

NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA LIMINAR

Reis Friele *

Não obstante, através de uma leitura menos atenta à obra de Calamandrei, ser possível concluir precisamente que as medidas liminares se classificam entre as chamadas medidas do terceiro grupo, concernentes às “medidas cautelares que antecipam a decisão do litígio”, leituras posteriores mais técnicas da obra do autor italiano, e mesmo autores como Liebman, Chiovenda e Carnelutti, simplesmente repulsam a idéia de que existia algum tipo de identidade entre o objeto da providência cautelar, em forma ou não de medida liminar, e o objeto da ação principal, não existindo, portanto, no entender desses autores (especialmente Liebman), qualquer possibilidade que a medida cautelar possa vir a antecipar (salvo por vias transversas) a decisão da lide em seu aspecto meritório de direito material.

De fato, a medida liminar (1), na qualidade de instrumental formalizante de providências cautelares, alude sempre a uma jurisdição impropriamente considerada com referibilidade exclusivamente processual (e, nesse sentido, autêntica forma de extensão de jurisdição cognitiva de caráter meritório), desprovida, portanto, de qualquer intenção de satisfatividade do direito reclamado.

O sentido único e específico da medida, por efeito, se traduz em simples objetivo de prover o efetivo acautelamento ao processo em que se discute a lide

(ou a sua execução), sem tecer, em qualquer hipótese, considerações sobre o tema e ao conseqüente direito material controvertido que a envolve.

Interpretar a natureza jurídica essencialmente cautelar (2) da medida liminar, de outra forma, seria desafiar o tênue equilíbrio entre a imprescindível observância do princípio do contraditório (e seus principais corolários) e a própria efetividade da prestação jurisdicional cognitiva.

“O desenvolvimento da temática do acesso à justiça levou ao questionamento do problema da efetividade da tutela dos direitos e, por conseqüência, da efetividade do processo.”

A problemática da efetividade do processo está ligada ao fato tempo, pois não são raras as vezes que a demora no processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito.

Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela, não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos.

A tutela cautelar, até poucos anos, era um instrumento excepcional e suficiente para evitar que a demora do processo conduzisse à

* Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente.

Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor da obra “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares”, 3ª edição, Forense Universitária/RJ.

inefetividade da tutela jurisdicional. Atualmente, porém, constata-se a proliferação das medidas cautelares e mesmo a distorção do seu uso. Trata-se de fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela. Na verdade, a prática forense, sob o rótulo de “tutela cautelar”, passou a conceber várias tutelas antecipatórias, próprias à tutela efetiva dos direitos que precisam ser realizados de forma urgente.”

(Luiz Guilherme Marinoni *in* *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, 1ª ed., Sérgio Fabris Editor, RS, p. 37).

Alguns doutrinadores mais recentes têm, inclusive, admitido, por intermédio de uma nova leitura da obra de Calamandrei, que o festejado autor não defende (e jamais defendeu) a tese segundo a qual o provimento liminar (ou a forma alternativa de instrumentalização da providência cautelar, ou seja, a sentença cautelar) se exterioriza através de simples antecipação satisfativa dos efeitos da tutela jurisdicional de conhecimento que, em essência, o mesmo apenas deveria, em termos objetivos, assegurar. Nesse sentido, a tradução mais aproximada do vocábulo liminar estaria mais no sentido formal de anteceder e não no material de antecipar (3)(4).

“A sentença cautelar, realmente, não pode antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal. Deveras, como escreveu Donald Armelino, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar, verifica-se sempre que se dá o resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter.”

(Luiz Guilherme Marinoni *in* *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 1ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 1992, p. 77).

“(…) a medida liminar em mandado de segurança é uma providência cautelar.

Esta é a sua natureza jurídica.

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o

provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo e, ao contrário, destina-se a durar por espaço de tempo delimitado (...) Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva da lide”.

(Renato Maneschy *in* *Natureza Jurídica da Medida Liminar* (art.))

