PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

SERGIO FERRAZ*

1 — Introdução. 2 — Medidas cautelares e medidas liminares. 3 — O processo cautelar: sua especificidade. 4 — Ação cautelar e ação civil pública. 5 — A liminar na ação civil pública. 6 — A tutela antecipada na ação civil pública. 7 — Conclusão.

1. Qualquer que seja a modalidade de tutela adiantada que o arsenal jurídico brasileiro contemple, terá ela em vista a realização de dois nortes fundamentais: a *celeridade* do processo e a *efetividade* (ou *efetiva eficácia*) da decisão judicial. Nem por terem inspirações análogas, são contudo as aludidas modalidades soluções idênticas, do mesmo calibre e de conseqüências uniformes. De ser assim, aliás, teria o legislador cometido erronia grave, de proporções bem mais aprofundadas do que as admissíveis no cotidiano humano dos equívocos, a que por certo não são indenes os legisladores.

Nas linhas que seguirão, o que se vai buscar exatamente é o traçado das províncias distintas de cada um dos provimentos liminares possíveis em ação civil pública, fixando-lhes não só contornos, mas o desenho dos escaninhos conceituais em que cada qual se revele pausível.

2. Por certo que ninguém confunde *medida cautelar* e *medida liminar*. Porém uma outra distinção, lógico-juridicamente procedente, há de ficar explicitada.

O Código de Processo Civil, a partir do artigo 796, disciplina as *Medidas Cautelares*, que constituem o Título Único do Livro III do Código. Livro esse, de seu turno, denominado "*Do Processo Cautelar*". Por essa simples distribuição material pareceria possível afirmar-se a certeza de que a *medida* cautelar seria *espécie* do gênero *processo cautelar*. Essa não é, a nosso ver, contudo, uma conclusão que a lógica formal ou que a lógica jurídica validassem. E a essa posição negativa somos levados por duas básicas ordens de considerações:

* Ex-Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.

a) além das *medidas cautelares*, de nenhum outro Título se compõe o Livro do *Processo Cautelar*. Como subdivisão do *gênero*, *espécie* há de ser, sempre, um fenômeno plural, pelo menos binário;

b) ademais disso, as *medidas cautelares* (em senso estrito) cabem, dentro do próprio C.P.C., em outros processos que não o cautelar do Livro III, registrando-se sua presença seja no processo de conhecimento, seja no de execução, seja, ainda, em leis extravagantes (v.g., as liminares em mandado de segurança e em ação popular).

A verdade estará, pois, em outra arquitetura, que não a da relação espécie/gênero.

Em nosso entender, convém separar com nitidez *processo cautelar* de *medida cautelar*, pena de, pelo tratamento promíscuo de idéias aparentemente afins, se chegar a considerável confusão conceitual.

3. O chamado *processo cautelar* compõe, ao lado do *processo de conhecimento* e do *processo de execução*, o panorama dos grandes campos de exercício do poder jurisdicional (como se vê, não comungamos da opinião dos que imaginam a existência de província apartada, para as chamadas *ações mandamentais*, em nosso entendimento autênticos processos de conhecimento, não obstante suas peculiaridades), categorizados segundo a natureza do conteúdo da decisão judicial. A especificidade do processo cautelar (em que pese a clássica divergência de Carnelutti) reside em suas *nucleares instrumentalidade e acessoriedade*: o que nele se persegue é a garantia da efetividade da decisão a ser proferida no processo principal. Mas sua basilar configuração, razão de ser mesmo de sua autonomia, é a existência, como seu pressuposto, de uma *lide*, *ao menos em potência*: a chamada *lide cautelar*, caracterizada pela resistência à pretensão do pronunciamento assecuratório da efetividade do provimento principal, sob o color seja de sua desnecessidade, seja de sua inviabilidade, seja, ainda, de seu descabimento (julgamento de mérito, pela improcedência da ação cautelar).

A relação espécie/gênero comparece, isso sim, quando se confrontam as expressões *medida cautelar* e *medida liminar*.

Na tipologia do Código, medidas cautelares são providências que o juiz determinará, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, frustre a efetividade do mandamento jurisdicional principal, assim causando ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (C.P.C., art. 798). Na ortodoxia processualista, tais medidas se revestem da característica da provisoriedade e se inserem no campo do *poder-dever* reconhecido ao Juiz: tem ele não só o *poder* de avaliar, com a prudência necessária, os pressupostos invocados para sua concessão, mas o *dever* de, nos limites próprios acima expostos, deferi-las, mesmo se deficiente o pedido, se puder prefigurar a frustração que, sem elas, marcará o julgamento do processo principal; mas na medida do quanto for necessário para prevenir a anunciada frustração.

