

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA DE AÇÃO RESCISÓRIA, COLIMANDO SUSPENDER OS EFEITOS EXECUTÓRIOS DO *DECISUM* RESCINDENDO E OUTRAS PECULIARIDADES

AGAPITO MACHADO

Juiz Federal da 4ª Vara - CE e Professor da
UNIFOR

SUMÁRIO: I - AÇÃO CAUTELAR NO CPC E NA CLT. I-1 - Cautelares. Previsão no CPC e na CLT. Autonomia e dependência processuais. I-2 - Diferença entre liminar e cautelar. O problema da satisfatividade. A Lei 8.437/92. I-3 - Cautelares nos Tribunais pendendo demanda em primeiro grau. I-4 - A tutela antecipativa. A antecipação da tutela contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público: possibilidade apenas nas obrigações de fazer e de não fazer. I-5 - Efeitos de suspensão de liminar pelos Tribunais pendendo demanda em primeiro grau onde a liminar fora deferida. II - AÇÃO CAUTELAR COM LIMINAR EM RESCISÓRIA PARA IMPEDIR A EXECUÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO HOJE ADMITIDA PELOS TRIBUNAIS. II-1 - Rescisória. CPC. art. 489. Súmulas do STF e ext.TFR. II-2 - Ação cautelar com pedido liminar, preparatória de Ação Rescisória. Inovação dos Tribunais, entendendo que o art. 485, V, do CPC, ao empregar a palavra LEI o faz de modo a agasalhar a hipótese de ofensa à Constituição Federal (art. 5º, XXXVI), sendo, portanto, inaplicáveis as Súmulas 343, STF; 134, ext.TFR e Enunc. 83., TST, quando o acórdão discute matéria constitucional. III-3 - Mandado de Segurança contra ato judicial após a Lei nº 9.135/95. Impetração na Justiça Comum (Federal e Estadual) e na Justiça do Trabalho.

O presente trabalho visa mostrar a polêmica de uma sentença judicial transitada em julgado, formal e materialmente, poder ou não ter evitada a sua execução, em razão da propositura de ação cautelar (incidental ou preparatória) de ação rescisória. Para uns isso é impossível em razão de dois(2) óbices: a) o respeito à coisa julgada (CF/88, art. 5º, XXXVI), e b) o art. 489 do CPC determinando que a ação rescisória não evita a execução da sentença. Para outros tal providência é possível, porém em caráter

excepcional e quando se vislumbrar ser viável a procedência da ação rescisória, em razão de tal ação ser admitida constitucionalmente (art. 102, I, "j" da CF/88). Tanto na Doutrina como na Jurisprudência, o assunto tem obtido receptividade, especialmente em razão dos famigerados 84,32% que haviam sido reconhecidos aos servidores públicos federais por todos os Juízes Federais, pelos Tribunais Regionais Federais e até mesmo pelo STJ, antes da decisão do STF afirmando não existir, ali, o alegado direito adquirido. O perigo de tudo isso é acontecer, como aconteceu nos tempos do Decreto-Lei, quando o STF o admitiu para a criação e majoração de tributos e nunca mais pôde decidir diferentemente, como afirmou depois o Ministro aposentado daquela Corte Suprema Oscar Correa. É muito perigoso que os Tribunais passem a aceitar, indiscriminadamente, a suspensão dos efeitos executórios do **decisum** rescindendo, via liminar em cautelar incidental ou preparatória de ação rescisória, mormente no caso de simples mudança de jurisprudência ou em casos em que se antevê, desde logo, a total improcedência da ação rescisória.

Nesse mesmo trabalho revive-se a polêmica da impetração de mandado de segurança contra ato judicial na Justiça Comum (Federal e Estadual) e na do Trabalho, antes e após a vigência da Lei nº 9.135/95

I - Ação Cautelar no CPC e na CLT.

I-1 - Cautelares. Previsão no CPC e na CLT. Autonomia e dependência processuais.

