

MEDIDAS LIMINARES E ELEMENTOS CO-NATURAIS DO SISTEMA DE TUTELA JURÍDICA*

J. E. Carreira Alvim **

1. Introdução

Um dos problemas crônicos da nossa justiça é, sem dúvida, a morosidade, por razões sabidamente conhecidas, de ordem conjuntural e estrutural, sem qualquer perspectiva de solução a curto prazo, nem no âmbito federal nem no estadual. Tal situação de desconforto é agravada pelo tratamento que o Estado dispensa a

si próprio, em juízo, enquanto Poder Público, privilegiando-se tanto na posição de autor quanto na de réu, revelando um indisfarçável desinteresse pelo princípio da democratização do processo, que deveria presidir as suas relações com os jurisdicionados. Tais privilégios¹ vão desde a proibição de provimentos liminares nas demandas em face do Poder Público (Lei nº 8.437/90, art. II, caput), até a vedação, ao exercício de ações cautelares contra ele no primeiro grau de jurisdição (Lei nº 8.437/90, art. 1º, Par. 1º).

2. Liminares contra atos do poder público. Lei nº 8.437/92

É o seguinte o texto do art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992:

“Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau,

medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

* Publicado In Genesis, Curitiba (3), setembro/dezembro de 1996, p. 649 a 655. Republicando no presente número por expressa autorização do autor.

** Professor de Direito Processual civil da PUC-Rio; Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

3. Restrições ao exercício da jurisdição

Dispondo do art. 5º, XXXVI, da Constituição que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, essa norma de super direito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem os quais, o acesso à justiça não seria completo.

O preceito constitucional não alcança apenas a

proibição de acesso à justiça, em termos absolutos, mas toda restrição, ainda que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito.

Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, **in concreto**, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência.

4. Elementos co-naturais à tutela jurisdicional

Na Itália, a Corte Constitucional enfrentou tal problema, considerando ilegítimas, no âmbito das tutelas de urgência, por violação a preceito constitucional, determinadas normas de lei limitativas do poder do juiz de suspender por meio de cautelar a execução de provimentos declaratórios de utilidade pública, quando constatado erro grave e evidente na individualização dos imóveis ou na (determinação) das pessoas dos proprietários. Afirmou a Corte que, sendo o poder de suspender a execução do ato administrativo “um elemento co-natural” ao sistema de tutela jurisdicional, no controle dos atos da Administração Pública, deve ser exercido com a avaliação, caso por caso, dos graves e irreparáveis danos que possam resultar da execução do ato, pelo que a exclusão do próprio poder de fazê-lo ou a limitação do seu exercício, relativamente à determinada categoria de

atos administrativos ou ao tipo de vício denunciado, contrasta com o princípio da igualdade, quando não ocorra uma razoável justificação dessa diversidade de tratamento.²

Na doutrina, PACE aplaudiu a decisão da Corte, entendendo que, em sede cautelar, na avaliação dos interesses em conflito, quanto à irreparabilidade dos danos, não devia prevalecer, sempre, o interesse público sobre o particular (do recorrente). Criticou-a, porém, asperamente, PROTO PISANI³, reconhecendo ao legislador o poder de subtrair do juiz essa avaliação comparativa, mas admitiu a suspensão (do ato administrativo) como **elemento co-natural da tutela jurisdicional**, tanto na presença de lesão a um direito fundamental da personalidade, não suscetível de reparação pelo equivalente, quanto a um direito patrimonial a que se con-

traponha outro de igual hierarquia constitucional, havendo um “altíssimo grau de probabilidade” de que a lesão venha a ser considerada ilegítima na decisão final.⁴

Como se vê, mesmo aqueles que não aceitam, *tout court*, essa construção pretoriana, reconhecem a sua utilidade em face de uma **provável** lesão a direito subjetivo.

5. Proibição de medidas liminares, Inconstitucionalidade *****

O nosso ordenamento jurídico tem sido pródigo em leis proibitivas de medidas liminares, muitas das quais importam, na prática, supressão ao exercício da própria jurisdição. Para fugir ao flagrante de inconstitucionalidade, o legislador, em vez de restringir diretamente o poder jurisdicional, no que encontraria obstáculo intransponível no art. 2º da Constituição-que preserva a independência e harmonia dos poderes - procura fazê-lo pela via indireta da limitação do direito de ação (da parte), fazendo tábula rasa dos elementos co-naturais do sistema.

