

O PROCESSO CAUTELAR, O RECURSO DE APELAÇÃO E O EFEITO SUSPENSIVO – A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pérsio Thomaz Ferreira Rosa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela COGEAE (PUC/SP). Mestrando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – Cbar. Advogado em São Paulo/SP.

Sumário: I. A delimitação do problema – II. O mito da sentença una e os efeitos do recurso de apelação que contra ela é dirigido – Os precedentes sobre a matéria – II.1. O artigo 809 do CPC, os vícios de entendimento e a celeridade processual – III. O micro-sistema processual formado pelos artigos 520, IV, 807, caput, e 808, III, do CPC – O conflito entre as razões da certeza e da segurança – IV. O princípio da fungibilidade e a questão sob exame – Contribuição para a construção de uma solução pragmática – V. Notas conclusivas – Bibliografia Citada

Resumo: O presente estudo versa sobre a aplicação que o Superior Tribunal de Justiça vem imprimindo ao artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, em algumas de suas decisões. Verificamos que as posições, embora divergentes do entendimento da maioria, não são tão isoladas quanto se poderia pensar, o que é não é desejável, haja vista o caráter institucional dessa Corte, cuja função paradigmática reclama maior uniformidade na aplicação da lei. Verifica-se, nesse sentido, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisões identicamente não tão isoladas, tem se escorado nesses precedentes para fins de uma determinada aplicação do mencionado dispositivo legal. É sobre esse assunto que nos propusemos a estudar.

Abstract: The essay addresses the application given by the Brazilian Superior Court of Justice to article 520, IV, of the Brazilian Code of Civil Procedure, in some of its decisions. We verified that the positions, although diverging from the understanding of the majority, are not as isolated as one might think, which is not desirable, in view of the institutional character of this Court, the paradigmatic function of which requires greater uniformity in application of the law. In this respect, the Court of the State of São Paulo, in identical and not as isolated decisions, has used these precedents for the purpose of a certain application of the mentioned legal provision. This is the subject we propose studying.

Palavras-Chave: *Processo Cautelar – Efeito suspensivo – Emenda 45/2004 – Súmula Vinculante – Princípio da celeridade – Artigos 520, IV, 807, caput, e 808, III, do CPC – Fungibilidade.*

Key-words: *Provisional Remedy – Injunction – Constitutional Amendment 45/2004 – Binding Judicial Precedent – Agility Principle - Articles 520, IV, 807, caput, e 808, III, do CPC – Procedural Fungibility.*

I. A delimitação do problema

Verifica-se que há no Superior Tribunal de Justiça certa controvérsia a respeito da aplicação do artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, de modo que em decisões proferidas em passado recente, de forma monocrática ou em acórdãos relatados pelos Ministros Francisco Falcão, José Delgado, Aldir Passarinho e Eliana Calmon, a Corte acabou por definir que a cessação dos efeitos da medida liminar deferida em sede de ação preparatória conserva seus efeitos até final solução da lide como um todo.

Aplica-se, assim, de forma isolada e assistemática, o artigo 807, *caput*, do CPC, desprezando-se sua parte final.

Preceitua o artigo 520, IV, do CPC que “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (iv) decidir o processo cautelar”.

Assim citado, o dispositivo parece não suscitar dúvidas de que a liminar concedida em sede de ação cautelar perde efeitos se a sentença proferida, nessa ação ou no chamado processo principal, indeferir o pedido do requerente. Essa a consequência que se espera da norma acima transcrita.

No entanto, verificamos que os juízes,¹ de um modo geral, têm formulado duas construções em busca de uma solução que nos parece afrontar o sistema. A primeira formulação não oferece maiores dificuldades para ser desconstruída. Alegam que, decididos ambos os processos, cautelar e principal, por uma mesma sentença, inaplicável seria o artigo 520, IV, do CPC.

Agradecemos a colaboração dos estudantes de direito Raquel Garcia Martins e Bruno Ricardo Bioni no trabalho de pesquisa jurisprudencial.

¹ Neste trabalho tratamos de uma posição que, embora minoritária, foi recentemente adotada em julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a função paradigmática de interpretar o direito federal e uniformizar a sua aplicação no plano da federação. De um modo geral, os tribunais dos estados têm entendido que se aplica ao caso o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil. Todavia, a decisão adotada pela Ministra Eliana Calmon tem motivado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/TJSP, em posições isoladas, é bom que se diga, a entender o caso de forma diferente. Sustenta-se que haveria uma certa errônea na interpretação do texto legal e que a melhor forma de se considerar a questão seria iluminá-la questão pelo artigo 807, *caput*, primeira parte, do Código de Processo Civil. De todo modo, em São Paulo/SP temos acompanhado decisões de primeira instância que acabam por ser mantidas em segundo grau de jurisdição, diferentemente do que ocorre em outros Estados, em que a posição dos tribunais é mais uniforme nesse tocante. Isso faz com que o processo acabe por se tornar uma verdadeira “loteria”, com a existência de soluções diferentes para casos essencialmente idênticos num mesmo contexto e momento sócio-jurídico, o que contribui para a indesejada e indesejável instabilidade e falta de uniformidade no sistema.

