

DIFERENÇAS BÁSICAS ENTRE MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES CAUTELARES

R. Reis Friede (*)

Embora a maioria da doutrina nacional admita que a suspensão⁽¹⁾ liminar na ação de mandado de segurança seja uma providência ou medida cautelar, tal posição, em verdade, só veio a se firmar nos Tribunais pátrios com o julgamento — com resultado unânime —, junto ao Supremo Tribunal Federal, do Agravo Regimental no MS 20.431—DF, cujo Relator, Ministro Alfredo Buzaid, na oportunidade manifestou-se da seguinte forma:

«A suspensão do ato *initio litis* no mandado de segurança é, no sentir de alguns autores, uma providência cautelar (cf. Celso Agrícola Barbi, do Mandado de Segurança, Forense, 3ª ed., pág. 200; Alcides de Mendonça Lima, Revista Forense, vol. 178, pág. 462; Othon Sidou, do Mandado de Segurança, 1ª ed., pág. 341; Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e Ação Popular, 9ª ed., pág. 46). A característica da medida cautelar está, segundo Chiovenda e Liebman (Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, nº 83; Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., 1980, vol. I, pág. 194): a) na provável existência de um direito cuja tutela se pede no processo principal (*fumus boni iuris*); b) no fundado temor de que enquanto se espera aquela tutela, venham a falhar as circunstâncias de fatos favoráveis à própria tutela (*periculum in mora*), para a concessão de medida cautelar, concorrem, pois, duas condições: a possibilidade do direito e a possibilidade do dano. Verifica-se a possibilidade do direito através da sua aparência, embora este exame seja em *summaria cognitio* (Chiovenda, Instituições, ob. cit., vol. I, pág. 83). Verifica-se a possibilidade do dano, não para assegurar a um dos litigantes uma posição mais favorável; antes, como ensina Carnelutti, para evitar que a duração do processo resulte em uma alteração do equilíbrio inicial de forças entre as partes (Carnelutti, *Diritto e Processo*, pág. 356) eis aí o que ocorre com as medidas acautelatórias.» (RTJ, vol. 112, pág. 141).

(*) Magistrado Federal.

(1) Concordamos com Othon Sidou quando diz que a expressão suspender o ato, utilizada pelo legislador, não foi das mais felizes, na medida em que deixa transparecer a idéia de que só os atos comissivos puderam ser atingidos pela liminar, o que não é a nítida expressão da verdade, tendo em vista que também os atos omissivos podem vir a ser atacados através de medidas liminares.

Concluindo, mais adiante, que a liminar em mandado de segurança possui características especiais em razão da própria especificidade da medida de nítido caráter acautelatório.

«Mas, a liminar, que suspende no mandado de segurança o ato impugnado, tem conotações ainda mais precisas e próprias que, sem lhe tirarem o caráter de providência acautelatória, lhe atribuem condições específicas. Senão vejamos. O art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, dispõe:

«Art. 7º Ao despachar a inicial, o Juiz ordenará: II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.»

Aí se encontram dois requisitos: a) relevância do fundamento da impetração; b) se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança.

Enquanto para a concessão de medida acautelatória, devem concorrer a aparência do direito e o temor de que, pela duração do processo, se altere o equilíbrio entre os contendores, da liminar em mandado de segurança exige a lei não só a relevância do fundamento mas também que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (RTJ, vol. 112, págs. 141/142).

Por outro lado, Celso Agrícola Barbi (*in do Mandado de Segurança*, 5ª ed., Forense, RJ, 1987, págs. 211/212), procurando demonstrar a diferença existente entre as inúmeras medidas cautelares — em virtual ratificação aos ensinamentos de Calamandrei, já registrados neste trabalho no item «Natureza Jurídica da Medida Liminar» —, apresenta classificação elaborada pelo mesmo autor, que, conforme já frisamos, dividiu-as nos quatro tipos seguintes: a) medidas instrutórias antecipadas em vista de um futuro processo de cognição, por exemplo, a produção antecipada de provas, como exames, vistorias e depoimentos *ad perpetuam rei memoriam*; b) medidas destinadas a evitar dissipação ou extravio dos bens sobre os quais deverá recair a execução futura e, assim, assegurar a eficácia da decisão, como o arresto e o sequestro; c) medidas que antecipam a decisão do litígio, isto é, que se destinam a provocar uma decisão provisória, enquanto não se obtém a decisão definitiva, como os alimentos provisionais, a nunciação de obra nova; d) cauções em geral.

