

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito

Tutela antecipatória contra o Poder Público

Ana Paula Ribeiro Rodrigues

Curitiba
2002

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito

Tutela antecipatória contra o Poder Público

Monografia elaborada por ANA PAULA RIBEIRO RODRIGUES, número de matrícula 9825916, sob a orientação do Professor MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito.

Curitiba
2002

Tutela antecipatória contra o Poder Público

por

ANA PAULA RIBEIRO RODRIGUES

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso
de graduação da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Prof. MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO (Orientador)



Prof. EDSON RIBAS MALACHINI



Prof. EDUARDO TALAMINI

Resumo

A tutela antecipatória propicia a distribuição do ônus do tempo no processo, sendo instrumento de concretização do equilíbrio abstrato entre os princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. É o ordenamento constitucional, portanto, que impõe o seu manejo contra o particular ou contra o Poder Público, merecendo o tema, nesta última hipótese, análise específica em razão das peculiaridades que o cercam – como, entre outras, o fato de o Poder Público ser réu em um grande número de disputas judiciais, a natureza pública dos interesses envolvidos e a questão da ingerência recíproca entre os Poderes do Estado.

Nesta perspectiva, pretende-se analisar, neste trabalho, os fundamentos da concessão da tutela antecipatória contra o Poder Público, a sua efetivação e compatibilidade com os institutos processuais especiais que regem as ações judiciais envolvendo entidades de direito público e seus agentes; a (in)constitucionalidade das proibições legais em vigor e a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

“O cristianismo conta uma história com um começo (a criação e o pecado original), um meio (o advento de Cristo) e um fim (o Segundo Advento) - e insiste nessa ordem necessária de eventos. Simultaneamente, inverte a cronologia e interpreta a história de frente para trás, a partir de seu ponto final. É orientada para o futuro. Satura o presente com um senso de expectativa, criando uma tensão permanente entre o presente e o futuro. Considera o passado um simples prólogo para o presente, a caminho de concretizar a promessa do futuro.”

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*.
Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997, p. 81.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	4
CAPÍTULO 1. TUTELA ANTECIPATÓRIA – UMA VISÃO GERAL.....	5
I) Conceito e fundamentos	5
II) Natureza jurídica	13
III) Tipos e requisitos.....	16
IV) Eficácia do provimento.....	29
CAPÍTULO 2. CABIMENTO E EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA CONTRA O PODER PÚBLICO	34
I) Algumas questões preliminares.....	34
II) Cabimento da tutela antecipatória contra o Poder Público	37
III) Natureza do pedido e sistema de precatórios.....	47
CAPÍTULO 3. PROIBIÇÕES LEGAIS E JURISPRUDÊNCIA.....	57
I) Proibições legais.....	57
II) Análise da constitucionalidade das proibições.....	63
III) A posição do Supremo Tribunal Federal	75
IV) A jurisprudência em geral.....	88
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

Abreviaturas

AC – Apelação cível

AG – Agravo de instrumento

AGA – Agravo regimental no agravo de instrumento

AMS – Apelação em mandado de segurança

CPC – Código de Processo Civil

DOU – Diário Oficial da União

Rcl – Reclamação

REsp – Recurso especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF – Tribunal Regional Federal

Legislação

	DOU
Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001	11/01/2001
Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951	31/12/1951
Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956	05/05/1956
Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964	03/07/1964
Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966	13/06/1966
Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973	30/12/1973
Lei nº 7.969, de 22 de dezembro de 1989	26/12/1989
Lei nº 8.076, de 23 de agosto de 1990	24/08/1990
Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991	25/07/1991
Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992	01/07/1992
Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994	14/12/1994
Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997	11/07/1997
Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997	11/09/1997
Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998	18/11/1998
Lei nº 10.099, de 19 de dezembro de 2000	20/12/2000
Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001	27/12/2001
Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001	28/12/2001
Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002	08/05/2002
Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002	22/07/2002
Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992	09/11/1992
Decreto nº 2.850, de 27 de novembro de 1998	30/11/1998
Medida Provisória nº 118, de 5 de dezembro de 1989	06/12/1989
Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990	19/03/1990
Medida Provisória nº 181, de 17 de abril de 1990	18/04/1990
Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990	24/04/1990
Medida Provisória nº 186, de 23 de maio de 1990	25/05/1990
Medida Provisória nº 192, de 22 de junho de 1990	25/06/1990
Medida Provisória nº 197, de 24 de julho de 1990	25/07/1990
Medida Provisória nº 198, de 26 de julho de 1990	27/07/1990

