

pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) — contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) — julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) — der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III).

47.6 Diz o art. 9º das Disposições Transitórias: os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes evitados de vício grave.

Aduz o parágrafo único que o Supremo Tribunal Federal proferirá a decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado.

47.7. Ainda entre as Disposições Transitórias, diz o § 1º do art. 27: até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

47.8. Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional (§ 7º do art. 27 das D.T.).

É de se presumir, também, que o TFR conserve sua competência atual até a instalação do STJ. E exercerá também até lá, a competência deste.

47.9. Compete à Justiça federal julgar as ações perante ela propostas até à data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais e ao Superior Tribunal de Justiça as ações rescisórias das decisões por ela proferidas até, então, inclusive daquelas cujas matérias tenham passado à competência de outro ramo do Judiciário (art. 27, § 10 das LT.).

48. Essas, a meu ver, em resumo, as principais inovações da Constituição, em termos de processo e procedimento, destinadas à atuação jurisdicional e também política do Poder Judiciário.

Outras poderiam ser referidas.

Mas o tempo não permite.

Nem a bondosa compreensão dos ouvintes as toleraria.

## Poder Cautelar do Juiz (Medidas Provisórias) \*

*Cautelares*

E. D. Moniz de Aragão

Pode-se considerar o processo das medidas cautelares como uma das mais opulentas províncias do Direito, pelo que proporciona em oportunidades de contribuir para sua realização. Nele avulta sobremaneira, mais que em outros setores, a figura do magistrado, que atua discricionariamente em decorrência da própria função jurisdicional de que está provido, ainda mesmo na ausência de norma explícita que a tanto o autorize. Assim já ensinava CHIOVENDA<sup>1</sup>, cuja lição permanece válida nos dias atuais. Tal é o cunho discricionário dessa atuação, que CALAMANDREI aproximou-a do exercício do poder de polícia.<sup>2</sup>

Por certo acontece, como nos restantes departamentos do Direito Processual, de o poder cautelar do juiz ser desempenhado a benefício dos particulares, na tutela de interesses seus. Mas essa não é a sua missão primordial, nem a mais relevante. Em inúmeros casos o magistrado age provocado pelo litigante, sim, mas com o precípuo objetivo de salvaguardar o resultado útil do processo, seja quando busca a segurança da prova, seja quando visa à da própria sentença. Por isso mesmo a tutela cautelar pode e deve ser prestada até de ofício, independente de as partes terem-na solicitado.

Esta última observação traz à lembrança o problema do chamado princípio dispositivo, a recomendar a inércia da jurisdição, que não deve mover-se sem provocação do interessado — *ne procedat iudex ex officio* — regra esta que no caso encontra obstáculo no texto do próprio Código de Processo Civil, cujo art. 797 prescreve atuação espontânea do magistrado.<sup>3</sup> Se nas medidas cautelares incidentes, isto é, determinadas no curso e na pendência de algum processo, o problema não se ressente de gravidade, no caso — raro, muito raro — de não preexistir processo algum e de, por isso, a medida cautelar ser efetivamente adotada por iniciativa do magistrado, a gravidade do problema se apresenta aguda. Todavia é bastante provável que na prática forense nem chegue a acontecer.

Para que a tutela cautelar seja obtida, ou concedida, é indispensável que o postulante esteja em situação de poder reclamá-la (ou ma-

\* Palestra proferida a 29 de junho de 1990 no Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado. O texto foi revisado e acrescido das notas de rodapé.

1. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed. bras., Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, § 11, nº 84, E, I/280-281.

2. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, trad. Santiago Sentís Mellendo, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, nº 46, pág. 140.

3. Enfatizou-o Galeno Lacerda mal o Código tornara-se lei (Processo Cautelar, Revista Forense 246/151, esp. à pág. 154).

gistrado de concedê-la) para o que a doutrina de há muito cunhou dois requisitos de que não se afasta, os quais são investigados sumariamente no curso do processo cautelar e constituem sua matéria de fundo. Trata-se dos chamados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, vale dizer, são exigidas a aparência de um bom direito com vistas ao processo principal e um risco de a demora no desfecho deste último poder causar dano à parte, ou à realização do Direito, em si mesma considerada.

Estas exigências, que nem sempre são bem apreciadas pelos doutrinadores que delas se ocupam, constituem, como disse, o “mérito” do próprio processo cautelar. Delas o *fumus boni iuris* é a ponte entre o mérito do processo principal e o do processo cautelar. Mas não se julga neste a pretensão do outro; julga-se pretensão diversa: a de obter uma tutela provisória, rápida, em juízo o menos formal possível, para efeito de proteger uma situação. O outro aspecto, que integra o mérito do processo cautelar, é o *periculum in mora*. Se fosse possível julgar o processo instantaneamente; se se imaginasse um processo ideal, que se resolva no dia em que é instaurado, naturalmente o processo cautelar não teria maior importância; poderia até desaparecer. Como, entretanto, isto não é possível, é preciso que o juiz avalie o perigo da demora. Portanto, num juízo sumário, do ponto de vista do processo e do ponto de vista do procedimento, essa distinção é fundamental.

Ela tem história muito longa no Direito. Remonta a uma decretal do Papa Clemente V (por esse motivo é chamada “Clementina”) que reduziu sob dois aspectos o processo. Reduziu-o do ângulo da cognição, limitando o material sobre o qual a cognição do juiz recai, e reduziu-o do âmbito da sua duração, diminuindo o número de atos a serem praticados.

No processo cautelar tem-se exatamente isto: cognição reduzida, sumarizada do ponto de vista do conhecimento do juiz, que examina apenas a aparência do direito, não o próprio direito; examina o perigo que decorra da demora, não examina portanto o processo do ângulo do mérito propriamente dito. Isso num processo também encurtado quanto aos atos que se devem praticar.

Por isso, se diz que há um juízo de mera plausibilidade. O que for plausível, o juiz aceita; a que não for plausível, recusa. Isto tudo com rapidez que muitas vezes se reduz a minutos. A concessão de certas liminares em matéria cautelar é feita pela simples leitura do pedido do interessado, às vezes com os comemorativos que o próprio advogado, que vai à presença do juiz, lhe acrescenta a propósito do assunto.

Ora, dadas estas circunstâncias, tem-se o mais grave de todos os perigos que rondam o magistrado no momento em que concede ou não a liminar. É o risco de substituir um mal por outro. De substituir até mesmo um mal menor por um mal maior. Há certas liminares que trazem resultados piores do que aqueles que visavam a evitar. E quem faz esta afirmação, considerando o poder cautelar geral “perigosa arma de dois gumes”, é seu mais entusiasta defensor no Brasil — o Pro-

fessor **Galeno Lacerda**.<sup>4</sup> Não conheço, de todos os processualistas brasileiros, quem tenha maior entusiasmo do que o dele pelo processo cautelar e pela medida cautelar como arma entregue ao juiz.

Mas, dado o perigo que envolve, é preciso que o processo cautelar ofereça o antídoto ao mal que é capaz de causar. Esse antídoto está na chamada contracautela. Nosso Código é muito parco no tratamento deste assunto. Limita-se a falar, no art. 805, na prestação de caução. Mas a contracautela vai muito além da caução. Esse juízo discricionário que o juiz pode exercer, essa atuação discriminatória que ele pode desenvolver ao conceder a medida cautelar, pode também exercê-la com a mesma, com igual intensidade, no sentido de precaver os maus resultados da medida, a fim de evitar um mal maior. Por isso, é importante que o juiz, ao fazer uso das medidas cautelares, aja com a maior prudência. Ele pode e deve concedê-la, mas também pode e deve coordenar a situação, de modo tal, que não criem perigos maiores do que aqueles que poderiam ser evitados através delas. Alguns casos estão tipificados no Código; são contracautelas especiais, mas que podem ou não atuar no exato momento da concessão da medida: a caução propriamente dita, que pode ser determinada como contraprestação a quem obtém a medida liminar. Eventualmente, a suspensão da liminar do mandado de segurança, que se requer ao presidente do Tribunal, ou a suspensão da própria execução da sentença concessiva do mandado de segurança.