É a posição do Ministro José Delgado, que é seguida por vários julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/TJSP.²

Fundam essa tese no sentido de que o acessório, a medida cautelar, quando preparatória ou incidental, seguiria o principal (o efeito da ação principal), quando a regra a ser aplicada seria a da primeira parte do *caput* do artigo 520 do CPC.³⁻⁴. Mas essa não é a posição majoritária no âmbito do STJ, como se verifica abaixo:

“Tal entendimento é contrário à jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que, se a sentença decide ao mesmo tempo a ação cautelar e a principal, a apelação suspenderá os efeitos da decisão relativa à principal e terá eficácia meramente devolutiva, no tocante ao processo cautelar. Com efeito, a ação cautelar, seja ela preparatória ou incidental, deve ser extinta por meio de sentença, dada a autonomia do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução. Essa sentença, por força do disposto no artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil e em virtude da urgência ínsita à ação e à medida cautelar, enseja apelação recebida tão-somente no efeito devolutivo, pouco importando que na mesma sentença tenha sido também julgada a ação principal. Nesse caso, a

² Nesse sentido: AI nº 7182972 – Relator Des. Roberto Mac Cracken – 24ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 21.02.2008, AI nº 71682629 – Relator Des. Cunha Garcia – 20ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 16.10.2007, AI nº 70800114 – Relator Des. Salles Vieira – 24ª Câmara Dir. Priv., AI nº 71985003 – Relator Des. Waldir de Souza José – 15ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 12.02.2008, AI nº 71437111 – Relator Des. Edgard Jorge Lauad – 15ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 29.05.2007. Em sentido contrário: AI nº 71982522 – Relator Des. J. B. Franco de Godói – 23ª Câmara Dir. Priv., AI nº 72679906 – Relator Des. Oséas Davi Viana – 23ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 02.07.2008, AI nº 71529545 – Relator Des. Manoel Justino Bezerra Filho – 19ª Câmara Dir. Priv. – Julgado em 03.07.2007.

³ Nelson Luiz Pinto, desde longa data, identificou o problema (Arruda Alvim e Nelson Luiz Pinto. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 1991. p. 20), como se vê a seguir: “Um outro dispositivo vem causando sérios problemas processuais, é o art. 809 do CPC, que determina o apensamento dos autos do processo cautelar aos do processo principal. Amparados nesse dispositivo, têm os juízes determinado indiscriminadamente o apensamento da cautelar à principal, causando inúmeros entraves procedimentais a ambos os processos. Tem sido comum, aliás, na comarca de São Paulo, que uma vez concedida a medida liminar e proposta a ação principal, no prazo do art. 806, sejam os autos apensados e *paralisado o processamento da ação cautelar*, despachando o juiz somente nos autos principais, chegando, inclusive, a julgar a cautelar e a ação principal, conjuntamente, na mesma sentença. Esse procedimento não é recomendável, não só por força da autonomia procedimental do processo cautelar, como também porque pode causar problemas procedimentais e dano a ambas as partes. Por isso, decidi acertadamente o 1.º TACivSP, quando determinou que fosse provido agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou o apensamento dos autos na medida cautelar aos da principal, obstando o procedimento daquela, para que ambas fossem julgadas simultaneamente (1.º TACivSP – AI 260.856 – 1.ª C – j. em 05.06.1976 – Rel. Carlos Ortiz – v.u.). No caso da cautelar ser julgada na mesma sentença da ação principal, por exemplo, ter-se-á uma questão de difícil solução: o recurso de apelação a ser eventualmente interposto deverá ser recebido em que efeito? Essa e outras inúmeras questões, além do prejuízo procedimental para ambos os processos, surgem em razão da não obediência à regra *da autonomia do processo cautelar*, no que se refere ao procedimento”.

⁴ É a posição adotada por Sérgio Bermudes, citando precedente do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (*Comentários ao Código de Processo Civil*. – Vol VII – Arts. 496 a 565. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 153): “Observe-se que, na omissão do juiz, entende-se que recebeu a apelação em ambos os efeitos, pois essa é a regra e que, se a sentença julgou ações conexas (v.g., despejo e consignação em pagamento), deve-se dar efeito suspensivo à apelação interposta da sentença, que não poderá ser executada mesmo na parte em que o recurso só produz efeito devolutivo”.

apelação deverá ser recebida tão-somente no efeito devolutivo, quanto à parte que impugnar a cautelar, e nos efeitos legais, quanto à parte que impugnar a principal.” (Ac. un. da 4.^a T. do STJ de 23.09.1996, no REsp 182.221, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

O segundo argumento parece-nos um pouco mais substancial e sugestivo, mas ainda assim não resiste a uma análise mais rigorosa. Trata-se de posição perfilada pela Ministra Eliana Calmon e citada em julgados proferidos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/TJSP.

Sustenta que, cotejando-se os artigos 808, *inciso III*, e 807, *caput*, CPC (*nessa ordem, importante frisar, de “trás para frente”*), verificar-se-ia que a liminar conservaria seus efeitos “na pendência do processo principal”, ou seja, até a decisão pela corte de segunda instância.

Faz-se, assim, a interpretação do artigo 808, III, à luz do artigo 807, *caput*, ignorando-se a parte final deste dispositivo legal. Preceitua esta norma processual, em sua *primeira parte*, que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; (...)”.

Assim, e forte nesses precedentes, há decisões de primeira e segunda instância seguindo o entendimento de que a medida liminar conservaria seus efeitos enquanto a lide estivesse pendente de julgamento, e não por ocasião da sentença.

A situação somente se altera nas hipóteses do artigo 806, CPC, quando a desídia da parte impede que se lhe conceda a benesse da conservação dos efeitos da liminar, ou quando a lide é resolvida sem a apreciação do mérito.