Medida Provisória nº 285, de 14 de dezembro de 1990	14/12/1990
Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993	24/11/1993
Medida Provisória nº 1570, de 26 de março de 1997	27/03/1997
Medida Provisória nº 1570-1, de 24 de abril de 1997	25/04/1997
Medida Provisória nº 1570-2, de 23 de maio de 1997	24/05/1997
Medida Provisória nº 1570-3, de 20 de junho de 1997	23/06/1997
Medida Provisória nº 1570-4, de 22 de julho de 1997	23/07/1997
Medida Provisória nº 1570-5, de 21 de agosto de 1997	22/08/1997
Medida Provisória nº 1577-6, de 27 de novembro de 1997	28/11/1997
Medida Provisória nº 1984-13, de 10 de dezembro de 1999	13/12/1999
Medida Provisória nº 1984-16, de 9 de março de 2000	10/03/2000
Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001	27/08/2001
Ato Declaratório do Senado Federal nº 4, de 26 de dezembro de 1990	27/12/1990

Introdução

O mundo contemporâneo é o mundo da tecnologia que, possibilitando um alto grau de interatividade baseada em comunicações à distância instantâneas, veio alterar radicalmente a nossa concepção de tempo. Isso, como não poderia deixar de ser, se reflete no âmbito jurídico, no que toca aos efeitos do descumprimento dos deveres em geral, tenham eles origem em contrato, em lei ou na Constituição da República.

Assim é que, hoje, em face das infinitas oportunidades oferecidas pela sociedade, os danos causados pelo descumprimento da norma são muito mais intensamente sentidos pelos prejudicados do que no passado. Como consequência, surge a necessidade de que tal descumprimento seja eficientemente evitado ou, não sendo isso possível, prontamente reparado.

Não é por outra razão que a distribuição do tempo do processo é um problema de que, cada vez mais, se ocupam os processualistas. Trata-se de saber quem, dentre autor e réu, deve suportar o dano causado pela demora da prestação jurisdicional, a qual, por outro lado, é contingência inafastável do devido processo legal. Uma das soluções encontradas é o adequado manejo das chamadas tutelas diferenciadas, entre as quais figuram as que autorizam provimentos jurisdicionais que possibilitam a satisfação ou a salvaguarda de um direito que ainda não é objeto de certeza jurídica.

É espécie de tutela diferenciada a tutela antecipatória, matéria que ganhou novo colorido e atenção a partir da edição da Lei nº 8.952/94, que deu nova redação aos arts. 273 e 461 do CPC. Estes dispositivos vieram autorizar a antecipação da tutela em todos os procedimentos do processo de conhecimento, sendo certo que, antes deles, vários regramentos relativos a procedimentos especiais já a previam. E, se o tema é palpitante, como revela a quantidade de trabalhos doutrinários sobre o assunto, destaca-se, em seu bojo, a disciplina da tutela antecipatória em face do Poder Público, a qual tem características peculiares, relativas à compatibilidade com outros institutos próprios das ações que envolvem as entidades públicas, bem como a uma série de proibições legais cuja constitucionalidade se debate.

Assim sendo, pretende-se estudar, a partir de uma análise inicial genérica do instituto, os fundamentos da concessão da tutela antecipatória contra o Poder

Público, a sua efetivação e compatibilidade com os institutos processuais especiais que regem as ações judiciais envolvendo entidades de direito público e seus agentes, a (in)constitucionalidade das proibições legais em vigor e a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Capítulo 1. Tutela antecipatória – uma visão geral

1) Conceito e fundamentos

A tutela antecipatória¹ consiste, basicamente, na entrega da prestação jurisdicional em momento anterior à formação da convicção definitiva do julgador, pela qual se autoriza ou determina a prática ou a abstenção de atos que têm como resultado a efetiva fruição de um direito provisoriamente reconhecido².