O preceito que compõe o *caput* do art. 1º da Lei nº 8.437/92 - “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal” - não constitui novidade no nosso ordenamento jurídico, sendo irmão siamês de tantos outros que nele habitam, como, v.g., o art. 5º da Lei nº 4.348/64;⁵ o § 4º do art. 1º da Lei nº 5.021/66;⁶ o art. 1º da Lei nº 2.770/56.⁷ Daí, ao dispor, como dispôs, mas não fez a Lei nº 8.437/92 do que estender aos procedimentos cautelares e afins limitações já

consagradas na esfera mandamental.

Diz-se que o preceito do *caput* do art. 1º não atinge o direito de ação, vez que não impede o seu exercício pela via ordinária, ou mesmo cautelar, ou preventiva, vedada apenas a concessão de liminar, sempre que semelhante proibição vier imposta também na via mandamental. Em princípio, pode parecer que não, na medida em que não se revele necessária à preservação do direito material em litígio, pois, do contrário, haverá ofensa a um elemento co-natural à tutela jurisdicional. Eliminar *prima facie* um componente essencial da garantia jurisdicional, como a medida liminar, ou impor restrições ao seu exercício, de forma que, sem ela, a tutela se revele inadequada à defesa do direito, é uma ofensa ao direito subjetivo à jurisdição e ao *due process of law*, de fundo constitucional.

Num país em que os demais poderes (Legislativo e Executivo) revelam invulgar vocação para limitar, reduzir-se até suprimir o poder jurisdicional dos juizes⁸, é preciso que a semente plantada pela Corte Constitucional italiana produza, entre nós, os almejados frutos, fazendo florescer uma doutrina dos **elementos co-naturais do sistema**.

6. Obstrução das vias de acesso à justiça *****

A Lei nº 8.437/92 não elimina apenas as liminares em sede cautelar ou preventiva, sempre que vedadas também na esfera mandamental - hipótese

contemplada no *caput* do art. 1º⁹ - mas, igualmente, a própria medida (ação) cautelar inominada ou sua liminar, no juízo de primeiro

grau, sempre que impugnado ato de autoridade sujeita, na via do *writ*, à competência originária de tribunal - hipótese compreendida no § 1º do art. 1º¹⁰ - obstruindo o direito do jurisdicionado de invocar o poder geral de cautela do juiz. Atingiu de frente o *habitat* natural desse poder, exatamente onde se busca tutela para direitos não amparáveis pelo *mandamus*.

Ao prescrever o § 1º do art. 1º que “Não será cabível, **no juízo de primeiro grau**, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal”, **extirpa**, na primeira instância, o direito de ação cautelar (inominada) em face do Poder Público, simplesmente por terem seus agentes, em tese, os seus atos sujeitos a esse controle qualificado. São demandas envolvendo atos de império (de autoridade), fora do alcance da jurisdição ordinária de primeiro grau. Ora, privilegiar um rito **excepcional**, com tantas peculiaridades e limitações, como é o mandado de segurança - sujeito a prazo decadencial, prova preconstituída e liquidez e certeza do direito - em detrimento de um rito (cautelar), onde impera o juízo de **probabilidade**¹¹, capaz igualmente de garantir o direito, *inaudita altera parte*, é algo que não se ajusta à unidade sistêmica do ordenamento. Em outros termos, é subtrair do jurisdicionado o seu **juízo natural**, nas suas demandas em face do Poder Público, restringindo, ao largo da Carta Política, o direito **constitucional** de ação.

Constituem obstrução (inconstitucional) de acesso à justiça, tanto as medidas que tolgem, *in*

totum, ao jurisdicionado as vias judiciais, como as que lhe deixam abertas apenas determinada via, mas incapaz de tutelar, eficazmente, o seu direito. *Modus in rebus*, a tanto equivale não proporcionar a um deficiente físico o acesso a uma plataforma, como fazê-lo por uma rampa tão íngreme que não possa ser subida.