No Título único do CPC (arts. 796 ao 812) estão previstas as medidas cautelares inominadas e as específicas (arts. 813 a 889, aqui incluídas as chamadas "outras medidas provisionais"). Elas poderão ser ajuizadas antes (preparatórias) ou durante (incidentais) o processo principal. Por força do art. 659, IX, da CLT, tem-se admitido medida cautelar na Justiça do Trabalho (caso de transferência), hoje, todavia, mais aceita como tutela antecipativa porque esgotada no próprio processo principal.

É indiscutível o amplo poder cautelar do juiz, conforme dicção do art. 798 e 888 do CPC.

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que há providências cautelares que, excepcionalmente, se esgotam em si mesmo,

sem necessidade, portanto, da propositura de ação principal no prazo de 30(trinta) dias a contar da efetivação da liminar, como é o caso das justificações, protestos, notificações e interpelações, consideradas medidas cautelares de índole administrativa.

O processo cautelar é sempre dependente do principal, de tal modo que, não ajuizado este (principal) no prazo legal, a cautelar perde sua eficácia (art. 808, I, CPC), restando sem objeto o processo (cautelar) à falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular (art. 267, IV, CPC) sem prejuízo de continuação da ação principal (a lide) ajuizada fora do prazo ou por ainda ajuizar. É certo que há divergência sobre o assunto na doutrina e jurisprudência. mas, sendo dependente do principal, o processo cautelar não tem sobrevida diante do não ajuizamento daquele no prazo legal. Parece desarrazoado e desprovido de qualquer cientificidade o entendimento segundo o qual, mesmo decretada a perda de eficácia da cautelar, o processo cautelar deve prosseguir. Estou convencido que lhe faltaria pressuposto de desenvolvimento válido e regular.

A ação cautelar tem autonomia e também as mesmas condições da ação principal, quais sejam: legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir. Todavia, os seus pressupostos, diferentes dos da ação principal, são: o **fumus boni juris** e **periculum in mora**, não bastando a presença de apenas um deles. A concomitância é indispensável.

Juristas como Calamandrei, Carnelutti, Chiovenda, bem como os brasileiros Ronaldo Cunha Campos, Ovídio Baptista, entre tantos outros, defendem sua absoluta autonomia, ou seja, que a ação cautelar se destina à tutela do processo principal e nunca ao direito material. A ação cautelar inominada preparatória, pelo menos no Brasil, em razão do nosso CPC, queiram ou não, está ligada, por uma certa dependência (art. 796 do CPC) à possibilidade jurídica do pedido da ação principal(a lide). Do contrário, não seria indispensável, na cautelar preparatória, sob pena de indeferimento da inicial, a indicação, pelo autor (requerente), da lide e seu fundamento (art. 801, III, do CPC). A autonomia da cautelar diz respeito ao processo, ao passo que, em relação à lide, falta-lhe autonomia, por depender da principal. Tanto isso é verdade que: se, por exemplo, sob a alegação de necessidade de sustentar sua família, um requerente qualquer, em cautelar preparatória pede para que o Juiz lhe permita, através de liminar, até a discussão do mérito na ação principal, continuar vendendo drogas, realizando jogo do bicho, carteando, etc., o juiz deve desde logo negar a pretensão na cautelar, eis que tais pedidos não lhe poderão ser deferidos na ação principal

(lide) e também nos casos de prescrição e decadência (art. 801 do CPC). Aqueles que defendem uma total e absoluta autonomia da cautelar teriam que chegar a uma equivocada conclusão: a de que, não fôrma assim, a cautelar seria sempre julgada procedente, ainda que a lide (ação principal) contenha pedido juridicamente impossível. Repita-se: a autonomia da cautelar é processual. Mas a lide é uma só.

I-2 - Diferença entre liminar e cautelar. O problema da satisfatividade. A Lei 8.437/92.

A diferença entre liminar e cautelar está basicamente na presença do *periculum in mora*. É que são requisitos tanto da cautelar como da liminar o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**. A liminar se insere na cautelar.