Desta breve definição destacam-se dois elementos de impossível dissociação: a sumariedade e a provisoriedade do provimento que concede a antecipação. A sumariedade se identifica no fato de a respectiva decisão ser tomada antes daquele amadurecimento que habilita o magistrado a emitir juízo definitivo sobre a causa, o que normalmente estará ligado ao fato de, no momento de sua prolação, não terem sido produzidas todas as provas relevantes para o deslinde do litígio. E a provisoriedade diz respeito a que a antecipação destina-se inevitavelmente a ser integrada ou substituída por uma outra decisão, esta fundada em cognição exauriente, que poderá confirmar ou negar as conclusões a que antes se chegara, sendo a provisoriedade, portanto, verdadeiro corolário da sumariedade.

Vê-se desde logo que a tutela antecipatória, para merecer este qualificativo, manterá sempre referibilidade com esta outra decisão, veiculadora de **tutela**

¹ A expressão **tutela antecipada**, utilizada pelo artigo 273, §§3º e 4º do CPC, não é aceita unanimemente pela doutrina. O CPC fala ainda em **antecipação dos efeitos da tutela**, no *caput* do artigo citado, e, nos seus §§2º e 5º, **antecipação da tutela**. Prefiro a expressão **tutela antecipatória**, a qual, ao contrário, não é aprovada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, para quem a **tutela**, entendida como proteção jurídica, é **objeto** da antecipação e não seu **sujeito**, podendo-se chamar de **antecipatório** apenas o provimento que antecipa a tutela (*Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*, p. 102). Ocorre que a própria decisão antecipatória é ela mesma uma forma de tutela e quando se fala em **tutela antecipatória** está-se apenas mudando o enfoque da matéria, exatamente para se concentrar naquilo que será o verdadeiro motivo de nosso exame, qual seja a decisão que antecipa.

² A definição proposta é apenas uma abordagem inicial da matéria. Isto porque, por uma questão de lógica, se a antecipação da tutela está autorizada em situações de reconhecimento provisório do direito, fundado em cognição sumária, nada impede que, presentes os demais requisitos legais, ela acompanhe as decisões proferidas com base em cognição exauriente.

definitiva, que é o objetivo do processo de conhecimento, alcançável após o transcurso das suas fases postulatória e instrutória, durante as quais, com esteio nos princípios da ampla defesa e do contraditório, as partes envolvidas travam amplo debate acerca do bem jurídico disputado, carreando ao processo os argumentos e as provas que entendem fundamentar as suas pretensões, tudo nos limites previstos pela lei, ou seja, com a observância do *devido processo legal*.

A **tutela jurisdicional definitiva** é, com efeito, a meta do processo e, sendo assim, é a ela que primacialmente se refere a proteção prometida pela Constituição da República quando consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), legitimador do monopólio estatal da jurisdição. E diz mais a Constituição: a tutela somente será concedida depois de percorrido o *iter* do devido processo legal (art. 5º, LIV), donde se conclui que, antes disso, o autor não terá direito ao bem jurídico perseguido, que permanecerá na esfera jurídica do réu.

Ora, se é da tutela definitiva que trata prevalentemente a Constituição, já perceberam os mais atentos que o mecanismo da tutela antecipatória enseja profundos questionamentos. Como é possível, afinal, admitir-se provimento judicial que a tenha por conteúdo em face dos princípios constitucionais do processo, os quais se refletem no **sobreprincípio da segurança jurídica**? Como é possível, antes do exame aprofundado dos fatos e do direito, ingressar no patrimônio jurídico de uma pessoa para retirar-lhe um bem e entregá-lo a outrem? Não haveria aqui uma marca indelével de inconstitucionalidade? A seguir, vamos tentar responder a tais questões.

Inicialmente, é preciso lembrar que o instituto da tutela antecipatória não é novo em nosso Direito. Próximas a ele estão as medidas cautelares, que sempre foram admitidas. E, há muito, contam com provimentos de natureza propriamente antecipatória vários procedimentos especiais, previstos no próprio CPC ou em legislação extravagante, como, entre outros, o das ações possessórias, o do *habeas corpus*, o da ação de alimentos, o da ação de despejo e o do mandado de segurança – este de especial importância para o tema desta monografia, tendo em vista dirigir-se contra atos do Poder Público.