Outra é a solução nos casos em que o juiz resolve o mérito do litígio. Interpreta-se o artigo 808, III, do CPC de acordo com o artigo 807, *caput*, que CPC, que lhe é anterior, e, o que é mais grave, desprezando-se a sua parte final, bem assim seu *parágrafo único*.

Esclareça-se, desde logo, que essa discussão está contida no âmbito do sistema processual em si. Isso quer dizer que o presente ensaio analisa um tema cujo debate está na interpretação da lei processual, e não sobre o poder de se deferir medidas acautelatórias à luz de cada caso concreto.

Nestas hipóteses o tema processual é outro e atina com as medidas cautelares e antecipatórias em grau recursal, quando o regramento do Código de Processo Civil, válido *prima facie*, pode ser afastado em socorro da parte que demonstra ter direito a uma determinada tutela de urgência.

O tema desperta interesse, também, pelo fato de que no âmbito dos Tribunais estaduais é somente na Corte paulista que a tese (a nosso ver) vencida produz eco.

II. O mito da sentença una e os efeitos do recurso de apelação que contra ela é dirigido – Os precedentes sobre a matéria

Colocado o problema, vale apreciar de forma mais pormenorizada os precedentes citados. Em julgamento ao Recurso Especial nº 962.045-SP (06.05.2008), relatado pelo Ministro José Delgado, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, decidiu que a existência de uma única decisão geraria um único recurso (*postulado da unirecorribilidade*), cujos efeitos seriam um só para toda ela. Veja-se a ementa:

“Recurso – Apelação – Interposição contra sentença que julgou improcedente ação ordinária e demanda cautelar – Recebimento no duplo efeito – Admissibilidade – Ação cautelar julgada simultaneamente com a ação principal – Inaplicabilidade do disposto no inciso IV do artigo 520 do Código de Processo Civil – Recurso improvido.”

Consta do acórdão, que pugnou por adotar as razões do Tribunal *a quo*, que o artigo 520, IV, do CPC apenas seria aplicável no caso de a sentença do processo cautelar ser autônoma.

Nesse mesmo sentido, em decisão monocrática proferida em 16.06.2006 (AI nº 727.911/SP), mantida inalterada em sede de agravo regimental, o Ministro Aldir Passarinho Jr. negou provimento a recurso em que se discutia justamente a aplicabilidade do artigo 520, IV, do CPC, em caso que versa sobre a existência de uma única sentença para ambos os processos, cautelar e principal.

Decidiu-se, em 07.06.2006, o que segue: “Por outro lado, não vislumbro a alegada violação ao art. 520, inc. IV, da Lei Adjetiva Civil, porquanto o Tribunal estadual, quando recebeu a apelação em seus duplos efeitos, devolutivo e suspensivo, o fez levando em consideração o fato de ela ter sido interposta contra sentença que julgou simultaneamente a ação principal e a cautelar, devendo ser preservada, portanto, a acessoriedade da medida cautelar”.

II.1. O artigo 809 do CPC, os vícios de entendimento e a celeridade processual

Conforme citamos acima, Nelson Luiz Pinto, desde longa data, alerta para o problema que o artigo 809 do CPC causa ao processo. O melhor entendimento é o de que o apensamento dos autos seria uma medida adotada pelo julgador como conveniente ao julgamento e administração do caso.

É uma verdadeira questão de *case management*, pois não se trata de uma solução que se deva adotar ordinariamente, tampouco analisada *a priori*, mas deve ser considerada em relação aos efeitos que pode produzir para a lide. A existência de conexão entre as causas não impõe a reunião dos processos se isso fizer com que um deles tenha o seu andamento retardado.

É por isso que a aplicação do artigo 809 do CPC tem caráter jurisdicional e deve ser prudentemente realizada pelo juiz. No que diz respeito à sentença, de igual maneira, não há obrigação de haver prolação conjunta do *decisum*.

Contudo, se no mais das vezes é isso o que ocorre, tal se dá em razão do postulado processual da celeridade. E, assim ocorrendo, haverá um único recurso, em respeito ao postulado da *unirrecorribilidade*.

Em acórdão relatado pelo Ministro Francisco Falcão (REsp nº 769.458/RS), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, “tendo sido julgadas as ações principal e cautelar concomitantemente, por meio de uma única sentença, com um único dispositivo para ambas, admissível tão-somente uma apelação, em atenção aos princípios da economia processual, da celeridade e da singularidade ou unirrecorribilidade”.

No plano processual, bem se vê que essa questão acabou por gerar, em decisões bastante recentes, sérias controvérsias. Não fosse o STJ decidir de forma divergente e diríamos que a posição do Tribunal de Justiça paulista seria uma posição isolada, precária e efêmera diante da possibilidade de se manejar recurso especial.

Sem dúvida se poderia pensar na possibilidade de manejar embargos de divergência relativamente à posição adotada pelo STJ em julgamento de alguns de seus ministros, mas o fato é que a falta de uniformidade na interpretação de uma determinada questão acaba por consumir demasiado tempo, gerando o que se costuma denominar de dano marginal do processo.

Como se sabe, a apelação tem como propósito obstaculizar o exercício de um direito legítimo da parte apelada, impedindo-se a preclusão máxima e devolvendo-se a questão impugnada à superior instância. Muitas vezes, a apelação segue um rito de repetição e revela não um inconformismo, quiçá um erro (*in procedendo* ou *in judicando*), mas uma necessidade profissional e institucional de se recorrer, quando o objetivo passa a ser ganhar tempo e frustrar um direito legítimo e também essencial, que é o direito da parte contrária.