Tendo em vista que a CF/88, art. 5º, LIV, dispõe que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, é preciso entender que o deferimento da liminar, pleiteada pelo requerente, sem ouvir a parte contrária, pode violar a CF/88, daí porque para o seu deferimento (da liminar), o Min. do STF, Celso de Melo lembra os seguintes pressupostos: o **fumus boni juris**, **periculum in mora**, a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes e a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão, conforme Adin 96.9.-RO, DJU 10.11.89, pg. 16879).

Entre as leis temporárias do Governo Collor de Mello, encontra-se ainda em vigor a de nº 8.437/92 que proíbe o deferimento de liminares sem audiência das autoridades em geral. Tenho entendido que quando o advogado requer uma liminar é necessário que primeiramente requeira ao juiz que enfrente o óbice dessa Lei 8.437, art. 1º, § 3º. É que a expressão Poder Público está empregada no art. 1º da referida Lei 8.437/92, de modo amplo a contemplar todas as pessoas da Administração Pública Direta e Indireta, como é da tradição de nosso Direito. A prova disso é que nos termos da Súmula 60 do extinto TFR, pode, excepcionalmente, caber Mandado de Segurança contra pessoa com personalidade jurídica de direito privado, como é o caso das Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista quando agem no exercício de função delegada, o que foi reforçado pela Lei nº 9.259/96 que alterou a Lei nº 1.533/51.

Casos há em que se o Juiz, para deferir a liminar, for ouvir previamente a parte contrária como manda a Lei 8.437/92, a parte autora poderá ter tido desde logo o seu direito sacrificado, oportunidade em que melhor será deferi-la (princípio da proporcionalidade ou razoabilidade) do que negá-la, como nos casos de suspensão de leilão, de matrículas em concurso/vestibular etc. Se ao final, todavia, a parte não tiver o direito alegado, o Juiz, ao denegar a segurança ou não acolher a cautelar, simplesmente cassará a liminar (se materialmente impossível de determinar à parte que preste garantia), incidindo aí a regra da Súmula 405 do STF (denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária). Em alguns casos, mesmo denegada a segurança, os Tribunais têm admitido a chamada “situação consolidada com a liminar”.

I-3 - Cautelares nos Tribunais pendendo demanda em primeiro grau

O sistema processual brasileiro ainda é insuficiente para resolver todos os problemas do jurisdicionado que, em algumas situações exige providência urgente a cargo do Poder Judiciário. Daí porque mesmo pendente em primeiro grau a demanda, surgem ajuizadas no próprio Tribunal as medidas cautelares processuais. Assim, embora não haja previsão legal no Código de Processo Civil de que a medida cautelar incidental, no caso, denominada de medida cautelar processual ajuizada perante a instância “ad quem” possa ser concedida pelo Relator, nos casos em que o recurso esteja tramitando, desde que presentes os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, não se pode deixar a parte sem a entrega da prestação jurisdicional cautelar como medida cautelar processual, a fim de assegurar o direito que está sendo discutido, como decidiu a 2a. Turma, unân. do eg. TRF da 5a. Região na medida Cautelar nº 37-CE, Rel. Juiz José Delgado “verbis” :PROCESSUAL CIVIL. LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR INTERPOSTA NA INSTÂNCIA “AD QUEM”. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO DENEGATÓRIO EM FASE DE RECURSO DE APELAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO “FUMUS BONI JURIS e do PERICULUM IN MORA”. PREVALÊNCIA DA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INTELIGÊNCIA doutrinária.

