurídico em periclitação.

R. REIS FRIEDE nos ensina que, mesmo havendo os requisitos do *fumus boni iuris* (plausibilidade) e do *periculum in mora* (urgência), ainda vai restar o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso, ou seja, na sua não produção, podendo ocorrer dano irreparável contra o réu.

O art. 401 do Código de Processo Civil de Portugal expressamente recomenda ao juiz conceder a liminar se verificados os requisitos da plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu do que a não-concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente a perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado.

O tempo integra a cautelar e, se esta é direito do cidadão, constitui instrumento de sua luta por justiça; não é um simples procedimento processual dependente de manifestação disponível da vontade do interessado.

#### **IV. A pretensão cautelar não se distingue da pretensão principal**

A malsinada dissociabilidade entre direito material e direito formal ou processual levou ao extremo absurdo de se considerar que o juiz deva esperar o requerimento de providência cautelar ainda que se mostre evidente a necessidade de sua atuação para que a tutela definitiva não se mostre inviável.

Tal postura somente adentrou na ordem normativa infraconstitucional com as reformas que se operou na legislação processual desde a década de 90, em que as novas disposições legais vieram reduzir grandemente o poder judicial na resolução das lides, principalmente na concessão de medidas antecipatórias das decisões definitivas.<sup>16</sup>

Veja-se a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, regendo o procedimento do mandado de segurança em substituição à antiga Lei nº 191, de 1935, certamente em atenção à previsão constitucional do mandado de segurança como remédio célere, não teve tal preocupação inibidora, dispondo em seus arts. 6º e 7º sobre as providências judiciais iniciais, independentemente de requerimento expresso do impetrante:

Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil,<sup>17</sup> será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.

Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se acha em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Redação dada pela Lei nº 4.166, de 04/12/1962.)

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações que achar necessárias. (Redação dada pela Lei nº 4.348, de 26/06/1964.)

II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Como se vê na mencionada Lei nº 1.533/51, no art. 6º, parágrafo único, pode e deve o juiz, ao despachar a petição inicial, *ex officio*, em razão da função que exerce e não do requerimento do interessado, requisitar os autos do processo e, no art. 7º, II, ordenar a suspensão do ato que deu motivo ao pedido.

Mas mudaram as perspectivas juntamente com a legislação que visaria, declaradamente, modernizar a legislação em prol da efetividade da prestação jurisdicional, como se vê na redação do disposto no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)<sup>18</sup>

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)<sup>19</sup>

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)

Interessante observar que tais disposições dizem respeito às ações de conhecimento em geral (declaratórias, constitutivas, e condenatórias), mas não incluíam as ações referentes às obrigações de fazer ou não fazer, em face do disposto no art. 461 do mesmo Código, em redação determinada pela mesma Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1944, sobre a antecipação de tutela definitiva:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.) § 6º O juiz poderá, de ofício,

modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)

Note-se que a interpretação meramente literal das disposições constantes dos arts. 273 e 461, em conjunto com o pressuposto errôneo de que o poder cautelar do juiz tem fundamento na legislação infraconstitucional, levou ao entendimento de que somente nas ações de conhecimento de conteúdo condenatório no pagamento de dinheiro o juiz não possa conceder antecipação da tutela definitiva.

De fato, a redação dada pela Lei nº 8.952/94 mostra-se inteiramente incongruente<sup>20</sup> pois limita a antecipação da tutela definitiva ao requerimento do autor, enquanto decorre do art. 461 que inexiste tal limitação em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer; mais surpreendentemente ainda, a desautorizar ainda mais a limitação que está no art. 273, o disposto no art. 641 concede ao juiz poderes de julgamento por equidade,<sup>21</sup> como está no § 5º.

Com a veneranda vênua à maioria doutrinária e jurisprudencial, exigir o requerimento específico da parte para a concessão da antecipação de tutela se mostra providência absolutamente desarrazoada, partindo do pressuposto da distinção das pretensões cautelar e principal e, o que é pior, pondo o principal e definitivo sob a tutela do cautelar e provisório.

## **V. Conclusão**

O poder cautelar não é uma benevolente concessão legislativa a quem tem o dever de decidir em qualquer instância do Poder Público.

Muito antes de mera atividade estatal, que possa ser limitada ou restrita ou mesmo redesenhada através de atos legislativos oriundos de eventuais maiorias legislativas, o poder cautelar decorre e tem fonte no direito fundamental, de fundo constitucional, de todo e qualquer indivíduo de se socorrer da atividade estatal.

A cautelar tem evidente conteúdo material, a despeito de ser normatizada em atos legislativos ditos de perspectiva processual, mas que na verdade almejam regular situações de direito material em que a urgência constitui o foco de seu tratamento.

O tempo é elemento inerente à tutela cautelar, pois o processo, como instrumento da tomada de decisão, exige procedimentos que necessariamente devam ser produzidos de forma segura, o que, por si só, poderia ferir a justiça da decisão.