É nesse cordão umbilical entre o processo cautelar e o processo principal que se estabiliza o requisito do *fomus boni iuris* (o *periculum in mora* é expressamente delineado no próprio artigo 798 prefalado): há de se registrar, na exposição do requerimento da medida cautelar, consistente *plausibilidade* de verossimilhança de suas alegações, concatenadas lógico-juridicamente ao pedido que em decorrência faz.

Doutra parte, como modalidade que é de exercício do poder jurisdicional, e precedido este, no âmbito do processo civil, pela nota de refratariedade ao princípio do inquisitório, tem-se que o poder-dever, acima invocado, é, contudo, *condicionado*: o Juiz não o desempenhará não obstante até divise a ameaça de frustração da eficácia de sua futura sentença, sem a deflagração, pelo interessado, da ação cautelar. Mas, não obstante a precedência a ser de regra conferida ao princípio da dispositividade, o Juiz, em razão do poder geral de cautela que a lei lhe entregou, não está obrigado a concedê-la nos termos referenciados pela pauta, podendo deferi-la de outro modo, desde que mais afeiçoado à espécie.

São tais balizas que se levantam de sorte a impedir, de regra, que o Juiz, no exercício de seu poder-dever cautelar, expeça provimentos satisfativos da tutela perseguida na ação principal (e, *a fortiori*, provimentos até mais amplos do que aquilo que a sentença principal poderá deferir, nos limites do pedido) sem a segurança das cauções. Mas ao tema regressaremos, com alguns temperamentos, mais adiante.

O juízo do magistrado, na hipótese das cautelas, integra-se sempre no que se denomina cognição sumária. E, nesse campo, fica o julgador intensamente dependente da colocação que da matéria faça o requerente (sobretudo quando a concede em caráter antecipatório, sem oitiva do réu, como previsto no C.P.C., art. 804). Daí, bem como da natureza de provisoriedade da cautelar, a necessária responsabilização que a lei conecta ao requerente do procedimento cautelar, por danos ao requerido, causados pela execução da medida (C.P.C., art. 811).

Ressalte-se, ainda, que a liminar, na cautelar, constituindo simples adiantamento provisório, total ou parcial, desta, observará as mesmas limitações que, nos dois parágrafos anteriores, levantamos à medida cautelar, como um todo.

4. É importante fazer alguma detença, agora, nos comandos referentes à ação cautelar, tal como delineados no bojo da Lei 7.347/85 mesma.

A existência de expressa disciplina da ação cautelar, na lei de ação civil pública, só ganha sentido se considerarmos que, aqui, ela ostenta feições peculiares. De fato: para configurar-se estritamente como o C.P.C. a delineia, dispensável seria sua referência na ação especial (até mesmo em razão do comando de subsidiariedade, contido no artigo 19 da Lei 7.347/85). Esse pressuposto de lógica e de sistema não demanda, aliás, maior esforço, para a demonstração de sua veracidade, segundo passaremos a evidenciar.

Logo em seu artigo 4º, a Lei 7.347/85 já alarga o âmbito de ação cautelar, fazendo-a mais ampla e mais profunda, no campo da ação civil pública. É o que se colhe desenganadamente de sua previsão no sentido de que a ação cautelar possa, aqui, ter por fito *evitar o dano*, cuja *reparabilidade* (este é o alvo principal consagrado no artigo 1º do diploma), ao lado da *recomposição* do *statu quo ante* (este o alvo basilar no artigo 2º), constituem as metas desse precioso instrumento. É dizer, a ação cautelar na ação civil pública, em razão do ora examinado artigo 4º, se reveste inclusive de feição *satisfativa*, de regra de se repelir nas medidas dessa natureza. A aceitação dessa nota não infirma a incidência do arcabouço peculiar às ações cautelares; bem antes, a reforça. Com tal assertiva pretendemos dizer que, exatamente em razão da força eventualmente satisfativa de que dotada aqui a cautelar, com muito mais razão deverá o juiz usar o mecanismo de segurança das cauções, a serem

prestadas pelos beneficiários da tutela. Discordamos assim, com a vênia devida, dos sólidos argumentos daqueles que até admitem, em vista da concessão da cautela satisfativa, a dispensa, por falta de objeto, da ação principal: de ser assim, não estaríamos, em verdade, em face de ação cautelar!