Os advogados e os tribunais encontraram um caminho novo neste mesmo terreno com a edição do Código de Processo Civil, que foi a concessão do efeito suspensivo a recursos que não o tenham, mediante o emprego de mandado de segurança. Há muitos juízes que reagem a esta medida e reagem com razão, porque encaram o problema do ângulo estritamente literal. Dizem eles — e são várias as decisões nesse sentido — que há uma orientação tranqüila no sentido de não dar mandado de segurança contra ato judicial, em primeiro lugar; em segundo lugar, que ao não dar efeito suspensivo a recurso que por lei não o tem, o juiz não está ferindo lei alguma, pelo contrário, cumpre-a.

Mas estas pessoas não se deram conta de que o mandado de segurança aí, na verdade, nada mais é do que um procedimento, espécie de envoltório, que se utiliza para o exercício do poder cautelar geral. Pede-se, através de processo que não é inscrito no rol dos procedimentos cautelares, nada mais que uma medida cautelar. Suspende-se o cumprimento da decisão ou da sentença porque há a aparência do bom direito no recurso que se interpôs e há risco de a ocorrência da demora vir fraudar o resultado que a parte alcançaria através do recurso.

Estes mandados de segurança são medidas cautelares empregadas no sentido de assegurar uma determinada situação; funcionam con-

4. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Col. da Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, vol. VIII, t. I, n.º 28, pág. 163.

tra decisões ou contra sentenças, mas sempre com esse caráter verdadeiramente cautelar.

Em todas essas medidas é fundamental que se procure manter o equilíbrio entre as partes. O centro nervoso do processo cautelar está no princípio da isonomia. Não é possível atribuir a um mais do que se atribuiria ao outro. As partes devem ser tratadas com igualdade e deve haver equilíbrio no curso do processo. A esse propósito, não se construiu ainda no Brasil, nenhuma doutrina, não me consta que haja alguma corrente jurisprudencial, não há ainda nenhum ensaio sobre como equilibrar as duas pretensões contrapostas: a do requerente do processo cautelar e a daquele que se opõe à medida. Em outros países não me parece, do que conheço, que o assunto tenha tido desenvolvimento muito maior. Porém, há uma regra, que considero da maior importância, no Código de Processo Civil Português, a propósito desta particularidade.

Trata-se do art. 401 atual. Mas vou mostrar a evolução nas três versões do Código de Processo Civil português a partir de 1939, porque foi o que encontrei de melhor a respeito da conduta do juiz, no que concerne à concessão de medida cautelar, com relação ao equilíbrio que deve manter entre as partes. Na versão de 1939, o art. 406 n.º VI dizia: "O Tribunal procurará manter o justo equilíbrio entre os dois prejuízos, o que a providência pode causar e o que pode evitar." Na de 1961, art. 400, n.º I, diz o Código que a medida pode ser concedida, "salvo se o juiz, em seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da providência sobreleva o dano que se pretende evitar." E na atual, art. 401, o legislador aconselha o juiz a ponderar a medida cautelar e não a conceder ou a conceder, "salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar."

No Brasil, de um modo geral, as medidas cautelares têm sido concedidas sem que este cuidado presida o pensamento dos juízes. Tenho notícias de muitas medidas cautelares afoitamente, precipitadamente e, às vezes, condenavelmente concedidas. Conheço porém um julgamento que fez uso desta técnica de pesos e contrapesos que o Código de Processo Civil português sugere, mas sem levar em consideração esse texto.<sup>5</sup> Seu autor é um ilustre juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, que recorreu a outra vertente, que leva ao mesmo resultado. Recorreu ele a um princípio que se tem desenvolvido muito na Europa: (Parece-me que o seu núcleo inicial ocorreu na Alemanha) o princípio chamado da proporcionalidade, o qual nada mais é do que o Código de Processo Civil português: estabelecida uma proporção entre o risco que se quer evitar e a medida que se vai adotar para evitá-lo verificar-se-á qual dos dois interesses há de merecer a proteção. Deve-se conceder a medida cautelar, ou negá-la, porque, proporcionalmente ao dano que sua inexistência causaria, a concessão traz mais prejuízo do que bom resultado. Invocou ele, nesse julgamento, a opinião de autores alemães em matéria de direito constitucional. Mas eles aprovei-

5. MS 91/87. Paraná Judiciário 25/175.

tam a mesma teoria, o mesmo princípio da proporcionalidade, seja no plano do direito privado, seja no plano do direito processual em diversos dos seus setores, até mesmo no plano do direito penal.<sup>6</sup> No direito processual foi ele empregado (abro aqui um parêntese porque me parece muito interessante este ponto específico) a propósito de prova e intimidade. Tem-se defendido com muito vigor nestes últimos tempos o direito à intimidade e a proibição da prova, da produção da prova ou da obtenção da prova, com lesão da intimidade. Ao direito alemão, aos tribunais alemães, apresentaram-se problemas agudíssimos de prova obtida através de gravações e mesmo de observações feitas em cômodo vizinho. Discutiu-se muito se tais provas poderiam ser admitidas porque obtidas "à traição", com lesão à intimidade. O Bundesgerichtshof empregou em alguns casos o princípio da proporcionalidade para resolver o problema. Qual seria o mal maior: um adultério, em si, ou a prova da sua existência colhida através de meio não ortodoxo?<sup>7</sup>

Portanto, o princípio da proporcionalidade pode ensejar a ocasião para que todos os interesses sejam sopesados e através deste trabalho chega-se à conclusão de ser válida ou inválida a tese de conceder-se a liminar naquele determinado momento; de conceder-se a providência cautelar para proteger determinado interesse; se a proteção desse interesse é mais danosa ao direito, ou à sociedade, ou ao outro litigante, do que a negação da proteção. É um problema de repercussão. A concessão da liminar pleiteada pelo autor pode ser muito mais danosa ao réu, do que seria ao autor a negação da medida cautelar. O juiz deve necessariamente sopesar esses interesses antes de conceder a medida.

Nossa lei, a meu ver, fornece outro elemento capaz de orientar o juiz na solução do problema. É a regra do art. 620 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio nosso conhecido, do menor sacrifício do executado. A mesma regra que orienta o juiz, no caso de poder proceder à execução por vários modos, a escolher o que seja útil ao credor e menos danoso ao devedor, a meu ver deve ser também motivo de ponderação no que tange às medidas cautelares. Se for possível dar solução útil ao autor, com sacrifício menor do requerido na medida cautelar, do que aquele que ele sofreria, o juiz deve necessariamente optar pela fórmula que gere menor sacrifício.

E há ainda outra disposição, conforme penso, que também contribui para chegar a esse mesmo resultado. Diz a regra do art. 805 do Código de Processo Civil que o juiz, quando determina a prestação de

6. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José de Souza Brito e José Antonio Veloso, Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, págs. 577 e segs.