O Prof. Agrícola Barbi entende que a liminar no mandado de segurança se enquadra perfeitamente entre as medidas do terceiro grupo — como já anteriormente tivemos oportunidade de registrar —, considerando, sobretudo, que o impetrante obterá com ela, ainda que provisoriamente, o objetivo (ou, no mínimo, parte dele) que pretende alcançar com a sentença definitiva.

É oportuno registrar que a diferença assinalada entre as medidas cautelares determina, em grande parte, o regime a que cada uma das espécies se subordina em função de suas inerentes peculiaridades. Assim é que, o problema temporal de «duração», essencial para as três últimas classes, não tem nenhuma importância para a primeira. Por outro lado, enquanto que, nas medidas da última classe, impõe-se ônus relativamente pequeno a quem for a elas obrigado, e as da segunda criam ônus comparativamente bem maior, pois, efetivamente, prejudicam a detenção do bem eventualmente arrestado ou seqüestrado, as da terceira classe produzem um ônus verdadeiramente poderoso, considerando especialmente que através de sua efetiva provisoriedade, equivalem a dar ao beneficiário o que a sentença final — se favorável —, em alguma medida lhe iria atribuir. Essa diferença de ônus imposto ao vencido refletirá, sem dúvida, na solução dos problemas que cada uma suscita.⁽²⁾

Por sua vez, Adhemar Ferreira Maciel, negando que esteja na natureza do direito⁽³⁾ a diferença entre liminar e cautelar (incluindo, desta feita, a medida liminar antecipatória da sentença em ação instrumental cautelar), alerta para o fato de que o Juiz ao conceder a liminar no mandado de segurança não faz qualquer Juízo de libação. Não concede a liminar porque o direito subjetivo do impetrante lhe pareça acima de qualquer dúvida. Concede-a, em essência, para garantir o possível (não provável) direito.

Arremata o articulista afirmando que tanto na medida liminar quanto na medida cautelar há uma garantia e, que, a diferença reside exatamente nela — garantia —, pois, enquanto a primeira visa garantir o direito do impetrante, a segunda só reflexamente tutela o direito, já que seu escopo é garantir o processo principal.⁽⁴⁾ Donde o autor conclui serem diferentes os fins no processo cautelar e no mandado de segurança.⁽⁵⁾

Verificando a questão por outra ótica, ensina Francisco Antonio de Oliveira (*in* Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional, Editora Revista dos Tribunais, SP) que a ação cautelar e o mandado de segurança são ações que divergem estruturalmente e, por conseqüência, a medida liminar eventualmente concedida em uma e outra são também

(2) Op. cit. pág. 212.

(3) Entrega provisória e antecipada do pedido.

(4) Observações sobre a Liminar no Mandado de Segurança. Revista Forense, vol. 274, pág. 87.

(5) Convém registrar que a posição do Prof. Adhemar Ferreira Maciel, não obstante ser aceita — em parte — pela doutrina e jurisprudência atuais, se encontra em flagrante descompasso com a opinião esmagadoramente dominante que defende que a concessão da medida liminar em mandado de segurança possui efetivamente um juízo de libação, consistente no fato incontestado de que o julgador somente defere a medida vindicada presentes todos os requisitos condicionadores especialmente o *fumus boni iuris* que se traduz essencialmente, pelo juízo valorativo de probabilidade (com grande margem de plausibilidade, — e nunca com a presença da simples e genérica possibilidade —, de vir a ser o direito subjetivo (ou potestativo) do Impetrante reconhecido, afinal, na decisão meritória de caráter terminativo (sentença).

necessariamente diferentes. Assim é que enquanto na ação cautelar, de cunho jurisdicional, existem aquelas medidas cujo conteúdo é meramente administrativo — como antecipação de provas, notificações, interpelações, protesto⁽⁶⁾ —, cuja medida liminar é conhecida, apenas, com base na verossimilhança (vale dizer, na simples aparência de direito) e sua natureza é eminentemente precária, dependendo de posterior estágio probatório, no mandado de segurança, ao contrário, a prova é preconstituída e a liminar não deve e nem pode ser concedida, em nenhuma hipótese, com respaldo na mera e simples verossimilhança. O ato ilegal ou abusivo de autoridade que se diz malferir direito líquido e certo deve ser comprovado de plano. Não se traduz, portanto, em efetiva antecipação de conteúdo da segurança — conquanto a sua eficácia é plena, podendo desde logo ser executada, independente do ajuizamento de uma posterior ação principal (arts. 796 e 806 do CPC), que simplesmente inexistente no caso do *mandamus* — e que poderá determinar a ineficácia da liminar concedida em ação cautelar.