O risco dessa subversão conceitual nos parece contudo de fácil superação, exatamente com a utilização das cauções. E isso há de ser entendido como dado inafastável, sob pena de se cristalizar "periculum in mora inverso", o que sempre envolve infringência ao basilar princípio do devido processo legal.

5. A par da ação cautelar, com a previsão de liminar em seu bojo, a Lei 7.347/85, em seu artigo 12, ainda estatui uma outra modalidade de provimento antecipatório: a liminar, na própria ação civil pública, tema disciplinado no artigo 12 da Lei em questão.

A liminar é uma providência de cunho emergencial, expedida também (em conseqüência às medidas cautelares) com o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva. Mas apresenta, doutra parte, peculiaridades que a distinguem das provisões cautelares, em senso estrito.

Cabe observar que defectiva é a disciplina legal da liminar, na própria ação civil pública. A Lei sequer cuidou de balizá-la, quanto aos pressupostos de seu cabimento; e, não bastasse isso, possibilitou que, ainda quando configurados os pressupostos que por construção jurisprudencial-doutrinária se vier a eleger, sua concessão repousa em avaliação discricionária (mas sempre *expressamente* motivada, *ex vi* da Constituição Federal — art. 93, IX — e do C.P.C. — art. 131 e 458, II) do julgador ("*Poderá o juiz...*").

O exame do arcabouço jurídico como um *sistema* permite sustentar que devam ser aqui tidos, como os marcos ensejadores da liminar, aqueles mesmos levados em conta para o mandado de segurança (conclusão a que se chega com a visão do parágrafo 1º do ora analisado artigo 12, calcado visivelmente em lei disciplinadora daquele *writ*, a saber, a Lei 4.348/64) e para a ação popular (afirmação esteada na referência contida no artigo 1º da Lei 7.347/85).

Dessa medida, alguns efeitos relevantes decorrem:

I — A liminar *não* é um provimento excepcional, a ser restritivamente examinado e concedido. Ou seja, a liminar não é uma exceção à idéia de "due process of law". Pelo contrário: ela constitui uma etapa naturalmente integrante do devido processo legal da ação civil pública;

II — conseqüentemente, é inconstitucional a norma legal ou regulamentar que proíba, transitória ou definitivamente, a concessão de liminar. A tutela liminar é estabelecida na Constituição, inciso XXXV do artigo 5º, preceito no qual alçada à plataforma das garantias individuais básicas, confiadas ao exame e decisão do Judiciário, não apenas a lesão, mas também a *ameaça* a direito.

A lei não faz menção ao requerimento, como pressuposto da concessão da medida. E nem se objete, com os artigos 2º e 128 do CPC. Relativamente ao artigo 2º, a ele contrapomos os artigos 798 e 799 do mesmo diploma, lastreadores do poder geral de cautela em que investido qualquer magistrado, para dele fazer uso com ou sem postulação da parte. Cumpre ver que o juiz deve velar no sentido de que o processo tenha um resultado útil, o que muita vez só é possível se concedida a liminar.

À invocação ao artigo 128 contra-atacamos com sua própria literalidade, eis que o preceptivo em causa, em sua cláusula final, só veda ao juiz o conhecimento de questões não suscitadas quando, a respeito, "a lei exige a iniciativa da parte" — o que não se dá na ação civil pública.

Ponderação que se faz necessária, situa-se no conteúdo mesmo da postulação liminar. Essa pode até ser acidentalmente idêntica à pretensão deduzida na ação: mas assim não é necessariamente. É dizer, não se confundem, tecnicamente, os pedidos de liminar e o da própria segurança. Não é exato, em conseqüência, que liminar e sentença só difiram, nuclearmente, no que toca a seu alcance. Sem alicerce, pois, pretender rejeitar a liminar, sob alegação de inexistência de relevante fundamento, apenas porque este, enfrentado também no mérito, venha sendo reiteradamente rejeitado, em ações análogas.

Os pressupostos de concessão da liminar comparecem caracterizados, de regra, concomitantemente ao próprio ajuizamento. Mas pode se dar que eles só se configurem supervenientemente. É claro — à vista dos embasamentos constitucionais antes referidos — que, quando isso ocorrer, não estará o juiz impedido de concedê-la ou de renová-la a qualquer tempo, ainda que tivesse mesmo, antecedentemente, denegado ao cassado a tutela instantânea. Por motivos análogos, não há obstáculo para que o relator em segunda instância a conceda, mesmo que rejeitada em primeira ou que tenha sido a segurança denegada.

A contraface do que acima afirmado reside em que a liminar pode ser revogada, desde que não tidos mais como configurados os pressupostos que a haviam determinado. Imprescindível sempre, porém, em respeito aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, que se promova a prévia audiência da parte interessada, pena de nulidade.