7. Vede informações a respeito em: MAURO CAPPELLETTI & DENIS TALLON, *Fundamental Guaranties of the Parties in Civil Litigation*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milão — Oceana Publications, Nova Iorque, 1973, págs. 25, 764-766, e *passim*. Igualmente NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milão, 1974, págs. 619 e segs. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, s/d., vol. IV, t. I, n.º 51, págs. 78 e segs.

caução, portanto, do antídoto, da contrapartida da medida cautelar, deve determinar uma caução "adequada e suficiente". Esse princípio, da suficiência e da adequação, que o Código refere quando trata da caução, a meu ver se aplica com a mesma correção, com o mesmo êxito, à própria medida cautelar. A medida cautelar, pois, deve obedecer ao princípio da suficiência e da adequação. Não se deve dar-lhe extensão maior do que a que seja suficiente à tutela do interesse que o juiz quer proteger. Tampouco deve-se conceder medida que não seja a mais adequada para a solução do problema.

Fiz uso disso sem nem pensar nestes assuntos, quando escrevi os "Comentários", sobre o problema das férias forenses. Entre as regras do Código de Processo Civil quanto às férias forenses, há algumas que dizem respeito aos atos que durante elas podem ser praticados, em alguns casos para evitar perigos, ou porque há riscos de perecer o direito e assim por diante. E, naquele momento, quando examinei os atos que pode o juiz praticar durante as férias, a fim de acautelar interesses das partes em processos que nelas não têm curso, alvitrei esta conduta: deveria o juiz conceder os atos suficientes e nada mais do que os atos suficientes. Teria, então, de ponderar: se a realização da citação for o bastante, concede que seja feita a citação durante as férias, em seguida o processo se paralisa; se, no entanto, lhe parecer que diante daquele quadro é essencial que o réu conteste após a citação, concederá também o direito à contestação no período das férias forenses.<sup>8</sup> E vou mais além, poderá até apreciar algum aspecto da contestação, se for necessário, para manter o equilíbrio e para que a medida por ele concedida seja adequada e suficiente para a solução do problema.

Penso que esta regra do art. 805, portanto, não é exclusiva e peculiar à caução; é uma regra do processo cautelar em si, aplicável genericamente, tanto à cautela quanto à contracautela.

Essas considerações, penso eu, levam àquilo que pretendo afirmar em seguida. Tanto com relação à cautela, quanto com relação à contracautela, há uma plasticidade total, semelhante à do artista que modela o barro para fazer a figura. O juiz deve fazer da medida cautelar, como faz o artista com o barro, a figura ideal para aquele determinado caso. Por isso fiz, certa feita, essa comparação: nosso Código prevê algumas medidas cautelares **prêt à porter**, (o arresto, o seqüestro etc.) mas prevê outras sob medida de muito mais difícil confecção que são as do chamado poder cautelar geral, que não têm nenhum limite. Vejam a importância do papel do juiz: quando cuida de medidas cautelares específicas, a lei lhe cria limites; mas quando cuida de medidas cautelares inominadas, não há limites. O limite está na sua consciência, no seu atilamento, no seu bom senso. Daí a importância e o perigo que a medida pode ter. Creio que do ponto de vista de plasticidade

8. Comentários ao Código de Processo Civil, Col. da Ed. Forense, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1989, vol. II, n.º 82, págs. 104-105.

dade a regra mais adequada que se escreveu é a do Código de Processo Civil italiano, cujo art. 700, ao falar em medidas cautelares inominadas, diz que o juiz fica autorizado a emitir as provisões que lhe pareçam idôneas. Se lhe parecer que é idônea, determina-a, se parecer que não é idônea, não a determina. Vejam portanto, como há nesta plasticidade uma relação muito grande entre aquilo que o juiz pratica e o poder discricionário em geral. O juiz tem a discricção de conceder ou de não conceder. Tem a discricção de conceder aquilo que o cidadão lhe pede, ou algo que seja diferente, para o fim de melhor tutelar o interesse. O melhor no caso, não é o melhor em relação ao interesse do autor, não é o melhor em relação ao interesse do réu, é o melhor em relação ao interesse da justiça, que o juiz representa naquele momento.

Quais são as providências que nossa lei autoriza a título de processo cautelar no exercício do poder cautelar geral?

O art. 798 fala em vedar e autorizar. Por isso há quem diga que o juiz fica limitado ou a emitir proibições, inibições, ou a autorizar a prática de atos. **Galeno Lacerda** critica o legislador, dizendo que foi um pouco temeroso, tímido, em não empregar verbo mais forte como o Código de Processo Civil alemão, que utiliza o verbo impor, em lugar de autorizar.<sup>9</sup> Mas isto me parece mera questão de exegese; não me impressiona o vocábulo impor ou autorizar. No contexto geral do processo cautelar, o juiz que autoriza a alguém fazer alguma coisa, está também impondo a outrem que sofra a prática do ato por ele autorizado. Se me autoriza a entrar em uma casa, está a impor à pessoa que na casa mora, que me permita a entrada. Maior importância no emprego deste verbo não vejo; creio que o juiz pode assim impor ou autorizar, como vedar a prática de qualquer ato. Mas ficaria restrito a isso? Penso que não. Ele pode ir além. Tanto o vedar, quanto o autorizar, ou impor, são enunciações da lei, mas não são tipos fechados, como seriam os do Código Penal. Não há mal algum em que o juiz modele medida diversa dessa que corresponderia estritamente a uma autorização ou que constituiria estritamente uma proibição. Ao modelar a medida, ele pode conjugar os dois elementos e estabelecer um termo médio capaz de solucionar o problema.

Têm-se posto algumas limitações ao exercício desse poder cautelar; limitações que me parecem válidas.

A primeira: não pode o juiz impor ou vedar àquilo que a sentença final do litígio não lhe permitiria nem impor nem vedar. É compreensível que seja assim; ele não estaria, na verdade, acautelando, se pudesse ultrapassar os limites do resultado final. Mas esse é um jogo de equilíbrio, porque ninguém sabe ao início do processo qual será o limite final da sentença. De modo que há uma situação em que o juiz fica com ampla liberdade e com todos os perigos, porque não é fácil estabelecer qual será o limite final da sentença definitiva do processo principal que não poderá ser ultrapassado. Em alguns casos, isto é relativamente fácil, em outros é impossível.

9. Comentários, ob. 1, vol. e tomo cit., n.º 33, pág. 174.

Diz-se: não pode o juiz, em processo de natureza constitutiva autorizar aquilo que somente a sentença criará. Por quê? Porque só a partir da sentença, com sua eficácia para o futuro, é que estará constituído o direito e não seria possível concedê-lo como medida cautelar antes da sua própria existência. Não vejo muita consistência na tese. Não vejo porque não possa o juiz adotar, a exemplo do que seriam as providências em defesa do nascituro, uma medida cautelar apta a assegurar um direito em processo de natureza constitutiva. Não vejo o menor obstáculo a isso. Suponhamos um processo de anulação, considerado constitutivo. Não vejo impedimento algum em que o juiz mande averbar previamente no registro, que corre um processo de anulação. Não vejo mal nenhum que o juiz possa determinar a providência cautelar que o caso está a reclamar, está a exigir, porque corre um processo constitutivo. Os autores que assim pensam, creio eu, dão ainda muita importância ou talvez sofram muito o efeito da concepção civilista da ação: em que a ação era emanção do direito e, conseqüentemente, quem não tinha o direito, não teria a ação, não teria portanto o processo cautelar. Mas, na medida em que mudemos o foco e tenhamos em consideração que, na verdade, o que se protege não é o interesse de **A e B**, mas sim, através do interesse de **A e B**, a própria eficácia do funcionamento da jurisdição, creio que não há obstáculo a que se concedam medidas cautelares durante o curso de processos constitutivos, relativamente a situações que a sentença irá criar ou que a sentença eventualmente irá destruir.