Violam-se a lealdade processual e a dignidade da jurisdição em busca da procrastinação, como se fosse meio legítimo de defesa. Ou seja, perde-se a causa, mas ganha-se no fator temporal, impedindo-se a

parte vencedora de realizar seu direito. Esse é um dos fatores que nos levam à conclusão de que o sistema de efeitos suspensivos deve ser inteiramente reformado em nossa legislação processual, tal qual ocorreu com os embargos do devedor, que (na execução por título extrajudicial) passaram a ter efeito suspensivo *ope iudicis* e não mais *ex legis* a partir da Lei nº 11.232/05.

Sem dúvida alguma, é preciso superar o sistema antiquado do regime de efeitos suspensivos como regra geral, o que somente retarda a prestação jurisdicional. Justiça tardia é justiça falha, e daí o vício de que padecem exegeses que estão em desacordo com o disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Se a parte pode recorrer, deve-se compatibilizar essa garantia com o moderno processo civil e evitar o abuso, tendo sempre em mira que não é ônus da parte requerida aguardar todo o *iter* recursal para que possa, ao final, satisfazer seu direito.

Pensar dessa forma implicaria tornar o processo fonte de danos à parte que tem razão, em tornar admissível, normal, aceitável e ordinário o dano marginal do processo.

Se há o direito ao pedido de reforma do julgado, por outro lado não há o direito de obstar a execução (ainda que provisória) pelo só exercício de um direito *potestativo*, que é o direito de ação, do qual o direito de recorrer é corolário.

A tese pela qual, sendo *una* a sentença, o recurso dela tirado produziria apenas um efeito não merece prosperar. Necessário se faz, nesse caso, interpretar os institutos de acordo com os valores que o legislador reformista segue. Atualmente várias reformas processuais pugnam por empregar maior efetividade ao processo civil.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Admitir que o referido artigo 520 do Código de Processo Civil deva ser interpretado de modo tão discreto e restrito implica concluir que o legislador deu à parte requerente um direito em todo injusto e que em muitos casos gera lesão à parte requerida, ofendendo-se, ademais, o postulado da efetividade da jurisdição.

Com esse mesmo ânimo a jurisprudência dominante no âmbito do STJ está direcionada no sentido de que os efeitos do recurso devem ser temperados em relação a cada capítulo da sentença, de forma a

atender à inteligência, sentido e finalidade das disposições legais que regem a matéria, por exemplo, o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil:

“Julgados concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação global, ao juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente a medida cautelar tão-somente no efeito devolutivo (art. 520, inciso IV, do CPC).” (Ac. un. da 4.^a T. do STJ de 23.09.1996, no REsp 81.077, Rel. Min. Barros Monteiro; *RF* 339/298)

“A apelação interposta contra sentença que julga simultaneamente ação principal e cautelar detém duplo efeito apenas no que circunscreve à ação principal, cabendo à parte relativa ao processo cautelar apenas efeito devolutivo (artigo 520, IV, do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido.” (Ac. un. da 3.^a T. do STJ de 07.12.2004, no REsp 652.392/SP, Rel. Min. Castro Filho)

“1. A extinção do processo principal em desfavor do autor descaracteriza o *fumus boni juris*, impondo a aplicação do art. 808, III, do CPC, consoante a sua melhor exegese. (...)

“2. Segundo a letra do art. 808, III, do Código de Processo Civil, cessa a eficácia da medida cautelar quando declarado extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito. (...) – Cessa a eficácia da liminar se o Juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808, III, do CPC). – Julgadas concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação única e global, ao Juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente à medida cautelar no efeito tão-somente devolutivo (art. 520, IV, do CPC). Recurso ordinário improvido.” (ROMS 11384/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 19.08.2002) 3. Recurso especial improvido.” (Ac. un. da 1.^a T. do STJ de 05.05.2005, no REsp 647.868/DF, Rel. Min. Luiz Fux)

“Processo Civil. Ação Cautelar. Medida liminar. Sentença superveniente. A sentença substitui a medida liminar, de modo que, prolatada aquela, esta fica sem efeito, qualquer que seja o teor do julgado; se procedente a ação cautelar, a tutela judicial passa a resultar da sentença, que é de execução imediata, à vista do efeito meramente devolutivo da apelação; se improcedente, o provimento liminar não subsiste, cedendo aquele proferido à base de cognição completa. Recurso ordinário improvido.” (Ac. un. da 2.^a T. do STJ de 17.06.1996, no RMS 6890/SP, Rel. Min. Ari Pargendler)

Verifica-se, desse modo, que a razão da certeza não é o postulado que tem orientado o STJ na definição dos efeitos em que devem ser recebidos os recursos de apelação no âmbito do processo cautelar, mas sim a urgência, valor esse que parece estar afinado com a norma que consta do artigo 5º, LXXVIII, CF⁵.

⁵ Nesse mesmo sentido: REsp 599.625/SP – Relator Ministro César Asfor Rocha, 04ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19.02.2004; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 522.694 – Relator Ministro Jorge Scartezzini – julgado em 28.09.2004;

III. O micro-sistema processual formado pelos artigos 520, IV, 807, caput, e 808, III, do CPC – O conflito entre as razões da certeza e da segurança:

A discussão que se coloca é saber se a dicção do artigo 808, III, do Código de Processo Civil encontra ou não limites no artigo 807, *caput*, desse mesmo Codex.