«Na ação de segurança é inadmissível medida cautelar incidente, própria das ações ordinárias, máxime se tem por objetivo reviver medida liminar cassada pela sentença denegatória ou garantir efeitos exclusivos dessa específica cautelar, do processo mandamental.» (Ac. unân. da 3ª T. do TFR, de 13.8.85, na pet. de Med. Caut. 84—DF, Rel. Min. José Dantas — RTFR 125/359).

Por sua vez, enquanto as medidas liminares compreendidas no âmbito da ação cautelar, são providências processuais, de índole instrumental, normalmente disciplinadas fora do processo principal, a medida liminar em mandado de segurança encontra-se embutida na própria lei ordinária que disciplina aquele instituto. Logo, a medida liminar (de natureza jurídica cautelar) no mandado de segurança recebe tratamento procedimental diverso daquele que o Código de Processo Civil definiu para as medidas cautelares (e nesse aspecto as antecipações liminares — art. 804 do CPC) em ação cautelar e, exatamente por esta razão, esse procedimento não possui processamento autônomo, é capítulo necessariamente inserto na petição inicial do impetrante, estando, por todos os motivos, irremediavelmente vinculada ao caráter documental do próprio procedimento especial do mandado de segurança.

Apesar de os dois procedimentos — mandado de segurança e ação cautelar — terem em comum a possibilidade de liminar, e a do mandado de segurança, conforme reiteradas vezes afirmamos, assumir nítida feição cautelar, ainda assim, outras várias diferenças podem ser registradas: a liminar no mandado de segurança, se atendidos os pressupostos necessários à sua concessão, se reveste de caráter imperativo para o Juiz (art. 7º — ao despachar a inicial o Juiz ordenará). No entanto, para o exercício da ação

(6) Correspondem às medidas compreendidas na primeira classe, na classificação de Carnelutti.

cautelar não se requer a liquidez e certeza de um direito (inclusive com pré-constituição probatória), bastando a mera e simples aparência do mesmo.

Também, na ação cautelar o Juiz não se encontra diretamente vinculado à concessão obrigatória da liminar, no caso de existentes os requisitos que a imporiam no mandado, considerando que o deferimento da liminar antecipatória da sentença na ação cautelar ainda se encontra condicionada a uma exigência particular prevista expressamente no art. 804 do CPC, *verbis*:

Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.3.73)

«Art. 804. É ilícita ao Juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir a réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que a requerido possa vir a sofrer.»

Na verdade, a norma não repete — como alguns autores sustentam — o art. 683 do CPC/39, *verbis*:

«O Juiz só concederá medida preventiva sem audiência de uma das partes (que no caso só poderá ser a requerida), quando provável que, realizada tal audiência, a medida se torne ineficaz.» (Observação entre parênteses)

Conquanto a atual redação utiliza a expressão «sem ouvir o réu» (referência evidente a sua peça de resposta (contestação), enquanto que a anterior redação do CPC de 1939 referia-se, sem a menor sombra de dúvida, à audiência de justificação preliminar, não impondo a atual condição maior (efetiva prova da ineficácia da medida cautelar concedida após a citação do réu) para o deferimento da medida liminar antecipadora da tutela cautelar final.

«A regra processual inscrita no art. 804 do CPC restringe a concessão liminar de cautela *inaudita altera pars* à hipótese de o Juiz verificar que a citação do requerido pode conduzir à ineficácia da medida. Como se trata de regra geral do processo cautelar, é aplicável tanto às medidas cautelares nominadas como às inominadas.» (Ac. unân. da 1ª T. do TFR no Agr. 53.823—SP, Rel. Min. Costa Leite; DJ de 29.10.87; Adcoas 1988, nº 117.282).

«Somente se defere liminarmente medida cautelar, sem audiência da parte ré, quando verificar o Juiz que a citação desta poderá torná-la ineficaz.» (Ac. unân. da 1ª Sec. do TFR, de 16.12.87, no MS 117.749—RJ, Rel. Min. Dias Trindade; RTFR, 159/297).

«É lícito ao Juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, modificando o estado da coisa durante o curso da

lide.» (Ac. unân. 106/87 da 1ª Câm. do TJAL, de 23.2.87, no Agr. 5.503, Rel. Des. Paulo de Albuquerque; Jurisp. Alagoana 10/74).

«A liminar *inaudita altera pars* tem apoio expresso no CPC, art. 804, primeira parte, não porém, incondicionalmente.

Impõe-se, como freio à discricção judicial, a verificação, no caso, de que o réu, sendo citado, possa tornar o provimento ineficaz. Assim, é de se considerar excepcional a concessão sem audiência da parte contrária. Indispensável é que o Juiz, com rigor, avalie os fatos, em ordem a determinar se o retardo da providência até o momento ulterior à citação do réu não implicará frustração do resultado prático colimado pelo autor» (Ac. unân. da 4ª Câm. do TJSP, de 30.3.89, no Agr. 115.900-1, Rel. Des. Ney Almada; Adcoas 1990, nº 126.702).