Na mesma linha de raciocínio, fala-se que não pode o juiz conceder medidas cautelares que criem o direito material. O direito material, dizem os autores, há de pré-existir, e, se não pré-existir, a medida cautelar não terá sentido. Também esta hipótese não é viável, parece-me, porque temos presente, e todos lidamos com esta regra, o disposto no art. 126 do Código do Processo Civil, que diz que o juiz não estará, em hipótese alguma, dispensado de exercer sua função por ausência de texto de lei, ou por lacuna nele existente. Portanto o juiz, mesmo na ausência de direito material, pode ser constrangido a emitir sentença que regule um litígio e agirá aí, segundo a fórmula que me parece a melhor de todas, a do art. 1º do Código Civil suíço, como se fosse legislador; criará o direito daquele caso. Ora, se vai criar o direito do caso, nele pode, como medida cautelar, tomar todas as providências que sejam necessárias. Não vejo obstáculo no fato de o juiz ter de criar o direito e poder ou não poder, em razão disso, emitir provisões cautelares.

Outra hipótese em que se tem discutido se cabe ou não (boa parcela da doutrina entende que não, a mim me parece que também sem razão) a medida cautelar é a dos processos de condenação por obrigação cuja prestação é infungível. Como não se pode condenar o barítono a cantar a ária, por exemplo, ou o pintor a retratar o vencedor da demanda, nesses casos acham alguns que não caberia a medida cautelar. Também discordo. Não caberia medida cautelar que imponha ao cidadão praticar o ato do qual está eximido; não caberia, a título de medida cautelar, determinar ao barítono que primeiro cantasse a ária

para depois discutir se deve ou não cantá-la. Mas medida cautelar que não chegue a este extremo e possa por qualquer forma tutelar alguma situação que surja neste contexto, penso que é perfeitamente cabível.

Enfim, o que não pode é a medida cautelar constituir uma violência contra o direito de alguém, direito que não mereça dúvida. Mas não que ela não possa de antemão ser sequer empregada, porque o processo é de constituição ou de condenação em obrigação de prestação infungível ou daqueles em que se criará o direito necessário.

Outra hipótese que se tem discutido e tem dado margem a muita divergência, é a de poder o juiz ou não antecipar em processo cautelar a condenação final, ou seja, antecipar a sentença, antecipar o resultado prático do julgamento. Tem-se dito que não é possível ir além do resguardar; não se pode chegar a condenar. Essa tese está aos poucos perdendo terreno e, digo eu, está perdendo muito terreno, mas aos poucos. O primeiro baque que ela pode ter sofrido, embora não tenha sido sequer interpretada nesse sentido foi com a obra clássica de **Calamandrei**, que, ao enquadrar as providências cautelares, no terceiro grupo de sua classificação inclui a possibilidade de uma decisão que assegure a condenação. É uma providência capaz de antecipar e garantir a eficácia da condenação. Dava ele como exemplo, entre outros, os alimentos e a nunciação de obra nova.<sup>10</sup> De fato, quando se inicia um processo de alimentos, em nossa legislação isto é automático, dão-se alimentos provisionais, dá-se previamente aquilo que a parte necessita, independente do julgamento final, com a agravante de tais alimentos serem irrepetíveis. A mesma coisa acontece quando se embarga obra e se proibe seu andamento; este pode ser o resultado, antecipado, do final do processo. Não é apenas a manutenção do **status quo**; pode-se manter o estado de fato quando se determinam providências capazes de adequar a obra para que daí ela prossiga, mas quando ela fica perfeitamente paralisada, esse pode ser o conteúdo da sentença final. De modo que o próprio **Calamandrei** abriu uma brecha, a primeira. Mas outras, maiores, mais importantes sobrevieram ao longo do tempo. Nós no Brasil abrimos uma enorme brecha na antecipação da satisfação, não só em relação aos alimentos e à nunciação de obra nova, mas também com relação às liminares em mandado de segurança, assunto pouco examinado sob esse aspecto.

Às vezes tem-se a impressão de que quem cuida de liminar em mandado de segurança, faz um pouco do que fazia **Monsieur Jourdan**: faz prosa sem se dar conta! Porque, vejam, quantas vezes se concede liminar em mandado de segurança que é absolutamente satisfativa e que depois, na sentença final, é confirmada porque não há mais o que examinar.

Há muitos anos, discutíamos em correspondência, o Professor **José Carlos Barbosa Moreira** e eu, este aspecto do problema. Se não me engano, houve um cunco brasileiro, há uns dez anos atrás, que pretendeu sair numa excursão e teve um obstáculo da autoridade que não

10. Providências Cautelares, ob. cit., n.º 14, pág. 58 e segs.

lhe queria dar passaporte e foi isso que desencadeou nossa correspondência. Tomemos então este exemplo: alguém quer viajar ao exterior mas por um motivo qualquer a autoridade lhe nega o passaporte e com isso ele não pode sair do país. Requerido mandado de segurança o juiz ficará entre uma de duas: ou lhe dá liminar e é outorgado o passaporte, ou não lhe dá liminar e não é expedido o passaporte. No primeiro caso, dada a liminar, outorgado o passaporte, realiza-se a viagem, fato que ninguém jamais apagará. Aquilo que poderia ser objeto da sentença final do mandado de segurança, foi perfeita e completamente antecipado, através da medida cautelar. Suponhamos que o juiz não dê a liminar; negue-a e aquela viagem não seja feita. Ao final, concedido o mandado de segurança, o cidadão viaja. Mas não viaja "aquela" viagem, que nunca mais fará, e sim outra, em outras condições de tempo, eventualmente em outras condições de lugar, mas "aquela" viagem jamais fará. A viagem que decorre da concessão do mandado de segurança e que não pôde ser feita em virtude de liminar, é mais ou menos como a que eu faria e o **Collor** cortou! Essa não farei nunca mais; acabou!

De modo que, quando o juiz concede liminar em mandado de segurança, freqüentes vezes, exaure o que o pedido contém. Em outros casos o juiz pode contrabalançar a situação, pode dar liminar com eficácia condicional; aí o problema desaparece. A eficácia condicional pode ser vista, por exemplo, na liminar que concede a alguém participar de uma prova. Mas, se o mandado de segurança for depois denegado, o resultado da prova pode ser afastado. No bojo de um concurso isto pode acontecer. Mas no plano da viagem é absolutamente impossível imaginar-se que quem não viajou obtenha novamente aquela situação — o tempo não dá marcha-a-ré ou que quem viajou possa devolver aquela situação. Há, pois, inúmeros casos em que se dá, através da provisão cautelar, exatamente o que poderia ser obtido com a sentença final, tudo o que se poderia obter através da sentença final, mesmo que esta seja desfavorável.

Porém, algumas legislações foram mais longe, como o Código de Processo Civil francês (o atual de 1975), em decorrência de uma reforma introduzida em 1973. (Esse Código tem história singular; não se compôs, como o nosso, de uma vez só, foi composto por etapas. Houve várias alterações, que no final resultaram num código novo, com esta característica única: sua introdução na Alsácia-Lorena foi negociada.<sup>11</sup>) É um código singular sob vários aspectos; excelente código em comparação com o anterior. Contém ele, em dois de seus dispositivos,<sup>12</sup> regra que permite ao juiz outorgar ao credor uma provisão, desde que lhe pareça que a defesa do devedor não está fundada em

11. ROGER PERROT, *Il Nuovo Codice di Procedura Civile Francese*, Rivista di Diritto Processuale, XXXI (1976), pág. 281 (v. o n.º 18, à pág. 296). CLAUDE PARODI, *L'Esprit Général et les Innovations du Nouveau Code de Procédure Civile*, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1976, n.º 20-22, págs. 35 e segs.