Medida cautelar inominada, com pedido de liminar, interposta por ter o MM. Juiz singular denegado a segurança para fins de ser a requerente matriculada no curso de Odontologia da UFC, em face da acadêmica, aluna regularmente matriculada no curso de odontologia na Fundação Universidade de Pernambuco - FESP, ter sido nomeada para assumir um cargo de D.A.S. na Febem do Ceará. 2. Recurso de apelação contra a r. sentença em fase de preparação no juízo de origem. 3. Embora não haja previsão legal no Código de Processo Civil de que a medida cautelar possa ser concedida pelo Relator, nos casos em que o recurso esteja tramitando, não se pode deixar, desde que presentes os requisitos do "fumus boni juris e do periculum in mora", a parte sem a entrega da prestação jurisdicional cautelar como medida cautelar processual, a fim de assegurar o direito que está sendo discutido. 4. Liminar concedida. E eis o voto: VOTO DO RELATOR - O EXMO. SR. DR. JUIZ JOSÉ DELGADO (RELATOR). A presente medida cautelar fora interposta na instância "ad quem", estando o processo originário em fase de recurso de apelação. A princípio, não se afigura, assim, caso de ação RESCISÓRIA. Entendo que não se pode estreitar o campo de aplicação da medida cautelar, à literalidade ínsita no ordenamento jurídico, em razão das situações que se apresentam à análise do Magistrado. Humberto Theodoro Júnior in "Recursos no STJ", SP, ed. Saraiva, 1991, págs. 245 e 237, leciona que: "É claro que não se pretende atribuir ao relator, nem mesmo à Turma julgadora, a tarefa de, a seu bel-prazer, prodigalizar efeito suspensivo a recursos que a legislação não contemplou com esse predicado. A lei, porém, não pode prever, evidentemente, todas as peculiaridades que a vida oferece aos Tribunais. O poder geral de cautela in casu socorre o juiz justamente naquelas conjunturas excepcionais onde a parte não pode ser abandonada, sob pena de inutilizar o próprio processo principal como instrumento de justa composição de litígios. Uma vez evidenciados a aparência do bom direito e o risco de dano grave e iminente, não pode o juiz deixar a parte ao desamparo da tutela cautelar, sob pena de tornar o processo principal uma atividade ilusória e despida de maior utilidade prática". Ou seja: embora não haja previsão legal no Código Processual Civil de que a medida cautelar possa ser concedida pelo Relator, nos casos em que o recurso esteja tramitando, não se pode deixar, desde que presentes os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, a parte sem a entrega da prestação jurisdicional cautelar como medida cautelar processual, a fim de assegurar o direito que está sendo discutido. Coaduno com este posicionamento acima esposado, por

visualizar questão de relevância a apreciação do caso **sub examen** por esta Egrégia Turma. É evidente a “fumaça do bom direito”, em face de se tratar de funcionária pública que foi transferida para outra cidade, ocupando um cargo em comissão, como ficou comprovado. O perigo da demora, também, restou evidente, pois, se a acadêmica requerente não freqüentar as aulas do curso que está fazendo, esse prejuízo será para ela de grande monta, assim como será de uma profunda ineficácia o mandado de segurança pela demora que isso irá acarretar para o término da sua vida escolar. Destarte, entendendo presentes os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, **CONCEDO A LIMINAR”**.

A garantia constitucional do acesso ao Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV), bem se vê, não pode compadecer com a inutilidade do processo. Assim, se a parte preenche os requisitos subjetivos para a obtenção da liminar, seja em mandado de segurança ou em ação cautelar preparatória ou incidental, o juiz afastará primeiramente a incidência da lei nº 8.437/92, declarando-a “*incidenter tantum*” inconstitucionalidade e a deferirá (a liminar). É nessa linha de raciocínio que a Doutrina vem se pontificando desde os tempos do saudoso Hely Lopes Meireles e continuando com Sérgio Ferraz entre tantos outros, bem como a Jurisprudência. A presença do *periculum in mora* é o requisito que na verdade mais contribui para o deferimento de liminar seja em cautelar ou em mandado de segurança, consoante reiterada manifestação dos Tribunais (Ac. n.9.498-PE, Rel. Juiz Castro Meira, 1ª turma, TRF 5a. Região, in DJU de 06.09.91, pg. 21.331), inclusive do STJ (RESp nº 19.679-0, Rel. Min. Demócrito Reinaldo 1ª Turma in DJU de 22.06.92, pg. 9.729) consiste na sujeição do contribuinte (isso em matéria tributária) à possibilidade de autuação, inscrição do débito fiscal e sua cobrança coativa ou ao complexo e demorado processo de repetição de indébito, com os percalços do precatório.