Não se distingue a pretensão cautelar da pretensão, e aquela não é acessória desta, pois aquela é expressão desta ao se pleitear providências que se tornem necessárias para não esvaziar o próprio conteúdo da pretensão principal.

O direito fundamental à cautela não perde de vista que a justiça humana, quando rápida, não é segura e, para ser segura, não pode ser rápida.

- 1 Este trabalho é apresentado ao Professor ALBERTO NOGUEIRA como requisito para aprovação na cadeira de Direitos Fundamentais, 2º semestre de 2008, do Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho.
- 2 *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 350.
- 3 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito** (*Rechtsphilosophie*). 6ª ed., trad. e prefácios de L. CABRAL DE MONCADA. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 343.
- 4 A história do mandado de segurança, como remédio jurídico processual constitucionalmente previsto desde 1934, bem espelha esta tortuosa trilha de desprestígio premeditado da norma constitucional. O mandado de segurança foi criado em substituição à limitação do *habeas corpus* pela Emenda Constitucional de 1926, no Governo Arthur Bernardes, que governou quatro anos sob estado de sítio. Serviu tal emenda para dar o golpe de morte na chamada Doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, de RUI BARBOSA e PEDRO LESSA, restringindo o seu objeto aos temas que não compreendam o hoje abrangido pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*, isto é, a grande maioria das demandas em face do Poder Público, com prazo máximo de impetração em 120 dias, submetido a diversos outros limites na concessão da liminar, como aqueles das Leis nº 5.021/66, nº 9.494/97 e até mesmo enunciados sumulares como o de nº 632 do Supremo Tribunal Federal, que diz que é constitucional o prazo de 120 dias para a impetração, a despeito de tal prazo não constar do dispositivo constitucional do art. 5º,

LXIX. Tal orientação restritiva ou minimalista levou-nos a este desatinado momento antimandamental, em que inúmeros julgados, fundados em doutrina cambaleante, conseguem interpretar em desfavor do impetrante, esquecidos de que o remédio heróico é uma garantia de fundamento constitucional para a efetividade da Justiça.

- 5 Há corrente que hoje pretende desqualificar a Administração Pública como fonte de atos cautelares, em sentido contrário ao sistema da autoexecutoriedade dos atos administrativos que herdamos da Europa Continental e que teve origem em França, assim limitando à função jurisdicional o poder cautelar, o qual poderia ser restringido mediante as diversas leis com este desiderato. Neste sentido, indica o despacho monocrático na Medida Cautelar ao Mandado de Segurança nº 27704 – DF, de 1º de dezembro de 2008, onde consta expressamente o seguinte: ... quando considerei, em exame preliminar, que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão administrativo, que não tem atuação judicante, com competência definida no artigo 103-B, § 4º, I a VII, da Constituição Federal, inexistindo expressa previsão legal para concessão de medidas liminares, instrumentos próprios da função jurisdicional.
- 6 Veja-se trecho do voto em separado do Juiz ANTONIO AUGUSTO TRINDADE no caso Ximenes, em célebre julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Permito-me aqui recordar uma advertência, na mesma linha de pensamento, formulada há uma década e meia em um Seminário histórico e pioneiro, de mobilização nacional em torno da adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas; na ocasião, o emérito Professor WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, ao referir-se à “sistemática de organização do poder judiciário” orientada à “carreira” e ao tipo de “formação” oferecida pelas Faculdades de Direito, ponderou com particular lucidez no decorrer dos debates: “Raramente se infunde a necessidade de penetração da realidade para o conhecimento do Direito. Pratica-se o método dogmático formando juízes legalistas por convicção. Ora, se a lei é alienada da realidade, a sentença decorrente não pode deixar de sê-lo. Concretiza-se desta forma, com plena segurança profissional, a injustiça em nome *do* Direito. Daí a descrença do cidadão na justiça em nosso país, com adágios correntes, como o de que `é melhor um mau acordo do que uma boa demanda””.
- 7 Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade no 4, julgada em fevereiro de 1998, reportando-se aos fundamentos postos pelo Ministro JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALKMIN na Representação no 933, julgada em março de 1975: Há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, e nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento.
- 8 Cfr. Caso da Penitenciária Urso Branco, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando nono; Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando quarto; e Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da

Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de febrero de 2002, considerando quinto.

9 Cfr. Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando décimo; Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de fevereiro de 2002, considerando sexto; e Caso Gallardo Rodríguez, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando sétimo.

10 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 10a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 410.