12. Arts. 771 e 809, 2.ª parte.

argumentos sérios e incontestáveis. Significa isto que se alguém exerce uma pretensão de cobrança, e muito freqüentemente esse problema é agudo e grave, como o do motorista de táxi, que leva uma trombada e fica impedido de trabalhar, às vezes impedido de consertar o carro, (porque sem trabalhar não tem como custear o conserto). O juiz, examinando em termos cautelares as duas situações, condena provisoriamente o autor do acidente a pagar a indenização antes do julgamento final. Essa medida, de competência seja do juiz relator, seja do presidente do tribunal (o Código trata disso em duas disposições) — é tipicamente cautelar. A título de proteger provisoriamente um interesse, o juiz outorga desde logo um crédito, condena a seu pagamento e faz com que o credor seja satisfeito de antemão.<sup>13</sup> Isto me chocou a primeira vez que vi tal referência.<sup>14</sup> Posteriormente, do mesmo autor, li nova referência, com a observação de que ao impor condenação provisória o juiz alimenta normalmente a secreta esperança de o litígio encerrar-se por aí. Por que prosseguir? O credor, satisfeito, não tem por que perseverar e o devedor, após o desembolso, só prosseguirá se estiver seguro de seu direito triunfar e de recuperar a quantia antecipada.<sup>15</sup> Pensei, comigo: pudera! após condenado a pagar provisoriamente só resta fazer acordo. Mas meditando melhor, verifico que a medida é muito mais sábia do que foi a minha capacidade de imaginação naquele momento. Porque, de fato, há certos casos que se tornam verdadeiramente dramáticos, pois não precisamos nem imaginar um pobre motorista de táxi que tenha sofrido um acidente, ou um inquilino que consigna o pagamento do aluguel e pode criar para o senhorio um problema insolúvel. Já tive casos de cliente em dificuldades porque o inquilino consignara os aluguéis — normalmente isto acontece nas locações comerciais de valor mais alto e a consignação é forma de pressão para acordo — e o cliente viu-se em dificuldades porque subitamente parou de receber o aluguel. Em litígio sobre renovação de contrato, ou sobre o valor da locação, subitamente o locador tem a sua renda cessada.

Um advogado de Foz do Iguaçu, em caso como esses, requereu medida cautelar inominada para levantar a quantia consignada. Isto parece heterodoxo, inaceitável, mas vejam bem como é aceitável e correta esta solução. Discutia-se no processo a renovação de locação; o inquilino se julgava no direito de pagar X em conformidade com cláusula de contrato a renovar e o proprietário se julgava no direito de receber X + Y, a serem apurados em exame pericial. O inquilino passou então a consignar X. O advogado requereu ao juiz o levantamento

13. Decreto de 17.12.85 estendeu essa medida às obrigações de fazer (PERROT, *Il Procedimento per Ingunzione*, Rivista di Diritto Processuale, XLI (1986), pág. 715 (v. o n.º 10, pág. 722).

14. PERROT, *Il Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*. Rivista di Diritto Processuale Civile, XXX (1975), pág. 228. (V. os n.ºs 20, pág. 250, e 28, pág. 257).

15. *Les Mesures Provisoiries en Droit Français. Les Mesures Provisoiries en Procédure Civile* (anais do Colóquio Internacional realizado em Milão em outubro de 1984), Dott. A. Gluffrè Ed., Milão, 1985, pág. 149 (v. o n.º 20, à pág. 169.)



daquela quantia através de medida cautelar inominada, com argumento que me parece irresponsável: "se meu cliente perder a causa, vai receber X, é o que o inquilino quer pagar, portanto menos do que isto não receberá. Logo, por que não levantar desde logo essa quantia"? O juiz autorizou, infringindo na aparência as regras da consignação em pagamento, e a meu ver autorizou muito bem. O caso depois passou pela minha mão, no curso perante o Tribunal, foi confirmado e nem se discutiu esse aspecto; tenho a impressão que os juízes de segundo grau não jogaram luz sobre esse assunto. O cidadão recebeu a quantia.

Há pouco tempo tive problema semelhante. Faleceu um cliente meu, casado em segundas núpcias com separação de bens; a viúva teria direito ao usufruto da quarta parte e o forte da renda do casal eram alugueis. O homem tinha mais de oitenta anos, não trabalhava e a viúva ficou privada de sua renda. Aberto o inventário e havendo litígio entre os filhos, requeri ao juiz que, como medida cautelar inominada, lhe permitisse levantar a quarta parte do valor dos alugueis (porque esse era seu usufruto, que é indiscutível) no curso do inventário, o juiz autorizou. A viúva vive dessa quarta parte que, de qualquer modo, teria direito a receber ao final do inventário.

Essas eventuais condenações, que são antecipadas através de processos cautelares, podem parecer chocantes, mas na verdade não o são. A jurisprudência alemã e em menor escala a suíça, segundo informam os Professores **Baur**<sup>16</sup> e **Habscheid**,<sup>17</sup> também as adotam. Dão eles como exemplo os alimentos (considero isto uma experiência para nós de há muito superada) mas há outros setores em que ela é válida.

Voltando novamente ao Código de Processo Civil Português, há nele regra que considero da maior importância em relação a este aspecto do problema. Diz o art. 974 que o juiz pode decretar provisoriamente o despejo no arrendamento rural:

"Estando reconhecida a existência do contrato de arrendamento, ordenar-se-á no despacho saneador o despejo provisório, quando se trate de arrendamento rural e haja fundadas razões para crer que a contestação é meramente dilatória, ou quando a ação se funde na falta de pagamento de renda e o réu não tenha provado por documento algum pagamento dos seguintes fatos:..."

(E enuncia modalidades inquestionáveis de pagamento.)

Os colegas do Rio talvez não exerçam atividades advocatícias em assuntos ligados ao meio rural e não dêem maior importância a isto. Mas os que exerçam atividade profissional no meio rural, perceberão a importância de, em determinados casos, poder ser decretado o "despejo provisório" (porque manutenção ou reintegração de posse já es-

16. FRITZ BAUR, *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, trad. Armindo Edgar Laux, Sérgio A. Fabris Ed., Porto Alegre, 1985. Há variadas afirmações ao longo da obra; não há capítulo específico sobre o tema.

17. WALTHER J. HABSCHIED, *Les Mesures Provisoiries en Procédure Civile: Droits Alimentaire et Suisse. Les Mesures Provisoiries en Procédure Civile*, ob. cit., pág. 33 (v. págs. 47 e 51 — "*Befriedigungsverfügung*").

tão asseguradas em lei). O cidadão que puder resolver o problema através da reintegração ou da manutenção de posse (naturalmente nos casos em que são cabíveis) terá direito à medida cautelar, que, desde logo, lhe concede a reintegração ou a manutenção seja o inquilino, arrendatário, seja o proprietário, arrendador. Mas o despejo não se enquadraria em nenhuma dessas hipóteses e a medida do Código de Processo Civil português parece-me, portanto, da maior importância.

Tentei fazer até agora a apologia do processo cautelar inominado, do processo cautelar apto a proporcionar soluções imediatas, rápidas, para problemas angustiantes. Insisto neste detalhe: contém ele em si uma dose imensa de perigo. Nós estamos entregues à discricão e ao bom senso dos juízes; se eles não exercerem adequadamente sua discricão, se não tiverem bom senso, o processo cautelar pode desencadear para um desastre completo. Os riscos que ele representa e os riscos que tem proporcionado, levaram o legislador a tomar medidas legais proibitivas da concessão de liminares.