Por outro lado, a luz de considerações de ordem lógico-jurídica, deve ser observado, em complementação elucidativa, que quando a pretensão jurisdicional primitiva (de índole meritória) é, de algum modo, antecipadamente satisfeita, - através de instrumental de natureza nitidamente acautelatória -, esvazia-se o objeto próprio e específico da tutela cautelar, uma vez que nada mais pode ser assegurado, em virtual cumprimento ao mandamento original da função primária acautelatória, considerando a ausência objetiva de referibilidade processual a um direito efetivo a ser, de fato, protegido.

“É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do processo principal para que possa a mesma adquirir o fim cautelar”.

(Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit., p. 77)

“As medidas propriamente cautelares - enquanto tutela apenas de segurança - limitam-se a assegurar a possibilidade de realização para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada”.

(Ovídio Baptista da Silva *in* *Comentários ao CPC*, ed. Lejur, RS, p. 66).

No escopo próprio de atuação da medida liminar, onde inexistente efetiva jurisdição e lide meritória (a lide impropriamente considerada, para aqueles que a admitem, é apenas “de dano”), é importante observar, - em necessária ratificação às posições autorais expostas e em virtual obediência aos preceitos normativos doutrinários fundamentais também já mencionados -, que há, em todos os casos, sempre um aspecto de referibilidade processual (e não propriamente material, comum nas tutelas cognitivas) a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver confirmado no processo principal (alusivo, em última análise, a uma autêntica jurisdição, de índole cognitiva, com caracterização de lide meritória).

É, pois, exatamente esta característica de cautelaridade referencial - que se opõe à

satisfatividade exauriente pretendida no processo de conhecimento - que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória, objetivando permitir e viabilizar, em última análise, sua plena identificação e, por efeito, o pleno desvendar quanto aos segredos mais íntimos de sua específica natureza jurídica.

A característica da medida cautelar está, segundo Chiovenda e Liebman (Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, nº 83; Liebman, Manuale di Diritto Processuale Civile, 4ª ed., 1980, vol. I, p. 94): a) na provável existência de um direito, cuja tutela se pede no processo principal (*fumus boni iuris*); b) no fundado temor de que, enquanto se espera aquela tutela, venham a falhar aquelas circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela (*periculum in mora*). Para a concessão da medida cautelar, concorrem, na opinião desses autores, pois, duas condições: a possibilidade (contemporaneamente entendido como juízo de probabilidade, com efetiva plausibilidade da ocorrência) do direito e a possibilidade (ibidem) do dano. Verifica-se a

possibilidade do direito através da sua aparência, embora este exame seja, em *summaria cognitio* (Chiovenda, Instituições, ob. cit. vol. I, p. 83). Verifica-se a possibilidade do dano, não para assegurar a um dos litigantes uma posição mais favorável; antes, como ensina Carnelutti, para evitar que a duração do processo resulte em uma alteração do equilíbrio inicial de força entre as partes (Carnelutti, Diritto e Processo, p. 356).

Para esses autores, especialmente Enrico Tullio Liebman (*Apud Castro Villar*, ob. cit., 61) e Antonio Coniglio (*Il Sequestro Giudiziario e Conservativo*, 3ª ed., 1949, nº 16, p. 21), inexistente, de forma efetiva, um direito substancial de cautela, sendo a medida cautelar, em forma ou não de liminar, exclusivamente decretada não em razão da possibilidade de êxito da pretensão material da parte, mas da necessidade de assegurar eficácia e utilidade ao provimento do processo principal. Neste aspecto, não se pode acolher, portanto, como razoável, o condicionamento da tutela preventiva à exclusiva verossimilhança do direito substancial da parte.