Foi somente em 1994, entretanto, por obra da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro daquele ano, que se generalizou esse instrumento técnico-jurídico, que

passou a ser aplicável a todo o processo de conhecimento pátrio. Referida lei alterou os arts. 273 e 461 do CPC³, os quais, mais recentemente sofreram nova alteração com a edição da Lei nº 10.444/02 – no que ficou conhecido como a “reforma da reforma” ou “contra-reforma”.

A generalização da tutela antecipatória veio a provocar uma verdadeira revolução porque se inseriu em um sistema de processo civil que sempre valorizou ao extremo a segurança jurídica, a ponto de, como regra, negar eficácia imediata a um vasto conjunto de decisões prolatadas em sede de cognição exauriente, quais sejam as sentenças de primeiro grau de jurisdição, contra as quais o recurso cabível é geralmente dotado de efeito suspensivo, bem como exigir o longo rito do binômio condenação-execução para a satisfação das pretensões relativas a deveres de dar, fazer e não-fazer, com valorização excessiva da idéia de *nulla executio sine titulo*.

Daí porque HUMBERTO TEODORO JÚNIOR identifica na tutela antecipatória “a quebra do dicotomismo rígido, concebido pelo direito processual clássico, entre o processo de conhecimento e o processo de execução”⁴. Explica o autor:

“Permitindo a tomada de medidas de natureza prática dentro do âmbito do processo de conhecimento, a tutela antecipada entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da futura *actio iudicati*, já que o efeito prático provisoriamente alcançado se tornaria definitivo, após a sentença e, conforme sua extensão, esvaziaria por completo a execução forçada. (...)”

Isso quer dizer que a natureza do processo de conhecimento, após a concepção geral da tutela antecipada, já não é mais a tradicional que via nele uma atividade puramente ideal de definição de direitos subjetivos e de sanções correspondentes a suas infrações. Agora, o juiz da cognição, além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercita, desde logo, também, *atos práticos* de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo. (...)”⁵

Além disso, a tutela antecipatória representa possibilidade de proteção efetiva de vários direitos de natureza não patrimonial que, antes da edição da Lei nº

³ É digno de nota o fato de que, adiantando-se à reforma de 1994, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no seu art. 84, §3º, já previa a ampla possibilidade de antecipação da tutela relativa às obrigações de fazer e não fazer em ações envolvendo a defesa dos direitos e interesses vinculados às relações de consumo. O dispositivo citado serviu de inspiração ao legislador de 1994, que adotou, no art. 461 do CPC, redação muito similar à daquele.

⁴ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 26.

⁵ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 26.

8.952/94, careciam de instrumentos de tutela – o que se explica pela forte ligação do CPC à tradição liberal-patrimonialista.

Nessa revolução, a tutela antecipatória vem valorizar a posição do autor, daquele que pede em juízo a proteção do seu direito, sem descurar da situação do réu, daquele em face de quem se pede. O que importa verificar é que, agora, com base no princípio da igualdade real, tanto um quanto outro poderão ter que suportar as conseqüências materiais mais gravosas da inevitável demora do processo – em oposição ao sistema anterior em que, *a priori*, esse papel cabia exclusivamente ao autor. E isso faz surgir a necessidade de repensar vários institutos do Direito Processual para amoldá-los à nova orientação, como bem observa TEORI ALBINO ZAVASCKI ao tecer considerações sobre a lei instituidora da tutela antecipatória:

“Mais do que uma simples alteração de um dispositivo do Código, a nova lei produziu em verdade uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. As medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo. A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais que da lei, do próprio sistema – se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais.”⁶

Não se deixe de observar, porém, que a alteração legislativa é fruto de uma evolução gradual do processo civil, vindo a responder aos anseios da comunidade jurídica por meios de conferir maior efetividade à jurisdição, o que, até a edição da Lei nº 8.952/94, dependia em alto grau da criatividade de nossos juristas e da boa vontade de alguns magistrados para aceitar verdadeiras **subversões** como a **medida cautelar satisfativa**, por exemplo⁷. Tal efetividade, por sua vez, é exigida pela sociedade moderna, sob pena de, ao não se comprometer com ela, o processo transformar-se em instrumento ultrapassado, inútil aos fins que se propõe.

⁶ ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação da Tutela*, p. 70.