Uma das primeiras leis, senão a primeira que surgiu (os da minha idade hão de lembrar-se desse fato, os mais novos talvez não) decorreu de um problema local do Rio de Janeiro, que era a liminar para liberação de automóveis importados. Foram tais e tantos os abusos cometidos através disso que se votou a Lei n.º 2.770, de 1956 (naquele tempo as leis eram votadas somente através de projeto) com toda a tramitação que o Congresso exigia (por aí vejam o trauma que deve ter causado na sociedade) proibindo a liminar para liberação de bens importados. O problema fundamental eram as importações de automóvel. (Eu nunca cheguei a ter essa oportunidade, mas colegas meus a tiveram; fazer uma viagem a Nova York, onde passavam 24 horas absolutamente de graça, para dar o direito a alguém de, através dessa viagem, importar um automóvel. Os abusos levaram a esse resultado). O segundo caso foi relativo a abusos em matéria de funcionários públicos e surgiram duas leis a propósito: as de n.ºs 4.348 e 5.021, ambas de 1966. Estabeleceu-se com isso, em mandado de segurança um cerceamento à concessão de liminares em determinados casos.

Naquela época não se dava importância ao texto do Código de Processo Civil de 1939 que permitia ao juiz fazer uso do poder cautelar geral: de certo modo os doutrinadores brasileiros nunca deram ao art. 675 sua dimensão normal, porque ele era claro no sentido da concessão ao juiz do poder cautelar geral. Ele era uma repetição, mais ou menos fiel, do conhecido art. 324 do projeto **Carnelutti**, que cuidou desse problema e é a matriz de onde derivam todos, incluindo o art. 700 do Código de Processo Civil italiano atual. Mas naquele tempo não se fazia uso da medida cautelar inominada. O problema não existia.<sup>18</sup> Com o advento do Código atual, com a luz que se jogou sobre as medidas cautelares atípicas ou inominadas e com seu emprego constante, nasceu o problema de se pleitear através da medida cautelar inominada

18. Mais referências em E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Medidas Cautelares Inominadas* in *Revista Brasileira de Direito Processual*, 57/33 (esp. os n.ºs 4 e 5, págs. 36-37).

aquilo que à liminar no mandado de segurança estava proibido. Surgiu então uma nova proibição (muito recente, é do ano passado) contida na Medida Provisória n.º 118, que foi convertida na Lei n.º 7.969 logo em seguida, no mês de dezembro, proibindo a concessão de medida liminar em processo cautelar atípico, em medida nominada portanto, nos casos em que a mesma medida não seria cabível em mandado de segurança. Então os casos proibidos pelas Leis 4.348 e 5.021, ou ainda, acrescido eu, pela Lei 2.770, todos esses ficaram fora do alcance das medidas cautelares nominadas.

Nunca se pôs em dúvida a licitude constitucional dessas leis. Não quero dizer com isto que sejam constitucionalmente válidas, apenas afirmo: nunca foram postas em dúvida, ninguém questionou a constitucionalidade da proibição de liminares. Pelo contrário, os tribunais as têm na conta de perfeitamente lícitas, tanto que há recente súmula do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>19</sup> (anterior a essas novas liminares a que me referirei em seguida) considerando não só válidas, como estabelecendo, em uniformização da jurisprudência, a impossibilidade de conceder-se por liminar em cautelar nominada o que não seria possível conceder por liminar em mandado de segurança. Esse mesmo critério de validade constitucional de proibir-se o exercício da função cautelar em liminares, levou o Tribunal Federal de Recursos a editar a Súmula 243, que proíbe a concessão de liminar em ação rescisória para suspender a execução da sentença rescindenda, o que — abro aqui um parêntese — me parece, um voto de desconfiança do Tribunal nos seus juízes. Não vejo outra explicação para súmula desse tipo. Que o Tribunal do Rio Grande do Sul diga que os juízes de primeira instância não podem conceder cautelares, compreendo, ele está exercendo sua função fiscalizadora de segundo grau; mas que um tribunal proíba-se, através de seus juízes, é sinal, a meu ver, que não confia nesses juízes.

Por último, surgiram agora várias medidas provisórias que se repetem — conferi-as e, se não estou equivocado, a primeira foi a de número 173, a segunda de número 181, a terceira de número 182, a quarta de número 186, e deve haver a quinta, porque a 186 é de 23 de maio e eu ainda não tinha recebido o Diário Oficial posterior a 22 de junho, quando sai de Curitiba — proibindo liminares contra todas as medidas baixadas no programa econômico do atual Presidente da República.<sup>20</sup>

Chegamos, então, ao âmago desta conversa que devo ter com os senhores.

19. Súmula 9: Não é admissível, em ação cautelar nominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares. (V. outrossim a Súmula 8: Não é admissível, no juízo de 1.º grau, a concessão de medida cautelar nominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal.) (RJTJRGs 133/425).

20. Por fim a MP 198 foi convertida na Lei 8.076, de 23.VIII.90.

Afinal, isto é constitucional ou é inconstitucional? É válido constitucionalmente ou não é válido constitucionalmente?

Do ponto de vista do argumento de autoridade, diria que é válido, pois o Supremo Tribunal Federal negou duas vezes liminar para suprimir ou suspender a eficácia dessas medidas provisórias.<sup>21</sup> O Tribunal do Rio Grande do Sul, que é um tribunal ilustre, uniformizou sua jurisprudência no sentido dessa proibição. O Tribunal Federal de Recursos proibiu-se de dar liminares em ação rescisória. Então, do ponto de vista do argumento de autoridade, parece-me não haver a menor dúvida da validade constitucional da proibição das liminares.

Mas, suponhamos o contrário: que nenhuma dessas medidas tivesse sido questionada jamais perante o Supremo Tribunal Federal e que não existissem as duas súmulas a que me referi. Do ponto de vista da opinião que eu deva emitir perante os senhores, seria válido ou seria inválido chegar-se a esse resultado? Confesso que o problema é de difícil solução.

Se examinarmos nossa garantia máxima em termos de direito de ação, assegurada pela Constituição, que é a conhecida regra do parágrafo quarto de todas as declarações de direito desde a Constituição de 1946, ou, hoje, do inciso XXXV do art. 5.º, da Constituição de 1988, teremos que a lei não pode impedir a alguém de submeter ao Poder Judiciário uma lesão de direito. A rigor parece-me que proibir ou conceder a possibilidade de outorgar medidas cautelares não fere essa regra. O que o legislador constituinte quer é que toda pessoa possa ingressar em juízo e submeter seu litígio à apreciação do Poder Judiciário. Extrair-se daí que é constitucionalmente exigida a concessão de medida liminar, parece-me exagero. Não me consta que alguém tenha chegado a esse ponto, a que também não vou. O Supremo Tribunal porém (os senhores devem conhecer o despacho) concedeu agora, há pouco tempo, através do Ministro Sepúlveda Pertence, uma liminar em mandado de segurança impetrado por funcionário público que era também diretor sindical, contra sua demissão em decorrência de uma dessas medidas do plano econômico.<sup>22</sup> Isto marcaria ponto contra a tese que o próprio Tribunal adotou. Se é lícita a proibição de liminares aos juízes, creio que o Supremo Tribunal deveria ser o primeiro a dar o exemplo. Mas também reconheço que o problema que se lhe apresentou é extremamente agudo. A demissão do dirigente sindical, proibida constitucionalmente, cria situação bastante singular. Então excluo este caso. Faço mais ou menos o que fazem os arbitradores de preços de aluguel que excluem as hipóteses discrepantes. Ficaremos na média.