A liminar só se exaure com o proferimento da sentença. Aí, ou se julga pela procedência, com o que a liminar estará incorporada à decisão de mérito; ou se dá pela improcedência, o que implicará a negação do relevante fundamento, um dos pressupostos que provisoriamente a embasava. Limitá-la de outra forma no tempo é flagrante e aberrante inconstitucionalidade: na verdade, a liminar existe para a salvaguarda do direito que é discutido e, assim, há de considerar-se íntegra, enquanto presentes seus pressupostos objetivos.

A Lei 7.347/85, segundo as pautas traçadas na Lei 1.533/51 (art. 13) e na Lei 4.348/64 (art. 4º), prevê figura altamente criticável: a suspensão da execução da liminar. O condicionamento legal, para a deflagração de tais providências, é a necessidade de evitar "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". A elasticidade fantástica dessa permissão (melhor diríamos, permissividade) mais se ampliou a partir do momento em que os Tribunais entenderam que o conceito de "ordem pública" também envolvia o de "ordem administrativa em geral" (T.F.R., Suspensão de Segurança 4.405, DJU 7.12.79, pág. 9.221).

Já por mais de uma vez nos manifestamos sobre o tema: a suspensão da liminar, por autoridade diversa da que a concedeu é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal. O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do Presidente da Corte para a qual

o *writ* deverá subir em recurso, aliado à circunstância de decidir ele sem audiência de qualquer interessado na manutenção do decisório cuja suspensão se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular. Se a liminar for deferida com desprezo a outros interesses supostamente mais relevantes, o remédio não é sua cassação de cima para baixo imposta, mas seu ataque, seja pela via recursal, seja por mandado de segurança, seja, enfim, por outra ação, eventualmente apta para o fim colimado.

A ausência de questionamento quanto à validade constitucional do pedido de suspensão chega ao ápice quando os Tribunais dizem descaber mandado de segurança, para alcançar os efeitos assegurados legalmente à suspensão! Foi o que ocorreu, por exemplo, nos seguintes casos:

"O meio processual próprio para a suspensão de liminar concedida em segurança é o requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal a que cabe recurso contra a decisão dele."

"Esse procedimento não pode ser substituído por mandado de segurança, que visa à cassação da liminar obtida em outro mandado de segurança, e que o litisconsorte passivo da autoridade coatora impetra perante órgão judiciário do mesmo Tribunal que não será sequer competente para conhecer do recurso contra a decisão na primeira segurança." S.T.F., Reclamação 176-8, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 2.8.85, pág. 12.048).

"O teor do disposto no artigo 13, da Lei 1.533, de 1951, e artigo 4º, da Lei 4.348, de 1964, a suspensão de efeitos de sentença de primeiro grau compete ao Presidente do Tribunal *ad quem*, em procedimento específico, sendo imprópria, em conseqüência, a ação mandamental para esse fim." (T.F.R., MS 104.405, Rel. Min. William Patterson, DJU 31.10.84, pág. 18.324).

Impende destacar, como peculiaridade da liminar, na ação civil pública, o fato de poder ela vir cumulada com apenação pecuniária constritiva de seu acatamento (artigo 12, § 2º), pena essa autônoma, relativamente à multa análoga que a sentença poderá vir a impor (artigo 11). Mesmo a multa liminar, entretanto, só é exigível a partir do trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, conquanto devida desde o dia do descumprimento.

6. Aluda-se, agora, a uma terceira modalidade de provimento antecipatório, este mais recente, eis que instituído pela Lei 8.952, de 13.12.94, qual, dando nova redação ao artigo 273 do C.P.C., criou o instrumento da *tutela antecipada*. Inserida que está a referida inovação no Título atinente ao processo e ao procedimento, no Livro destinado ao processo de conhecimento, indiscutível se apresenta sua aplicação à ação civil pública, por força do comando de subsidiariedade integrativa do artigo 19, da Lei 7.347/85.

