

3.3.2 O processo cautelar e seus institutos: consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito?

Ana Cristina Ribeiro Alves de Carvalho

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Ana Cristina Ribeiro
Alves de Carvalho

O Direito Processual e todos os seus institutos são definidos a partir da ordem constitucional em que está inserido. Em outras palavras, o Direito Constitucional é a base fundamental dos princípios que regem o Direito Processual.

A expressão “devido processo constitucional”, terminologia resultante da evolução do “devido processo legal” significa o desenvolvimento da relação processual, em que os procedimentos que o compõem são

calçados nos princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Tais princípios, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o do contraditório e da ampla defesa, entre eles, informam também a organização judiciária e preconizam normas aos órgãos do Poder Judiciário, fixando-lhe prerrogativas e sujeições, para que exerçam sua função com imparcialidade, equidade e subordinação apenas à sua consciência.

Podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Carta de 1988, ainda está em fase de desenvolvimento, haja vista estarmos a menos de vinte anos de sua promulgação. Mas, algumas características podem ser apontadas: participação popular em sentido amplo, ou seja, desde a proposição de projetos de lei, legitimidade ativa para propor ações em defesa de direitos coletivos, como no caso da Ação Civil Pública, e até mesmo exercer o controle sobre seus representantes.

Diante dessa possibilidade de exercício pleno da cidadania, não poderia o Direito Processual trilhar outros caminhos que não sejam o respeito aos direitos e garantias fundamentais, em suas relações de litígios (e até mesmo de jurisdição voluntária), direitos estes garantidos mediante a observância dos princípios que regem o devido processo constitucional.

Ada Pellegrini Grinover cita, em sua obra “Teoria Geral do Processo”, o artigo 39 da Magna Carta:

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.

Os princípios constitucionais orientadores do Direito Processual têm o condão de evitar que o processo configure um fim em si mesmo, mas que seja um instrumento de composição de lides, a fim de garantir a efetividade, a observância do direito material.

O processo civil, especificamente o procedimento ordinário, é composto de uma série de atos, que são praticados pelas partes, pelo juiz, pelos auxiliares da Justiça, sendo estabelecidos prazos para a sua prática. Esse tipo de procedimento é o que, na verdade, mais propicia a incidência dos princípios do contradi-

tório, da ampla defesa, e até mesmo, do acesso à justiça, pois, somente a título de ilustração, a obrigatoriedade da representação por advogado neste tipo de procedimento já garante o efetivo acesso à justiça, ao contrário do procedimento sumaríssimo (Juizado Especial Cível), no qual, em alguns casos, é dispensável a presença do procurador.

Em contrapartida, a morosidade, também característica do procedimento ordinário, pode, em muitos casos, não garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais, haja vista que, ao final de *longos anos*, não mais exista ou se torne desnecessário o bem da vida pleiteado pela parte.

Ademais, em muitos casos, mesmo se não existisse essa morosidade, o próprio provimento jurisdicional do procedimento ordinário, considerando-se o cumprimento rigoroso dos prazos nele estabelecidos, tornar-se-ia inútil.

Para evitar a perda ou deterioração dos bens jurídicos envolvidos no processo, foram criados o processo cautelar e as medidas cautelares, com finalidade provisória, pois perduram até que se tornem desnecessárias ou sejam substituídas pelo provimento definitivo, e instrumental, por existirem em função de outro processo.

São requisitos específicos do processo cautelar o *periculum in mora*, que é a probabilidade de perecimento do objeto em razão da demora, e o *fumus boni iuris*, que é a possibilidade de existência do direito pleiteado.

O rito processual adotado nas diversas hipóteses de medidas cautelares é bem mais célere do que o procedimento ordinário, por representarem medidas de caráter de urgência; do contrário, não teriam razão de existir. Em muitos casos, o pedido cautelar será deferido *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir a parte contrária, e até mesmo, devido à intensidade do *periculum in mora*, sem realização de audiência prévia pois, conforme já dito, corre-se o risco de perecimento do objeto.

Por não permitir o contraditório antes do deferimento do pedido, pode-se inferir, em primeiro plano, a existência de afronta a princípio constitucional; porém, como o processo não encerra um fim em si mesmo, há que se harmonizar tal entendimento com a exigência de efetividade na prestação jurisdicional. Ademais, conforme já exposto, o deferimento do pedido inicial, em caráter de urgência e sem ouvir a parte contrária, não é imutável. Após o cumprimento da medida, o procedimento seguirá o rito normal, possibilitando ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Depois da instrução processual, permitida a ampla produção de provas tanto ao autor quanto ao réu, na fase decisória, a medida deferida liminarmente poderá ser confirmada ou não.