11 Em França, destaca MARC CARRILO, no artigo **A tutela Cautelar dos Direitos Fundamentais**, encontrado no [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1656](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1656): *O constat d'urgence* é um procedimento simples e limitado iniciado por razões de urgência, cuja finalidade é impedir que pelo transcurso do tempo, uma parte possa ver-se desfavorecida com respeito à outra. Não é um procedimento contraditório, e seu objeto é a prática de provas ou de adoção de medidas por parte do juiz administrativo para a comprovação de uns fatos mediante um procedimento de caráter sumário. O requisito prévio é a existência de uma situação de urgência; não se trata portanto, de um processo contencioso-administrativo previamente iniciado que permita a sua aplicação. A urgência deve estar legitimada por uma situação de risco que de persistir, torne irreparáveis os efeitos sobre os interesses em jogo. Tanto os poderes do juiz no *constat d'urgence* como os do *référé*, respondem a dois princípios: 1) que estes não dispõem de mais poderes do que os que possuem o juiz principal; 2) eles somente podem tomar medidas de caráter provisional, desprovidas de efeitos de coisa julgada. Para levar-se a cabo uma medida cautelar deste tipo de demanda é necessário precisar os fatos sobre os quais se solicita a tutela judicial; ao mesmo tempo, deve-se apontar as circunstâncias específicas que justificam a urgência de constatar os fatos sinalizados; finalmente, a constatação não poderá ser prescrita unicamente no caso que se determine sua utilidade. Se estes requisitos não se cumprem a consequência será a sua inadmissão.

12 CARNELUTTI, FRANCESCO. *Derecho Procesual Civil y Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971, p. 412.

13 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 176.

14 Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu “significado” ou, como diz GADAMER, referindo-se a Vico, a busca do “sentido”, um saber pelas causas, “que permite encontrar o evidente (verisimile)” (Verdad y método, *Salamanca*, 1988, p. 50-

51). GADAMER complementa seu pensamento com esta asserção: “Pues bien, el concepto de la evidencia pertenece a la tradición. Lo ‘verisimile’, lo vero-simil, lo evidente forma una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido” (p. 579) (SILVA, Ovídio. **Verdade e Significado**. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2008).

15 FRIEDE, R. R. **Medidas Liminares em Matéria Tributária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FU, 1995.

16 O princípio da legalidade, decorrente do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil, de que no julgamento da lide o juiz deve primeiramente aplicar as normas decorrentes do texto legal, não significa que o juiz moderno hoje se reduza ao que MONTESQUIEU, também juiz em sua época, escreveu em **O Espírito das Leis**, de que *les juges ne sont que les bouches qui prononcent les paroles des Lois* (os juízes nada mais são que as bocas que pronunciam as palavras das leis), como autômatos sem sentimento, a despeito de pronunciarem os atos que se denominam sentenças porque decorrem do sentimento. ALBERTO NOGUEIRA (**Jurisdição das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76) nos traz a exposição de motivos, assinada por CAMPO SALLES, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que criou a Justiça Federal, com o seguinte e expressivo trecho: A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder executivo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. ... A função do liberalismo no passado... foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever na época atual é oppor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o architectam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

17 Refere-se a dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, então vigente, e somente substituído em 1973 pelo atual Código de Processo Civil.

18 O inciso II do *caput* do art. 273 constitui disposição legal ineficaz, sem aplicação prática desde a sua vigência. É que o abuso de defesa ou o intuito protelatório constituem desígnios de deslealdade e má fé que somente podem ser apurados no momento em que houver a cognição definitiva, isto é, no julgamento do mérito da causa, levando à procedência ou improcedência por outros fundamentos.

19 A despeito de sua intensa controvérsia nos anos iniciais de sua vigência, o disposto no § 2º, sobre a irreversibilidade do provimento antecipatório, também francamente caiu em desuso, sendo raramente mencionado em decisões judiciais, pois a irreversibilidade ali tratada constitui um óbice que não se coaduna com os demais pressupostos para a tutela cautelar.

20 LUIZ, Fux critica vivamente a disposição legal, enquanto ROBERTO EURICO SCHMIDT JUNIOR, em **Tutela Antecipada de Ofício à Luz do art. 273, I**, do Código

de Processo Civil, São Paulo, Juruá Editora, 2007), admite a concessão *ex officio* principalmente em se tratando de direitos indisponíveis. ALEXANDRE de Freitas Câmara CÂMARA (**Primeiras Linhas...**) e ELPÍDIO, Donizete navegam em sentido contrário, em atenção ao princípio da demanda.

21 Consoante o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil, no julgamento da lide o juiz deverá aplicar as normas legais, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Somente poderá o juiz julgar por equidade se a tal estiver autorizado pela lei, como está no art. 127 da lei de ritos civis. Na lição inigualável de JORGE AMERICANO, o julgamento por equidade é o juiz dar ao caso a decisão mais conveniente, como se legislador fosse. O disposto no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil constitui autorização ao juiz para conceder a tutela cautelar, atendidos os pressupostos da plausibilidade (§ 3º – relevante fundamento) e da urgência (§ 3º – justificado receio de ineficácia do provimento final), em decisão devidamente motivada que leve em conta o caso concreto que lhe é submetido.

Fonte: Revista de Direito nº 81

Disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de junho de 2010.