2 Autonomia da Função Cautelar

Lenta e não sem recuos mostrou-se a evolução da doutrina italiana, fonte e matriz do direito processual moderno (embora não do processo contemporâneo de feição germânica e norte européia), na fixação da autonomia da função cautelar e no objeto específico de sua natureza jurídica. Inicialmente, foi necessário afastar a posição das legislações e das doutrinas alemã e austríaca que a consideram mero apêndice da Execução. Sem dúvida, como bem lembra Galeno Lacerda, deve-se a o primeiro e grande passo nesse sentido, ao consagrar como autônoma a ação cautelar (Chiovenda, Instituições, 1ª ed., Bras., vol. 1º, nº 82, p. 384).

Depois seguiu-se a obra clássica de Calamandrei, que viu no procedimento a tônica da autonomia (Calamandrei, Introduzione cit., ps. 4 e segs.).

Negaram-na porém, embora com posições diversas, Allorio (Allorio, Per una Nozione del Processo

Cautelare, na *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1936, I, p. 18), Lancellotti (Lancellotti, Osservazioni Critiche intorno all' Autonomia della Tutela Cautelare, na *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, p. 232) e Redenti, este recusando a existência de uma ação cautelar autônoma (Redenti, Diritto Processuale Civile, III, 2ª ed., 1954, ps. 52 e 53; trad. esp., Buenos Aires, II, p. 244).

Satta, por sua vez, assentava a autonomia não em razões oriundas da própria natureza da cautela, e sim, apenas, no critério formal da vontade do legislador (Satta, Diritto Processuale Civile, 5ª ed., 1957, p. 575).

Em extremo oposto, numa supervalorização da tutela cautelar, Calvosa, em tratado erudito mais recente, a coloca no mesmo plano das tutelas normativa e jurisdicional do Estado (Calvosa, La tutela cautelare (Profilo sistematico), Turim, 1963).

3 Posições Vertentes sobre a Natureza Jurídica de Medida Liminar * * * * *

É importante reafirmarmos mais uma vez que a questão da natureza jurídica da medida liminar, neste particular, levou a discussões intermináveis, sendo certo que hoje a doutrina se encontra dividida em filiar-se à doutrina elaborada fundamentalmente por Calamandrei (Introduzione Allo Studio Sistematico dei Procedimenti Cautelari, p. 22), - segundo a qual a natureza específica da medida liminar é eminentemente cautelar como escopo próprio de antecipar provisoriamente certos efeitos da providência definitiva, destinada a prevenir o dano que poderia dela advir -, e a doutrina básica de Carnelutti (Diritto e Processo, p. 256) que exalta o caráter instrumental da medida liminar de essência cautelar, defendida por Calamandrei, demonstrando, no entanto, que, enquanto o processo de cognição ou de execução se presta à tutela do direito, o processo

cautelar serve à tutela do processo.

Entre uma e outra posição, entendemos, data maxima venia, existir espaço para um entendimento (menos radical) segundo o qual o requisito específico do fumus boni iuris é o elemento fundamental que permite, - ainda que por vias transversas -, uma antecipação indireta de certos efeitos da providência definitiva (ainda que não seja este objetivo próprio da medida cautelar, em forma de liminar ou não), constituindo-se, por todas as razões, em um verdadeiro mérito da ação cautelar, que, embora não deva se confundir com o mérito da ação principal, por corresponder exatamente à própria probabilidade de existência do direito material, não permite que a ação cautelar objetive a uma exclusiva e estranque tutela do processo, sem qualquer relação com a tutela do direito.

4 Natureza Jurídica Finalística da Medida Liminar * * * * *

É conveniente ressaltar que a natureza jurídica finalística da medida liminar, independente de seu aspecto material, se encontra adstrita à sua condição precípua de anteceder o provimento jurisdicional cognitivo. Esta é a tradução consuetânea do vocábulo e o próprio objetivo do instituto que apenas possui o condão

antecipatório, adicionado à sua característica antecedente, quando, excepcionalmente, revestir de natureza satisfativa, como na hipótese vertente prevista expressamente no art. 461, parágrafo 3º, do CPC e no art. 84, parágrafo 3º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CBDC) (tutela específica).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Característica da Medida Liminar