«A boa cautela aconselha ao Juiz evitar a concessão de quaisquer medidas liminares sem ouvir a parte contrária. É que o contraditório é um dos princípios mais eqüânimes do processo legal e sua ausência caracteriza o procedimento arbitrário. A lei não autoriza genericamente esse procedimento; apenas quando verificar que o réu sendo citado poderá torná-la ineficaz — CPC, art. 804. Com freqüência o requerente é parcial na exposição dos fatos e até do direito aplicável. Quando a maneira é urgente, o Juiz pode lançar mão de procedimentos excepcionais, mas legais; designar audiência para aquele mesmo dia (Ac. unân. 532 do Gr. IV do TRT da 2ª R. no MS 15.867/86, Rel. Juiz Valentim Carrion; Adcoas 1987, nº 114.976).

A jurisprudência praticamente unânime, — reconhecendo o verdadeiro *plus* condicional presente na apreciação do pedido de concessão de medidas liminares (na qualidade de antecipação de tutela cautelar) em ações cautelares *vis-a-vis* com os pressupostos condicionantes dos demais tipos de ações com previsão de liminar (especialmente o mandado de segurança) —, vem entendendo pelo próprio cabimento da ação autônoma de impugnação mandamental contra decisão judicial que concede a medida liminar antecipadora da sentença cautelar quando não preenchidos todos os requisitos legais, especialmente o pressuposto condicional particular da efetiva comprovação, pelo requerente, da ineficácia da medida cautelar eventualmente deferida após a citação do requerido, consoante o disposto no art. 804 do CPC.

«Concede-se segurança para cassar liminar de medida cautelar, outorgada sem ouvir a parte contrária, quando não havia possibilidade de torná-la ineficaz, em flagrante violação do art. 804 do CPC.» (Ac. das Câms. Reuns. do TJMS, de 6.2.86, no MS 498, Rel. desig. Des. José Vidal; Adcoas 1986, nº 109.393).

«Defere-se o *mandamus* contra ato do Juiz que, sem prévia audiência do requerido e sem oferecimento de garantia pelo requerente, concede liminar

de arresto e sujeita o devedor a constrangimentos abusivos, suscetíveis de lhe causarem lesão de direito irreparável, uma vez que a discricionariedade do julgador, nas medidas cautelares, encontra limites nas garantias individuais do cidadão» (Ac. unân. da 2ª Câm. do TAMG, de 23.8.85, no MS I.195, Rel. Juiz Haroldo Sodré).

A justificação prévia e a possibilidade de exigência de contracautela (caução) também caracterizam especificidades da medida liminar em ações cautelares, situando este tipo de liminar — com muito mais razão (em relação a outros tipos de medidas liminares previstas em diversas ações especiais) —, no terreno particular da efetiva discricionariedade, conforme salienta Galeno Lacerda (*in Comentários ao Código de Processo Civil — Das Disposições Gerais — art. 799*, Forense, RJ, págs. 186/187).

«Em virtude da subjetividade do poder cautelar do Juiz, é lícita nas ações cautelares a exigência de caução garantidora da liminar, em conformidade com o art. 151, nº II, do CTN e art. 804 do CPC.» (Ac. da 2ª Seç. do TFR da 3ª R., de 3.4.90, no MS 161/89—SP, Rel. Juiz Márcio Moraes, JSTJ-TRFs 9/293).

«Se a concessão da medida cautelar provisória pode, por sua vez, importar em lesão ao direito da outra parte, também de difícil reparação, é de rigor fique ela na dependência da prestação de caução.» (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJPR no Agr. 2.812, Rel. Des. Renato Maneschy; Adcoas 1986, nº 108.500).

«... A concessão da medida liminar, *inaudita altera pars*, apenas é cabível em casos excepcionais, desde que presentes os requisitos contidos no art. 804 do CPC. Vale dizer, devem estar presentes duas condições básicas: a) a inegável urgência da medida; b) a demonstração, pelas circunstâncias de que a medida seria ineficaz, se concedida depois da citação. Além disso, dentro do possível, esse mesmo dispositivo recomenda a prestação de caução, justamente para 'obviar o risco abusivo das medidas cautelares' fora do contraditório ou antes dele.» (Do unân. da 14ª Câm. do TJSP, de 15.4.85, no Agr. 101.318-2, Rel. Des. Franciulli Netto; RJTSP 101/287).