Partiremos da decisão acima referida, em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, em julgamento datado do mês de abril de 2002, envolvendo o REsp nº 320.681/DF.

Em voto bastante objetivo, a relatora inicia esclarecendo que não desconhece a existência de divergência em relação à matéria, nos seguintes termos: “Não desconheço que existe certa divergência quanto à aplicação do art. 808, III, do CPC, em que uma corrente, interpretando literalmente o dispositivo, entende que, com o julgamento da ação principal, desaparece o interesse jurídico que dá fundamento à ação cautelar.”

Após citar um precedente que espelha posição divergente da sua, prossegue Eliana Calmon no seguinte sentido: “Entretanto, entendo que a redação do art. 808, III, o CPC é defeituosa e deve ser interpretada sistematicamente, levando em conta o teor do art. 807 do CPC, segundo o qual as cautelares conservam sua eficácia na pendência do processo principal.”

E prossegue, dizendo: “enquanto não julgado definitivamente o processo principal, em tese, subsiste interesse na manutenção da cautela, mesmo que submetido o julgado a recurso sem efeito suspensivo dada a possibilidade de alteração do entendimento até então esposado”.

Esta é, vale dizer, a posição de Pontes de Miranda⁶, que assim conclui seu raciocínio: “Portanto, havemos de ler o art. 808, III, como se estivesse escrito: ‘Se a sentença que resolveu a lide transitar em julgado, cessará a eficácia da medida, embora não expressamente revogada, salvo se ainda não se impliu a condição, ou não se chegou ao termo, para a execução da sentença na ação principal’”.

Uma primeira observação que insta fazer é de que a conservação dos efeitos da medida liminar somente pode ocorrer em casos justificáveis à luz do seu esforço fático, e não de forma generalizada. Em casos tais, isso deverá ocorrer em decisão fundamentada e com apoio no artigo 558 do Código de Processo Civil.

⁶ *Comentários o Código de Processo Civil*. Tomo XII (Arts. 796-889). Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 86.

Esses casos não são objeto do presente estudo. Nossa atenção está voltada para as decisões que têm aplicado referida norma processual de forma indistinta, bem como para os casos em que a exegese dos artigos 808, III, e 807, *caput*, tem se revelado falha pela inversão de sua lógica.

Assim, se o artigo 808, III, do Código de Processo Civil diz que os efeitos da medida cautelar, ou melhor, da liminar, cessam com a extinção do processo com ou sem a resolução do mérito, o artigo 807, *caput*, do Código de Processo Civil seria no sentido da conservação de seus efeitos na pendência do processo principal.

Mas não é essa a melhor e mais adequada interpretação da lei. O artigo 807, *caput*, exprime o sentido e alcance do artigo 806, que trata do prazo para propositura da ação principal no caso das medidas cautelares preparatórias.

Ou seja, o artigo 806 do Código de Processo Civil diz que o prazo para a propositura da ação principal é de 30 dias, contados da efetivação da medida cautelar, sendo que os efeitos da liminar (*efetivada*) serão conservados durante este prazo (*de 30 dias*) e durante o curso da ação principal.

Assim, o artigo 807, *caput*, do Código de Processo Civil trata do lapso temporal pelo qual perduram os efeitos da cautelar, concedida em caráter precário e desde que presente os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Substituída e revogada a decisão liminar pela sentença, impossível crer que a apelação consistiria numa antecipação automática da tutela recursal concedida pelo juiz de primeiro grau em caráter *ex lege* e não *ope iudici*.

Impossível admitir, ademais, que o mecanismo de antecipação de tutela recursal seja diferenciado nesses casos.

Nesse sentido os seguintes julgados, colacionados em Theotônio Negrão:⁷ RMS nº 6.890/SP (relator Ari Pargendler), REsp nº 739.570 (relator Ministro Teori Albino Zavascki), Medida Cautelar nº 3.302/SP (relator Ministro Pádua Ribeiro), RSTJ 102/115 e Medida Cautelar nº 3.679/SP (relator Ministro Ari Pargendler).

Os dispositivos legais citados devem ser interpretados de forma lógica e progressiva. Não por acaso o legislador os dispôs de forma seqüencial. Portanto, a função do artigo 807, *caput*, é dar a devida

⁷ *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39.^a ed. Notas aos artigos 807, *caput*, e 808, III, do Código de Processo Civil, p. 940 e 942.

medida da eficácia da cautelar, idéia essa que é finalizada pelo artigo 808, III, do Código de Processo Civil, que trata de seu termo final.

Portanto, antes que se conclua esse raciocínio é preciso dizer que o erro, parece-nos, está em interpretar o artigo 808, III, à luz do que lhe é anterior, o artigo 807, *caput*, do CPC, pois o que deveria ser feito é justamente o contrário.

Vale dizer que o artigo 806 trata do nascimento da liminar, o artigo 807 trata de sua conservação e, por fim, o artigo 808 trata da cessação de seus efeitos. A interpretação da lei processual, nesse sentido, deve ser feita de forma progressiva, do artigo 806 em direção ao artigo 808, e não ao contrário, numa miscelânea que confunde e atrapalha inclusive a efetividade do sistema.