Supor, por exemplo, que não constitua ofensa à Constituição escancarar ao jurisdicionado as portas dos tribunais, interditando-lhe apenas o acesso à justiça de primeiro grau é também algo que não se compraz com um sistema de garantia de direitos, fundado no direito (pleno) de ação. Como os tribunais de segundo grau funcionam nas capitais e, os superiores, em Brasília, estaria privado da **devida**, tutela jurisdicional aquele que residisse num distante Estado da federação, sem condições de constituir um patrono para advogar sua causa num desses foros. Seria bastante difícil, para não dizer impossível, que a assistência judiciária pudesse resolver tal tipo de problema.

Ora, as medidas liminares são devidas não em função da qualidade do agente público, senão da própria natureza da lesão sofrida pelo jurisdicionado, que tem no Poder Judiciário o único meio de impedi-la ou de repará-la de forma eficaz. Tornar incabível a medida cautelar ou a sua liminar, quando o ato impugnado proveinha de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, é fazer *tábula rasa* dos princípios do acesso à justiça, da efetividade, do juiz natural e da igualdade, que formam a base dos elementos naturais do sistema de tutela jurídica.

7. Alcance das restrições legais

A promulgação da Lei nº 8.437/92 teve o indisfarçável propósito de garantir o sucesso de

um plano governamental, tolhendo a concessão de medidas liminares em vista dos inúmeros pre-

cedentes registrados em sede pretoriana à política, então, em vigor -, como v.g., o reajuste dos proventos dos aposentados (147%), o dos vencimentos dos funcionários públicos (URP), o desbloqueio de cruzados novos, o levantamento do FGTS, etc. -, fazendo-o de forma indireta, para disfarçar a violência à Constituição. Vedou-as, assim, no *caput* do art. 1º, em todos os casos em que não puderem ser concedidos em mandado de segurança “em virtude de vedação legal”.

Segundo a letra da lei, esse preceito alcança apenas as seguintes hipóteses, por estarem le-

galmente vedadas em mandado de segurança: a) liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira (Lei nº 2.770/56, art. 1º);¹² b) reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/64, art. 5º);¹³ c) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei nº 5.021/66, art. 1º, § 4º) (14).

Todas as demais restaram fora da vedação legal, se bem alguns juízes e tribunais venham entendendo, equivocadamente, estar vedada a concessão de liminar contra quaisquer atos do Poder Público.

8. Ações mandamental e cautelar. Pontos de divergência * * * * *

Tais considerações adquirem relevo se se considerar que as ações mandamental e cautelar sujeitam-se a pressupostos distintos: I) o mandado de segurança está sujeito a prazo decadencial; a medida cautelar, a prazo prescricional; II) o mandado de segurança agride atos de império; a medida cautelar, atos de império ou de gestão;¹⁵ III) o mandado de segurança tutela direito líquido e certo, provido de prova preconstituída; a medida cautelar contenta-se com a probabilidade de existência do direito, admitindo qualquer prova; IV) no mandado de segurança, a liminar é antecipatória da própria prestação material; na medida cautelar (se não tiver cunho satisfativo), é garantidora do resultado do pro-

cesso principal; V) o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais pretéritos (Súmula nº 271 do STF);¹⁶ nem é substitutivo de ação de cobrança (Súmula nº 269 do STF);¹⁷ a medida cautelar não contém tais limitações; VI) no mandado de segurança, uma vez denegado, fica sem efeito a liminar (Súmula nº 405 do STF);¹⁸ na medida cautelar, a liminar conserva sua eficácia até o julgamento da demanda principal; VII) o mandado de segurança tem foro privativo, que é o da sede da autoridade coatora (trata-se de competência absoluta); a medida cautelar sujeita-se à regra geral de foro (trata-se de competência relativa).