O Direito deve ser entendido como um todo composto por vários compartimentos que devem coexistir em harmonia. A função dos princípios em uma ciência é justamente esta: harmonizar seus componentes, de sorte que um instituto não seja

manifestamente contrário a outro. Os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais informadores do processo têm justamente essa função.

Assim, não há que se falar em mitigação do contraditório e da ampla defesa no processo cautelar, afinal, tais princípios são garantidos, porém de forma diferida.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, vislumbramos o papel do juiz no processo de forma diferente dos paradigmas anteriores.

No Estado Liberal, existia a figura do juiz “boca-da-lei”, ou seja, os casos concretos a ele apresentados eram julgados observando-se rigorosamente o texto legal, não havendo nenhuma possibilidade de utilização da equidade, necessária para atender às peculiaridades de cada caso.

Já no Estado Social, mais conhecido como “Estado Assistencialista”, a equidade era amplamente exercida, julgando-se, até mesmo, contra texto legal, o que representava grande insegurança jurídica.

Atualmente, a equidade é exercida de maneira harmoniosa com o ordenamento jurídico, o que não é diferente no processo cautelar.

Como se observa da Lei Instrumental Civil, são enumerados vários procedimentos cautelares, específicos a diversas situações. Porém, como não pode o legislador prever todas as situações, de litígio ou não, que podem ocorrer no mundo fático, possui o juiz um poder geral de cautela, para determinar medidas urgentes e assecuratórias em situações não previstas no Código de Processo Civil.

Atente-se para o fato de que tal poder é limitado, conforme nos ensina Vicente Greco Filho:

O poder geral de cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art. 789. Este teve a finalidade de atender a situações novas, que o legislador não previu e que merecem proteção. Se o legislador previu e estabeleceu os requisitos para a concessão, como é o caso, por exemplo, do arresto, garantidor de futura execução por quantia, é porque deseja que somente seja concedida se presentes os seus pressupostos. Isso porque o legislador já prefixou que a concessão fora dos casos previstos seria abusiva.

Esse poder geral de cautela harmoniza-se perfeitamente com o atual paradigma, haja vista que, em situações não definidas o julgador não se eximirá de julgar - ao contrário do modelo

liberal -, bem como tal poder não será exercido de forma indiscriminada, obedecendo-se a certos requisitos previstos na parte geral do processo cautelar, diferentemente do modelo social.

Conforme já dito, os procedimentos cautelares específicos foram estabelecidos conforme situações identificadas e definidas pelo legislador.

Nosso atual Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, regulamenta algumas hipóteses que não se coadunam com o atual modelo democrático e algumas das garantias previstas no art. 5º, da Carta. Analisemos o procedimento de apreensão de títulos, disciplinado na Seção XIV, do Capítulo II, do Livro III, da mencionada Lei (art. 885 e seguintes).

Tal procedimento prevê hipótese de prisão civil não autorizada pelo texto constitucional, que só é admitida no caso de depositário infiel ou inadimplemento de obrigação alimentícia.

Além de se chocar frontalmente com o inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição, deve-se, *in casu*, observar o princípio da cartularidade, definido no Direito Comercial.

O princípio da cartularidade preconiza que, para o credor de um título de crédito exercer seus direitos, representados na cártula, é indispensável que se encontre na posse do documento; caso contrário, não poderá valer-se dos benefícios do regime jurídico-cambial. Diante desse princípio, o juiz deve agir de forma prudente, em casos de deferimento de liminar *inaudita altera pars*.

Se constatamos a existência, no ordenamento jurídico, de diversos princípios que devem coexistir em harmonia, há que se destacar que, no ápice da pirâmide das normas, está a Constituição. Com o seu advento, leis, regulamentos, teses e princípios deverão a ela se adequar, numa constante evolução.

Se a promulgação do Estatuto Maior de um Estado inaugura um novo paradigma, não há dúvidas de que institutos criados anteriormente, inspirados em outra realidade e, caso a este Estatuto não se adaptem, cairão em desuso, figurando como letra morta.

Mas, conforme já dito, ainda estamos em fase de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e suas garantias. O aprimoramento do ordenamento jurídico consolidar-se-á a partir de questionamentos efetuados acerca de institutos flagrantemente inconstitucionais, como o analisado.

Caberá aos cientistas e estudiosos do Direito, bem como a seus aplicadores, a identificação e rejeição de todos os institutos desarmonizados, com o objetivo de se efetivarem todas as garantias previstas e almejadas pelo Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989-1997.
- SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.