A prolação da sentença faz cessar o efeito da liminar, que é medida precária e revogável a qualquer tempo. Concluir em sentido contrário implicaria ignorar, ademais, a parte final do próprio artigo 807, *caput*, do Código de Processo Civil, pelo qual as medidas cautelares “*podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas*”, que é justamente o que ocorre em sentença.

Nada mais elementar, pois a liminar, fundada em cognição sumária da lide, não pode estar em contradição com uma decisão posterior e baseada na cognição exauriente do processo. É por isso que já se decidiu: “Julgada em sentença única a ação principal a cautelar, deve a apelação ser recebida no duplo efeito. Isso não significa que a liminar de sustação de protesto, já revogada, continue produzindo efeitos, pois esta pode ocorrer a qualquer tempo – art. 807 do CPC. Seria ilógico que uma decisão provisória tivesse mais força que uma decisão proferida após cognição plena”.⁸

No que diz respeito ao artigo 558 do CPC, algumas decisões têm revelado que a simples existência de recurso tornaria imperiosa a sua aplicação. No REsp nº 880.827/BA, o Relator Ministro Francisco Falcão concluiu que, “embora o artigo 520, IV, do CPC, disponha que a apelação deve ser recebida unicamente no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar, em situações como a presente, na qual a decisão proferida na ação cautelar tem cunho satisfativo, faz-se de rigor a utilização da previsão contida no artigo 558, parágrafo único, do CPC, evitando-se a perda do objeto principal e a cristalização da lesão para a entidade pública”.

Percebe-se neste voto que o artigo 558 do CPC foi aplicado de modo apriorístico e não à luz do caso concreto, o que, em nosso entender, viola a lógica do sistema e também do próprio sistema recursal a que se referem os recursos extraordinários.

⁸ 4ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, julgamento ocorrido em 09.11.1995, Agravo 195092838, Relator Juiz Leopoldo Haeser (Alexandre de Paula). *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 3, arts. 566 a 889. 7. ed. São Paulo: RT. p. 3.290, nota ao artigo 807).

Vale apontar, nessa linha de raciocínio, que o entendimento esposado pelo Ministro Francisco Falcão mostra-se vacilante no REsp nº 589.627/DF, pois, se cotejarmos com esse julgado o resultado acima colacionado, veremos que não se saberá, ao certo, se o artigo 558 do CPC aplica-se em todo e qualquer caso ou se a revogação expressa da liminar pelo juiz de primeira instância altera essa realidade.

Ainda que essa fosse sua posição neste último julgado a que se alude, haveria contradição, posto que a existência de recurso seria o suficiente, segundo seu entendimento, para que se aplicasse o artigo 558 do CPC, sendo totalmente desinfluyente o fato de o juiz de primeira instância ter ou não revogado a liminar.

De qualquer modo, a posição adotada pelo Ministro Francisco Falcão pareceu-nos vacilante no REsp nº 589.627/DF, como veremos pela transcrição de seu voto:

“Se analisarmos isoladamente o artigo 808 e o seu inciso III, chegaremos à precipitada conclusão de que, sentenciada improcedente a ação principal, a medida cautelar proposta perde eficácia. No entanto, não podemos simplesmente ignorar o disposto no art. 807, *caput*, que prevê a eficácia da medida cautelar enquanto pendente o processo principal, entendendo-se como pendente aquele processo sobre o qual ainda não ocorreu o trânsito em julgado da última decisão.”

“Dessa forma, prudente é a interpretação conjunta do disposto nos artigos 807 e 808, inciso III, do Código de Processo Civil, para se reconhecer a eficácia da medida cautelar até o trânsito em julgado da ação principal, ressalvando-se a possibilidade do juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida (parte final do art. 807 do CPC).”

Depreende-se do voto a seguinte contradição. Se a lei exigiria trânsito em julgado da sentença, como se sustenta no início do voto, pouco interessaria a revogação da liminar pelo juiz de primeira instância, na medida em que o recurso de apelação eventualmente manejado pela parte sucumbente implicaria a automática aplicação do artigo 558, CPC.

Não é o que deve ocorrer, conforme defendemos acima. Não apenas essa não é a lógica do sistema, como a eventual conservação dos efeitos da liminar depende de expresso pedido da parte e decisão fundamentada pelo juiz de primeira instância, sujeito ao *iter* recursal, que, nesse caso, seria inaugurado pelo agravo (artigo 527, III, CPC).

Posição interessante e diametralmente oposta foi defendida pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator do REsp nº 157.638/SC (julgado em 13.05.1999). Citaremos, de início, a ementa do acórdão:

“Ação cautelar e ação principal. Sentença única. Efeitos do recurso de apelação. Precedentes. 1. Como assentado em precedente da Corte, o julgamento concomitante da cautelar e da principal, interposta apelação única, não desqualifica o recebimento com efeitos distintos, sendo o devolutivo para a primeira e ambos para a segunda. 2. A determinação do Juiz para que fosse imediatamente cumprida a sentença relativa ao pedido cautelar, julgado extinto o feito e revogada expressamente a medida liminar, revela que o Juiz, efetivamente, quis distinguir os dois efeitos. Não tem força, por isso, o fundamento de não ter havido recurso específico para o despacho que recebeu a apelação no duplo efeito. Deixar de reconhecer o efeito apenas devolutivo para a apelação na parte cautelar significa violação ao art. 520, IV, do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial conhecido e provido.”