A nota realmente marcante, que se surpreende na tutela antecipada do artigo 273 do C.P.C. traduz-se na circunstância de não ser ela um provimento *meramente* instrumental, ou seja, funcional, com vistas à eficácia da futura decisão final. Por certo, tem ela *também* esse escopo; porém, para além disso, a tutela antecipada constitui *adiantamento efetivo e satisfativo*, da decisão final, balizada sua concessão por pressupostos não só estritos e restritos, mas também rigorosos (incisos I e II, art. 273, C.P.C., *caput*). Nem esmaece tal caráter de *adiantamento efetivo* o dado de

poder ser ela revogada ou modificada a qualquer tempo: trata-se de mera contraface do condicionamento taxativo da concessão. O esquema revela-se inclusive bastante íntegro, seja porque expressamente vedada a tutela antecipada irreversível (§ 2º), seja porque atribuído à sua execução o caráter de provisoriedade (§ 3º, art. 273, c.c. art. 588, II, todos do C.P.C.). Doutra parte, a superioridade, em termos de conveniência para o interesse público, da tutela antecipada, sobre os dois outros provimentos antecipatórios anteriormente examinados, se afirma nítido em duas características notáveis:

a) constituindo-se o pronunciamento em *antecipação* da tutela final, a partir dele podem ser adotadas providências bem mais consistentes do que aquelas ensejadas por uma decisão cautelar ou liminar (desde que não se atinja o nível da irreversibilidade). Pense-se, por exemplo, em ação civil pública voltada à cessação de uma atividade de desmatamento de uma floresta de preservação permanente, na qual se busque, também, a imposição de uma obrigação de replantio. A execução desta, por força da tutela antecipada, gozará de uma feição de utilidade bem mais *estável* do que a tutela de *efeitos* idênticos, que se obtivesse por liminar (na própria ação civil pública ou em cautelar a ela conectada) ou em medida cautelar;

b) a inexigibilidade de caução, que, em certos casos de ação civil pública, pode significar ônus considerável ou até mesmo fator impeditivo da efetivação da tutela antecipada.

A tutela antecipada do artigo 273 depende sempre do requerimento do autor e, no seu conteúdo, está vinculada aos limites do pedido. Essa conexão imperativa projeta efeitos de monta, alguns dos quais aqui merecem destaque:

— requerida a antecipação, sem delimitação de seu conteúdo, o juiz poderá concedê-la total ou parcialmente, mas observando a natureza, a quantificação e a identidade do que demandado (C.P.C., arts. 128, 459 e 460);

— a decisão, necessariamente motivada (C.P.C., art. 273, § 1º), só deverá ter lugar após a manifestação do réu (C.F., art. 5º, incisos LIV e LV): não se tratando de *liminar*, ou de *medida cautelar*, a concessão sem audiência da parte contrária deflagraria, potencialmente ao menos, "periculum in mora" reverso (além de infringir o devido processo legal);

— por exercer o Juiz não uma simples *cognição sumária* (eis que decide à luz da *alta probabilidade* da alegação) — embora também ainda não seja a cognição plena, só cabível quando da decisão final —, não se aplicam aqui os comandos de responsabilização da parte, estatuídos no artigo 811 do C.P.C.;

— a revogação ou modificação da tutela antecipada (art. 273, § 4º), conquanto independa de requerimento do interessado (eis que se trata de mera atividade de controle, da persistência dos requisitos de sua concessão), não prescinde da oitiva daquele que por ela beneficiado (C.F., art. 5º, incisos LIV e LV).

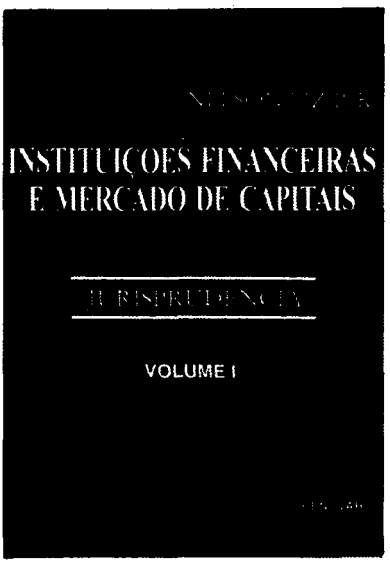
7 — Ao que se vê, portanto, rico é o manancial de instrumentos antecipatórios de que se dispõe na ação civil pública, impondo-se, contudo, a cuidadosa escolha do que mais apto, no caso corrente, à melhor consecução do interesse público.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E MERCADO DE CAPITAIS

Jurisprudência

Nelson Eizirik

A presente obra é fruto de trabalho de pesquisa que reúne a jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre instituições financeiras e mercado de capitais, no período de 1986 a 1994. Trata-se, a nosso ver, de obra que pode ser de grande utilidade para estudantes, advogados, membros do Poder Judiciário e todos aqueles, no exercício de atividade profissional, necessitam ter acesso imediato à jurisprudência de nossos tribunais em matéria de Sociedades Anônimas.



Ref. 0109
Cartonado
1840 págs.
Form. 16x23