Além da opinião do Supremo Tribunal, teríamos outra disposição constitucional. Ao elencar suas atribuições, a Constituição, no art. 102, inciso I, letra p, diz que a ele compete conceder liminares em ações de declaração de inconstitucionalidade. Do ponto de vista da mera ar-

21. ADIn 223-DF (Med. LIm.) DJ 29.VI.90, págs. 6.218-6.219.

22. MS 21.109-DF, DJ 30.V.90, págs. 4.819-4.820.



gumentação literal, da interpretação puramente gramatical, e com o uso do argumento a contrário, chegaríamos a esta conclusão: se para o Supremo Tribunal poder dar liminar em ação de declaração de inconstitucionalidade a Constituição lhe atribuiu esse poder, extrair-se-ia a contrário senso que, não fora a outorga desse poder, ele não poderia dar liminares nesses processos. Mas o argumento é fraco. Argumento a contrário não é, sabidamente, argumento forte em hermenêutica, é, ao inverso, argumento fraco. Pode-se até dizer que figura na Constituição mera regra de competência: o Supremo dará as liminares em plenário, argumento igualmente fraco, porque volta e meia os Ministros dão essas liminares **ad referendum** e não levam previamente o assunto a plenário. Se fosse competência constitucional do plenário, a medida **ad referendum**, ou não seria cabível, ou seria liminar da liminar, ou seja, uma cautelar da cautelar que o Ministro estaria a exercer individualmente. Também não me parece argumento forte.

A Declaração dos Direitos do Homem, que se incorpora ao nosso ordenamento por aquela regra final da declaração dos direitos,<sup>23</sup> contém dois princípios. Um deles (muito similar ao nosso art. 5º, inciso XXXV) diz que

“Toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação dos seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer situação penal ou criminal.”

É o que a doutrina norte-americana refere (quem usava muito esta expressão era o Professor **Eduardo Couture**)<sup>24</sup> com a locução: “his day in court”. Cada um tem direito a ter um dia no tribunal para expor sua causa. Portanto, a regra, extremamente similar à nossa, não me parece que leve à inconstitucionalidade da vedação de liminares, porque o seu dia na corte, a possibilidade de submeter a sua causa ao Poder Judiciário, lhe está assegurada mesmo sem a liminar. O Supremo Tribunal tem ido além do texto da Constituição, não no sentido de ultrapassá-lo, mas de lhe dar a verdadeira compreensão, ao dizer que também os juízes estão sujeitos à norma ou seja, há vários julgamentos cassados por infração ao art. 153, § 4º, da Constituição anterior — nessa atual Constituição não vi ainda nenhum — porque o Tribunal não poderia deixar de conhecer o recurso, ou de julgar a causa;<sup>25</sup> um deles de embargos de declaração que o Tribunal Federal de Recursos se negara a conhecer, porque segundos, e o Supremo, invocando essa regra do acesso à jurisdição, cassou e mandou que fossem julgados.<sup>26</sup> Enfim, o Supremo Tribunal tem aplicado aos próprios juízes es-

23. Art. 5º, § 2º.

24. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, R. Depalma Ed., 3ª ed., Buenos Aires, 1958, n.ºs 65 e 95, págs. 99-101 e 151-152. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil in Estudios de Derecho Procesal Civil, 2ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, 1/18-95 (esp. n.º 15, págs. 57-60).

25. Entre outros: RE 92.823, RTJ 99/794; RE 112.405, RTJ 121/372.

26. RE 115.911, RTJ 125/1.394 (ou RT 633/227).

sa proibição, que foi concebida contra o legislador. Parece-me que até aí o problema não se resolveria. Mas há na Declaração dos Direitos do Homem da ONU, outro preceito que, este sim, abre um horizonte novo e é este horizonte que ainda não foi explorado. Não quero dizer que através dele se chegue ao resultado, mas é um caminho que deve ser trilhado, é assunto que deve ser meditado.

O inciso VIII desta Declaração, diz que “toda pessoa tem direito a recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.” Essa regra do “recurso efetivo” — no tem os senhores — é, a meu ver, pelo menos, se não concordarem comigo fico vencido, diversa da outra. Uma coisa é assegurar o ingresso em juízo para que o litígio seja solucionado, outra, assegurar um “recurso efetivo.” Usa-se aqui “recurso” no sentido técnico, porque não é um recurso propriamente dito, é a medida judicial, qualquer que seja, “efetiva” no sentido de ser concretamente hábil e capaz de resolver o problema. A essa regra a Convenção Européia dos Direitos Humanos, em seu art. 6º, inciso I, acrescentou pouco depois um **plus** que é da maior importância:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja apreciada equitativamente, publicamente...”

(até aí seria a disposição do art. 10 da Declaração dos Direitos Humanos)

“...e em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que julgará, sejam os litígios sobre seus direitos e obrigações de natureza civil, seja a razoabilidade do fundamento de toda acusação contra ela dirigida em matéria penal”<sup>27</sup>

(em prosseguimento o texto cuida do segredo de justiça, que aqui não interessa).

O aspecto novo, que a Convenção traz, é esse “prazo razoável”, porque velho aforisma devido a **Bacon** que se repete freqüentemente, diz que “se a injustiça da sentença a faz amarga a demora a torna azeda.”<sup>28</sup>

A demora e a injustiça, portanto, são iguais. O prazo razoável da Convenção Européia levou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos,

27. O princípio é reafirmado no art. 13: “Toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos nesta Convenção tenham sido violados, tem direito à outorga de um recurso efetivo perante uma instância nacional, ainda mesmo que a violação tenha sido cometida por pessoas que ajam no exercício de suas funções oficiais”.

28. “Injustitia enim illud reddit amarum: mora acidum”. Legum Legis (Appendix). CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, Auxiliar Jurídico (Apêndice à 14ª ed. do Código Filipino) Typographia do Instituto Philomatico, Rio de Janeiro, 1870, pág. 487 (Esp. à pág. 502.).

em mais de uma decisão, a condenar Estados partícipes, subscritores da Convenção, a pagarem indenização pela demora do processo.

O caso que conheço, publicado numa revista espanhola,<sup>29</sup> julgado a 7 de julho do ano passado, condenou a Espanha a pagar três milhões de pesetas a uma empresa, porque esta entrara em juízo em 1979 e até 1985 a causa ainda não estava julgada. Houve demora considerada absolutamente inaceitável pelo Tribunal Europeu e pelo reclamante espanhol, de quem foi advogado o conhecido processualista, Professor **Francisco Ramos Mendez**. Houve uma demora de cerca de dois anos para o julgamento em primeira instância (atribuída a excesso de serviço; a substituições por doença e subsequente aposentadoria do juiz titular e de seu sucessor) entre a data em que o processo foi concluso para ser julgado e a data da sentença, e outra, de cerca de ano e meio, em segunda instância, também por excesso de serviço, que determinou o aumento do número de juizes do tribunal e a criação de mais uma câmara julgadora. Então teríamos esse dado novo: o prazo razoável e a condenação a uma indenização pela demora.

Nós nunca tivemos a menor preocupação com esse aspecto do problema. Pelo contrário, o Ministro **Aliomar Baleeiro** pregou no deserto, quando tentou introduzir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado por atos dos juizes.<sup>30</sup> Um dos casos em que ele foi relator era do Rio Grande do Sul; por causa especificamente da demora havia ido para prescrição um processo de crime de imprensa e o cidadão reclamou indenização, porque tinha sido frustrado através daquela demora.<sup>31</sup> O Ministro **Baleeiro** insistiu, mas acabou vencido. Nós nunca concedemos tal indenização embora me pareça errado — crelo que o juiz, para este fim, é servidor público como outro qualquer e o Estado responde por essa falha. O Ministro **Baleeiro**, porém, ficou vencido e nós nunca nos importamos com esse problema.