9. Avocatória disfarçada * * * * *

Dessa simples relação, colhida ao sabor do acaso, vê-se que a Lei nº 8.437/92, na medida em que proíbe a medida cautelar - embora preserve a via mandamental para impugnação de atos de autoridade, perante os tribunais - o faz de forma a obrigar a parte a se valer, **necessaria-**

mente, do processo de conhecimento, na inferior instância, caso se veja na contingência de demandar, no primeiro grau contra o Poder Público, com o que agride sem constrangimento o preceito constitucional consagrador do **direito de ação** e do **direito à jurisdição**, de índole

constitucional-processual, e assecuratórios dos demais direitos constitucionais-substanciais, que jamais poderiam sofrer a amputação imposta pelos § 1º e 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92. E o que é mais grave: ao vedar o § 1º do art. 1º a medida cautelar no juízo de primeiro grau - “quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal” - mais não fez o § 1º

do art. 1º dessa lei que gizar um procedimento com colorido de **avocatória**, sabidamente incompatível com a Constituição, eliminando (embora em parte) a jurisdição de primeiro em proveito da de segundo grau. Assim, não podendo instituir a **avocatória**, buscou a lei ordinária, por via transversa, colimar o mesmo resultado, só que solapando as bases do **devido processo legal**.

10. Liminar satisfativa

Por fim, o disposto no § 3º do art. 1º da mesma Lei - “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação” - objetivou evitar que as medidas cautelares satisfativas pusessem em risco os interesses do

Governo -, que nem sempre se identificaram com o interesse público -, mesmo porque a medida cautelar *stricto sensu* jamais esgota o objeto da ação principal.

11. Conclusão

Com a introdução da tutela antecipada (art. 273) e da tutela específica (art. 461), no Código de Processo Civil, a supremacia dos elementos co-naturais do processo se torna ainda mais necessária, pois, de outro modo, brevemente teremos também medida provisória (ou lei ordinária) afastando a incidência desses dispositivos, nas demandas em que forem réus os entes públicos (União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios). Infelizmente, no Brasil, a realidade tem demonstrado que os direitos e garantias individuais não se protegem por si próprios, senão

através da ação enérgica do Poder Judiciário.

Por fim, não devem juízes e tribunais se acanharrem diante de restrições inconstitucionalmente impostas à concessão de medidas liminares (processuais ou substanciais), sempre que se revelem a **única forma eficaz de evitar uma lesão a direito subjetivo**, sendo, como são, tais modalidades de tutela, elementos co-naturais do sistema de proteção jurídica, a cargo do Estado, e que não podem ser neutralizados pela lei ordinária em benefício do Poder Público.

Notas Bibliográficas

- 1) Cf. a propósito, a Lei nº 8.076/90 que vigeu temporariamente: “Art. 1º. Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e s. do Código de Processo Civil, que versem matérias reguladas pelas disposições das Leis nº 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990 e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares. Parágrafo único. Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquele que julgue procedente o pedido, sempre estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal”. (Lei nº 8.076/90).
- 2) Corte Cost. 27 dezembro 1974 nº 284, in Revista di Diritto Processuale. Bologna: CEDAM, nº 1, janeiro-março 1995, p. 231.
- 3) Contestou **PROTO PISANI** que a suspensão (do ato administrativo) cautelar fosse um elemento co-natural jurisdicional à anulação. Idem, Ibidem, p. 231.
- 4) **PISANI**, Proto. **Una macroscopica manifestazione**, cit., 3339, Idem, Ibidem, o. 231.
- 5) “Não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.”
- 6) “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”
- 7) “Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.”
- 8) Tivemos até a infelicidade de ter uma lei (Ato Institucional nº 5) que exclui da apreciação do Poder Judiciário a lesão a direito individual, proibindo até a concessão de *habeas corpus* em determinados casos.
- 9) “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.
- 10) “§ 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.”
- 11) Cf. **CARREIRA ALVIM**, J. E. **Código de Processo Civil Reformado**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1996, p. 101-110.
- 12) “Art. 1º. Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.”
- 13) “Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.”
- 14) “Art. 1º. § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

- 15) Em doutrina, entende-se que o mandado de segurança só será remédio adequado se o ato lesivo ou ameaçador tiver sido praticado pelo Estado como Poder Público, excluídos, assim, os atos em que ele tenha agido como pessoa privada, pois nestes casos estará sujeito apenas aos remédios comuns das leis processuais. **BARBI**, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 92.
- 16) “Súmula nº 271 - Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”
- 17) “Súmula nº 269 - O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.
- 18) “Súmula nº 405 - Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo (apelação), dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”