1-4 - A tutela antecipativa

Antes do surgimento da tutela antecipativa, com recentes alterações no nosso CPC, as liminares às vezes eram deferidas de modo satisfativo, mas cassadas pelos Tribunais, porque a plena satisfatividade com elas não se compadecia. “ O magistrado não deve conceder liminar que seja plenamente satisfativa e ensejadora de situação irreversível”, especialmente

em casos de vantagens salariais, conforme Hugo Machado, Juiz do TRF da 5a. Região e ainda AI 91.04.18828-4-RS, 3ª Turma, unan. TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Sílvio Dobrowoski-DJU, 08.04.92, pág. 8545; A.I na Susp. Seg. nº 10-PE, TRF da 5ª Região, Pleno, Rel. Juiz Hugo Machado - DJPE, 07.04.90, pg. 31; AP. Civ. 8.406-CE 2ª Turma, unan. TRF da 5ª Região, Rel. Juiz José Delgado - DJU 19.04.91, pg. 8028, A.I. nº 2026 - AL - julg. em 08.10.92, Rel. Juiz Ridalvo Costa, entre tantas outras.

‘Como a liminar na verdade não deveria importar em imediata satisfatividade surgiu a Lei nº 8.952, art. 1º, alterando o art. 273 do CPC e admitindo a chamada tutela antecipativa, que “ diferencia da medida cautelar porque esta é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia”, conforme Sérgio Bermudes pg. 35. (1)

Antes do surgimento da tutela antecipativa e como Juiz Federal de 1º grau, já defendia que praticamente só existia o processo cautelar porque, em regra, em ações de conhecimento, salvo raríssimas exceções (Ação Popular, Ação Cível Pública, possessórias etc.), era juridicamente impossível o deferimento de liminar (1ª T, ext.TFR, Rel. Carlos Thibau, AI n. 52.200, DJU p. 15.889; AI n. 54.532, RS, 6a. T, Rel. Min. Miguel Ferrante, DJU 6.6.89, pg. 9.859; AI n. 48.691, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 6a. T, 21.10.87; AI n. 186-CE, 2a.T, TRF 5a. Reg. Rel. Juiz Lázaro Guimarães, DJPE 14.10.89, p. 32.

Não quero dizer que com o surgimento da tutela antecipativa as ações cautelares perderam seu sentido prático. Jamais. Continuam elas (cautelares) com a finalidade para a qual surgiram, que é a de garantirem o processo principal. Todavia, na prática, mormente na Justiça Federal, se constata que os profissionais da advocacia estão desprezando completamente a ação cautelar preparatória e hoje simplesmente pedem na própria ação de conhecimento a tutela antecipativa. Para tudo se está pedindo tutela antecipada, o que termina desmoralizando tão importante instituto.

Antes da reforma do CPC, Luiz Guilherme Marinoni, já mostrava a diferença de tutela cautelar para tutela antecipativa, dizendo que nos últimos anos as liminares em cautelares terminaram servindo como verdadeiro processo principal(pg. 47). “A tutela antecipatória”, ao antecipar os efeitos da sentença do processo de cognição exauriente, realiza a pretensão, ao passo que a tutela cautelar jamais poderá satisfazer, mas tão só assegurar a viabilidade da realização da pretensão e, tão somente reflexamente, o resultado útil do “processo principal” (pg. 58). E diz mais que “em princípio,

os julgamentos cautelares não passam em julgado, não adquirem a autoridade de coisa julgada material (o juiz não afirmou que o direito existe, o juiz simplesmente disse que parece existir o direito, existe uma aparência, um *fumus boni juris* ou então nega a medida cautelar dizendo que não há essa aparência...”.pg. 32