Com essa conclusão, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito parece admitir que é ônus da parte a quem aproveita a liminar requerer o processamento de seu recurso com efeito suspensivo, sendo que a referência do juiz de primeiro grau ao recebimento do recurso em seus regulares efeitos gera a incidência da regra processual que lhe é natural.

No caso do processo cautelar, portanto, incide o artigo 520, IV, do CPC, de modo que a simples referência a regulares efeitos, em se tratando de recurso de apelação dirigido a sentença una, significaria receber o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo no que diz respeito ao processo principal e somente devolutivo no que diz respeito ao cautelar.

Interessante a posição adotada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁹, haja vista que compatibiliza esse sistema com o das tutelas antecipadas.

De fato, não nos parece coerente com o artigo 520, VII, do CPC e com o sistema das tutelas antecipadas o entendimento de que se confere a uma liminar de conteúdo processual tratamento diferenciado pelo só fato de ela ser proferida em sede de ação cautelar.

O artigo 520 do CPC, ao discriminar os casos em que o recurso de apelação seria recebido somente no efeito devolutivo, o fez de acordo com dois critérios, ou duas razões, como ensina Sérgio Bermudes:¹⁰

⁹ Em sentido oposto à posição de Sérgio Bermudes. Ver nota 3, supra.

¹⁰ Muito embora a posição perfilada pelo professor Sérgio Bermudes, acima citada, revele um excesso formalismo, o que até certo ponto é natural em vista da época em que sua obra foi escrita, é contrária à de Pontes de Miranda no que se refere aos efeitos da decisão, de primeira instância, que revoga liminar concedida anteriormente a ela: “José Alberto dos Reis observa que a execução põe em conflito dois interesses opostos: o do credor e o do devedor. Ao credor interessa que a execução seja *pronta*, isto é, que se inicie e desenvolva o mais cedo e o mais rapidamente possível. Ao devedor interessa que a execução seja *justa*, isto é, que se revista das cautelas necessárias para que haja a segurança de que não se sacrifica indevidamente o seu patrimônio. O interesse da prontidão demandaria que a apelação fosse sempre recebida no efeito meramente devolutivo; o interesse da justiça exigiria que o efeito da apelação fosse sempre suspensivo. Conciliam-se os dois interesses conflitantes, enunciando-se a regra de que a apelação tem efeito suspensivo e assim se dá satisfação ao interesse

a *certeza* e a *urgência*. Escrevendo sob a égide do Código revogado, Seabra Fagundes,¹¹ ao dissertar sobre a finalidade do efeito suspensivo em tema de recursos, menciona que, “em suma, considera-se, por uns ou outros desses motivos, que a demora da execução da marcha do recurso, é mais nociva que o desfazimento dos atos executórios, acaso tornados ineficazes pelo provimento ao apelo, e mantém-se a executoriedade da sentença pendente de reexame”.

Parece-nos que atualmente o valor celeridade (artigo 5º, LXVVIII, da Constituição Federal) é o verdadeiro motor do processo civil, tanto que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acabou por tornar preceito constitucional, verdadeira cláusula pétreia, a prestação jurisdicional tempestiva.

O provimento cautelar vazado nos autos de uma medida específica, preparatória ou incidental, somente poderá perdurar se judiciosas razões de direito existirem, e não como decorrência de uma regra que seria inerente ao sistema. A questão deve ser resolvida à luz da cognição, sendo impossível admitir que uma decisão posterior e fundada em cognição exauriente não revogue a anterior, fundada em cognição sumária.

O que se extrai é que as posições acima aludidas, muito embora não encontrem volumosa divergência no âmbito dos tribunais dos Estados, são motivo de alguma controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo que as posições minoritárias poderiam ser uniformizadas ou, então, e enquanto isso não acontece, resolvidas em benefícios do jurisdicionado pela aplicação do postulado da fungibilidade.

Em verdade, divergência expressiva é possível encontrar somente no Tribunal de Justiça paulista, sendo que em todas as demais unidades da federação os tribunais estaduais têm privilegiado a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça.

A esse respeito vale tecer os comentários que seguem, os quais antecedem nossa nota conclusiva.

IV. O princípio da fungibilidade e a questão sob exame – Contribuição para a construção de uma solução pragmática

Como se sabe, os recursos dirigidos aos tribunais superiores primam pelo excessivo apego à forma, tudo a indicar que o postulado da instrumentalidade, nesse âmbito, não é aplicado com todo o seu rendimento.

da justiça. Todavia, em certos casos especiais faz-se prevalecer o interesse da prontidão sobre o da justiça em atenção a um razão de *urgência* ou a uma razão de *certeza*” (ob. cit., p. 152/153).

¹¹ *Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 270.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou duas questões já sedimentadas na Corte, quais sejam, a possibilidade de a parte se utilizar do protocolo integrado para fins dos recursos dirigidos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça/STJ (Súmula nº 256¹²), e a interposição dos recursos via *fax* desacompanhados das peças obrigatórias.

No que tange à falta de peças obrigatórias, acolheu-se o entendimento de esse vício seria sanável na instância especial por não alterar os prazos recursais e por não prejudicar a parte contrária.

Estes foram os valores seguidos: a *segurança jurídica* e o postulado da *igualdade*. Alterou-se uma posição já firme em prol de uma solução mais justa e afinada com a realidade e finalidade do processo.

Colocando-se o assunto em perspectiva, é fácil perceber que a solução ora defendida, por se referir à razão da efetividade, encontra proteção nos postulados do devido processo legal, do acesso à justiça e da prestação jurisdicional célere.