(Mas o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que julgou a causa — abramos aqui um parênteses — também não tem grande autoridade para emitir o pronunciamento, porque levou quatro anos para proferir a sentença. A causa, iniciada em 1979, na Espanha, começou a 5.7.85 perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e foi julgada a 7.7.89; convenhamos, o Tribunal não tem grande autoridade para essa condenação.)

Todavia aqui está a vertente nova que desejo explorar com os senhores e lhes sugerir que explorem também. Num recente congresso que ocorreu em setembro de 1988 em Bolonha, destinado a estudar a tutela jurisdicional dos direitos do homem nos planos nacional e internacional, o professor austríaco **Franz Matscher**, produziu trabalho — que não me consta que outro tenha feito (quando digo não me

29. Justicia, 1989, III, págs. 631-683.

30. RE 69.568, RTJ 56/273; RE 70.121, RTJ 64/689.

31. RE 32.518, RTJ 39/190.

consta que alguém tenha feito, simplesmente não sei se alguém fez; dentro dos meus limitados conhecimentos, não vi nenhuma referência a esse aspecto do problema) no qual correlacionou à cláusula do prazo razoável da Convenção Européia dos Direitos Humanos a do recurso efetivo da Declaração dos Direitos do Homem da ONU e sustentou que só é efetivo o recurso, quando o julgamento vem num prazo razoável. Se o julgamento não vier num prazo razoável, não está assegurado o recurso efetivo.<sup>32</sup> Ora, a meu ver, aí se abre um flanco novo: como considerar-se o recurso efetivo, ou efetivamente efetivo? (Perdoem-me o pleonasma.) Através de uma indenização, como fez o Tribunal Europeu? Ou através de uma liminar, como se faz e como se fazia no Brasil?

Até agora tem-se contrastado a regra da proibição da liminar com o nosso texto constitucional (art. 5.º, inciso XXXV)<sup>33</sup> correspondente ao art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem. Mas, se contrastarmos a situação de proibição de liminares com a regra do recurso efetivo, da medida efetiva em prazo razoável realmente eficaz, talvez se abra um rumo novo para reexame do assunto. Não quero dizer com isso que, através desse rumo, se chegue à convicção de ser inconstitucional a proibição de liminares. Longe de mim, por ora, essa afirmação.

Dentro do princípio da proporcionalidade, dentro da regra do bom senso, admito que o Supremo Tribunal Federal deve ter ficado em situação difícil para julgar esses pedidos de liminar no sentido de suspender a proibição de liminares. Cada um de nós aqui, em sua consciência, teria as mesmíssimas ou muito maiores dificuldades. Dizer que com uma penada, derrubo todo o arcabouço de um plano econômico, porque a mim me parece que ele infringe uma regra constitucional, é uma decisão muito séria, muito difícil. Do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, admito que possa até, em determinados momentos, chegar-se ao resultado oposto, no sentido de que é perfeitamente válido manter-se o **status quo** durante algum tempo. Mas fica aberto esse caminho a ser examinado.

32. La Tutela Giurisdizionale dei Diritti Dell'Uomo a Livello Nazionale ed Internazionale. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XLIII (1989), pág. 661. Não será demais acrescentar que, em trabalho escrito para o Encontro realizado em Ferrara, em fevereiro de 1987, o Prof. GUSTAVO ZAGREBELSKI (catedrático em Turim) abordou especificamente "o problema... da aplicação do art. 700 do Cód. de Proc. Civil para a tutela em via de urgência de direitos fundados em uma norma constitucional mas violados (*disconosciuti*) por uma norma de lei" e não cogitou da problemática da "efetividade" da tutela, relativamente à universal demora dos processos (La Tutela D'Urgenza. Le Garanzie Giurisdizionali dei Diritti Fondamentali, Cedam — Casa Ed. Dott. A. Milani, Milão, 1989, pág. 27).

33. Não se afigura relevante o fato de o texto mencionar "lesão ou ameaça a direito", enquanto os anteriores falavam em "lesão de direito individual". A modificação vocabular não parece alterar a equação hermenêutica. Trata-se de explicitação, como, p. ex., a que, no enunciado do art. 5.º, *caput*, segue-se ao lema da isonomia ("todos são iguais perante a lei") cuja exegese permite nele compreender o mais, embora não figurasse no texto. O Supremo Tribunal seguiu esse rumo ao interpretar o acréscimo, no teor do § 21 do art. 150 da CF/1967, do adjetivo "individual" ao direito líquido e certo que assegura mandado de segurança (MS 17.954, RTJ 42/795-798).

Do ponto de vista de um recurso efetivo, de um recurso efetivamente capaz de proporcionar a tutela jurisdicional de um direito constitucionalmente assegurado, ou de um direito legalmente assegurado, o processo que não enseja resultado senão fora de um prazo razoável, pode ser uma solução inválida perante a Carta das Nações Unidas e seria, por conseqüência, inválida perante a nossa Constituição.

Deixo o problema em aberto. Não meditei o suficiente e não tive tempo para amadurecer uma solução. Não estou na contingência de emitir opinião como juiz em torno disso, o que me deixa com a possibilidade de manter a questão em aberto, mas ponho em debate esse aspecto do problema. Através da cláusula do recurso efetivo, conjugado ao prazo razoável, abre-se, a meu ver, um horizonte novo, para o efeito de se pensar em examinar novamente o problema da proibição das liminares.

Já ultrapassei o limite? Desculpem-me por tê-lo feito. Agradeço a todos a paciência e a tolerância com que me ouviram.

## A Ordem Econômica na Constituição de 1988

Diogo de Figueiredo Morelra Neto  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### SUMÁRIO

1. A ordem econômica — 2. Princípios da ordem econômica. 3. Institutos normativos da ordem econômica. 4. Institutos de intervenção regulatória. 5. Institutos de intervenção sancionatória. 6. Institutos de intervenção concorrencial. 7. Institutos de intervenção monopolista. 8. Conclusões.

### 1. A ORDEM ECONÔMICA

Por volta da década de cinquenta, LUDWIG VON BERTALANFFY, professor da Universidade de Alberta, no Canadá, propôs uma “Teoria Geral dos Sistemas”, a partir do conceito básico de sistema como “um complexo de elementos em interação”<sup>(1)</sup>. A esse conceito veio agregar-se a idéia de organização, definindo o caráter regular e estável das interações dentro de um determinado sistema<sup>(2)</sup>.

O sistema é, portanto, “uma unidade global organizada de inter-relações entre elementos, ações ou indivíduos”<sup>(3)</sup> ou, em outros termos, *um conjunto de elementos que se interrelacionam de maneira regular e estável*.

Ora, é essa idéia de *organização*, que assumiu, assim, papel tão importante na análise sistêmica, que traz implícita a de *ordem*, como um princípio que regula e estabiliza a disposição do conjunto, de modo a que produza os resultados a que se destina: uma disposição interna que viabiliza a organização de um sistema.

Quando nos referimos aos sistemas sociais, a ordem passa a ser “uma condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade”, tal como a define JOSÉ GARMENDIA<sup>(4)</sup>.

Quando nos referimos à *ordem econômica* falamos, portanto, desse princípio de disposição interna que regula e estabiliza um *sistema econômico*, entendido como um dos muitos subsistemas em que habitualmente se destaca do sistema social, relativo aos fenômenos de produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas.

Mas mesmo assim, a esse nível de precisão, o conceito de *ordem econômica* não basta para o Direito, pois não esclarece de que ordem se trata: se de uma ordem espontânea, gerada no seio da sociedade, ou de uma ordem imposta, racionalmente elaborada.

Com efeito, se for entendido como um *sistema real*, o sistema econômico é um produto espontâneo da convivência, presente em todas as sociedades, explicável por normas estatísticas; diversamente, en-