A propósito de tutela antecipativa, o eg. TRF da 5a. Região, realizou em Recife, em 1995 “Forum de Debates de Acesso à Justiça, Informatização, Celeridade Processual”, sob a Presidência do Ministro do STJ, José de Jesus oportunidade em que se chegou às seguintes conclusões:

a) há distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória (unânime);
b) A tutela antecipatória não pode ser concedida de ofício-princípio dispositivo (unânime);

c) São espécies de tutela antecipatória a que se funda no “perigo da demora” e a decorrente do abuso do direito de defesa”, de caráter não urgente (unânime);

d) prova inequívoca é aquela tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do julgador o sentimento de certeza (unânime);

e) Há verossimilhança quando a realidade fática pode ser como a descreve o autor (unânime);

f) A verossimilhança correlaciona-se com as alegações fáticas; mas não é suficiente em si mesma para o deferimento da tutela antecipatória. Para tanto, é necessário que haja, no ordenamento, regra jurídica que estabeleça para o fato as conseqüências pretendidas pelo autor (unânime);

g) A escolha da ação cautelar, para a obtenção de medida liminar satisfativa, não deve se constituir em fator impediante da outorga da antecipação dos efeitos da tutela, se presentes os requisitos a que alude o artigo 273 do CPC. Este entendimento sintoniza-se com a premissa maior da instrumentalidade do processo (unânime);

h) A irreversibilidade, conquanto seja fator limitativo da concessão da tutela antecipatória, não constitui obstáculo intransponível à sua outorga. Deve-se examinar caso a caso (unânime);

i) É possível a antecipação dos efeitos da tutela em qualquer grau de jurisdição, inclusive em sede recursal (unânime);

j) É cabível a outorga de medida antecipatória venha a produzir efeitos patrimoniais, desde que observados os limites pertinentes à execução provisória (unânime).

Predomina que é possível o deferimento de tutela antecipada contra

Pessoa Jurídica de Direito Público apenas no caso de obrigação de fazer e de não fazer, como defende o ilustre Juiz Federal do DF, Dr. Antônio de Souza Prudente “in Antecipação da tutela na Justiça Federal, publicado no Jornal Correio Braziliense, Direito & Justiça, edição de 08 de abril de 1966, tal como sempre ocorreu no caso de deferimento de liminar em Mandado de Segurança. A antecipação da tutela não tem cabimento, todavia, no caso de obrigação de dar em razão da regra constitucional do precatório (art. 100 da CF/88).

I-5 -Efeitos de suspensão de liminar pelos Tribunais pendendo demanda em primeiro grau onde a liminar fôrma deferida.

Assunto interessante que tem tomado corpo em alguns Colegiados, é o fato de entenderem que os efeitos da suspensão, pelos Tribunais, de liminar deferida em primeiro grau, perdurar até depois do juiz de primeiro grau julgar (conceder) o mandado de segurança ou a cautelar preparatória, fato que resultou da má interpretação dada à decisão de uma Turma do S.T.J., no Agr. Reg. na Suspensão da Segurança nº 60, registro 91.0007181-PA, em que foi Relator o Ministro Torreão Braz, publicada no D.J.U. de 05. 08. 1991, interpretação que termina beneficiando apenas a Fazenda Pública já tão contemplada com inúmeros privilégios.

Conforme trabalho já publicado tenho afirmado: É dos próprios Tribunais que sempre ouvi dizer que o Juiz brasileiro só tem compromisso com a Lei constitucional e notadamente com a Constituição Federal, não podendo, o juiz, despachar ou julgar como bem entender.

Se um Juiz de 1º grau defere uma liminar em Mandado de Segurança ou em cautelar é claro que o Tribunal respectivo, atendendo a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, desde que vislumbre dano pode, legalmente, suspender os efeitos da liminar. Todavia, quando no mesmo processo o Juiz de 1º grau, ao final, concede a segurança ou acolhe a cautelar, essa decisão monocrática, já aí com maior dose de fundamentação, deve ser logo executada, dado o seu caráter mandamental, salvo se, atendendo a novo pedido da mesma pessoa jurídica de direito público interessada, o Tribunal respectivo novamente cassar, desta feita, a própria execução da segurança (sentença). Não sendo assim, haverá violação ao juízo natural, se não se trata de competência originária dos Tribunais. Ademais, os Tribunais não podem aparentar serem defensores das pessoas