O que os exemplos citados têm em comum com o presente estudo é que tratam de matérias processuais, não do litígio em si mesmo considerado.

Em se tratando de acesso à justiça, corolário desse princípio é o postulado da *fungibilidade*, cuja expressão máxima reside em o julgador renunciar a uma posição pessoal para admitir outra, igualmente possível no sistema processual, como forma de conferir o melhor rendimento possível às normas processuais.

Havendo mais de um entendimento é possível, como saber qual o melhor? Será possível premiar a parte com a adoção daquele que representa a posição minoritária, ou será mais adequado e consentâneo com o Estado de Direito privilegiar a corrente mais consentânea com a realidade e atualidade das normas processuais?

Diante de tudo o quanto foi exposto, é coerente concluir que a melhor opção é aquela que vislumbra no processo um dever instrumental e não um litígio em si mesmo, em outros termos, aquela que melhor exprime o acesso à justiça e a função criadora do Direito.

Isso nada mais é do que a aplicação do postulado da *fungibilidade de entendimentos* de que trata a professora Teresa Arruda Alvim Wambier,¹³ *in verbis*: “Parece-nos inafastável a conclusão no sentido

¹² Súmula cancelada, conforme publicação do *Diário de Justiça Eletrônico* de 09.06.2008.

¹³ O Princípio da Fungibilidade Sob a ótica da Função Instrumental do Processo. In: _____. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Série 8, Capítulo XXX São Paulo: RT, 2005. p. 792.

de que, *estando presentes os pressupostos de incidência do princípio da fungibilidade* (a que alude a doutrina tradicional no campo dos recursos), deve este princípio incidir em todo o processo”.

E conclui a ilustre processualista dizendo que **“Dúvidas são desejáveis e salutares como caracterizadoras de um estágio para se chegar à certeza, e não como fonte de insuportável insegurança e às vezes causa de integral insucesso da verdadeira função do processo, fundamentalmente instrumental, que é a de dar direitos a quem os tem e não a de inventar a quem não os tenha ou a de retirá-los das mãos de seus titulares”**.

Deveras, importante lembrar que a interpretação sistemática proposta pela corrente minoritária e mais restritiva acaba por violar o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil. Afastar a regra especial em prol da regra geral implica adotar soluções não pretendidas pelo legislador.

V. Nota conclusiva

Pensamos que o melhor seria mesmo tornar a suspensividade a exceção, abrindo-se ao juiz da causa a possibilidade de agregar esse efeito ao recurso de apelação de acordo com seu prudente e não discricionário juízo. Porém, não desconhecemos a ressalva do professor José Carlos Barbosa Moreira¹⁴, para quem “A aceleração tem seu preço; e, para saber se no caso ele é razoável ou excessivo, cumpriria apurar a percentagem de sentenças que os tribunais, no julgamento da apelação, reformam ou anulam. Sendo baixa, valerá a pena pagar o preço; sendo alta, convirá pensar duas vezes, ou mais, antes de consumir a reforma. Sem essa averiguação prévia, a alteração radical do regime assemelhar-se-á um tiro no escuro: pode até ser que atinja o alvo sem provocar dano indesejável – mas por mero acaso ...”.

Soluções divergentes são naturais e prestam alguma utilidade ao sistema. Contudo, a pretexto de se buscar uma razão e uma certeza, não se deve deixar de uniformizar o entendimento que se tem a respeito de uma determinada questão de direito. Isso implica tomadas de posições, votos vencidos, renúncias ideológicas, o que revela a grandeza dos julgadores e a vontade de tornar o sistema previsível e estável, sem armadilhas e soluções lotéricas.

A existência de uma posição minoritária no âmbito de uma Corte que tem a função de uniformizar a aplicação da lei no plano federal é grave, sobretudo numa questão sensível como é a do artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, por tocar diretamente o tema da efetividade da prestação jurisdicional. Como bem salientou a Ministra Fátima Nancy Andrigui, em recente julgado (Agravo de Instrumento

¹⁴ *Comentários o Código de Processo Civil*. Volume V (Arts. 476-565). Rio de Janeiro: Forense, 1998. página 465.

nº 1.067.726/SP, 03ª Turma – STJ, julgado em 06.11.2008), “Com efeito, está assentado no STJ o entendimento no sentido de que julgadas simultaneamente a ação cautelar e a principal, e interposta apelação única, esta deve ser recebida com efeitos distintos. Quanto à cautelar, o apelo de ser recebido, apenas, no efeito devolutivo, impondo-se o duplo efeito somente em relação à principal.”

Espera-se, com isso, que nossa Corte Excelsa exerça sua verdadeira função paradigmática e discuta o assunto de acordo com as regras processuais vigentes, encontrando uma forma de equacionar o problema sem que às partes seja imposto o temor de que sua sorte esteja atrelada diretamente à função que é exercida pelo cartório distribuidor, e não pela prestação jurisdicional que se busca pela via do direito de ação.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ARRUDA ALVIM, J.J.; PINTO, Nelson Luiz. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume V – Arts. 476-565*. Rio de Janeiro: Forense, 07ª edição – 2ª tiragem, 1998.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII – Arts. 496 a 565. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários o Código de Processo Civil*. Tomo XII (Arts. 796-889). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Princípio da Fungibilidade Sob a ótica da Função Instrumental do Processo. In: _____. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Série 8. Capítulo XXX. São Paulo: RT, 2005.