⁷ Sobre o assunto, vale a observação de LUIZ GUILHERME MARINONI (*A reforma do CPC e a efetividade do processo...*, p. 85):

“A inefetividade do procedimento ordinário transformou o artigo 798 do Código de Processo Civil em autêntica **válvula de escape** para a busca da tutela jurisdicional adequada. A tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário. A utilização indiscriminada da tutela cautelar surgiu como uma conseqüência da superação da ordinariade, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material.” [negrito original]

Em relação aos seus fundamentos, a tutela antecipatória representa um compromisso entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, representando, desta forma, verdadeiro instrumento de harmonização de valores colidentes. Aquela, decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição, exigindo celeridade do Estado na apreciação das demandas judiciais de modo que não pereçam os direitos do autor, e este, fundado nos princípios da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, dando ao processo o seu próprio tempo para que o réu somente venha a ser sacrificado na exata medida em que autoriza o direito.

Assim, em verdade, a matéria se insere no tema da **colisão de princípios e direitos fundamentais**, sobre o qual se debruçam os constitucionalistas para concluir que a constituição deve ser entendida como um todo incindível, **cada princípio e direito representando um limite imanente aos demais**, o que, no âmbito da sua aplicação, exige ponderação que maximize cada um deles (princípio da proporcionalidade). Sobre o assunto vale a transcrição dos ensinamentos de EDILSON PEREIRA DE FARIAS, analisando as lições de KONRAD HESSE:

“O princípio da unidade da constituição requer a contemplação da constituição como um todo, a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes. Esta a formulação de Konrad Hesse para o aludido princípio:

La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución ... obligan a no contemplar em ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente com este principio es la que encuentre en consonancia com las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateal a aspectos parciales.

O princípio da concordância prática ou da harmonização – “um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana” seria o consectário lógico do princípio da unidade constitucional. De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos. “*Allí donde se produzcam colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro*”.

Por seu turno, a máxima da proporcionalidade (...) é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto. Isto é, significa aquela distribuição

necessária e adequada dos custos de forma a salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionalmente colidentes.”⁸ [itálico original]

É por este raciocínio que se afasta qualquer eiva de inconstitucionalidade da tutela antecipatória. Antes, estou convicta de que ela é inegável instrumento de proteção dos direitos fundamentais, sendo forma de concretizar aquela idéia que – impossível deixar de fazer a referência – CHIOVENDA tão sabiamente colocou em palavras ao dizer que o processo “deve dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”⁹. E mais: qualquer lei que a proíba, esta sim será inconstitucional – tal aspecto é de vital importância para o tema específico de nosso estudo.

A garantia constitucional da tutela jurisdicional não pode ser puramente formal. Ela compreende a tutela jurisdicional efetiva, com a qual não se coaduna um processo em que a entrega do bem da vida a quem tem razão ocorra tardiamente, quando este bem perdeu total ou parcialmente a sua utilidade. Tampouco se compatibiliza a efetividade com um processo em que a parte em prol da qual apontam todas as evidências de vitória na ação judicial, cujo objeto não raramente é direito fundamental, tenha que aguardar o trânsito em julgado – ao qual antecede um grande número de recursos e incidentes processuais inseridos em uma estrutura de prestação de serviço deficiente – para fruir do bem da vida perseguido.

Realizar a efetividade da tutela jurisdicional é, concomitantemente:

- Dispor de meios adequados para resolver os problemas do plano material;

Para cada tipo de direito material devem existir instrumentos processuais adequados à sua proteção. Daí falar-se em *tutela jurisdicional diferenciada*, entendida esta, segundo a lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”¹⁰.
- Assegurar a plena realização do direito em favor de seu titular;

⁸ FARIAS, EDILSON PEREIRA DE. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.*, pp. 98-99.

⁹ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil*, p. 46.

¹⁰ BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada....*, p. 26.

O objetivo do processo é possibilitar ao titular do direito fruir-lhe do modo mais parecido possível com aquele que decorreria do cumprimento espontâneo das normas de direito material.

- Entregar tutela jurisdicional tempestiva;

Já se disse, com toda razão, que justiça tardia não é justiça. Não é por outra razão que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro 1969, da qual o Brasil é signatário¹¹, consigna, em seu art. 8º, 1, como direito de toda pessoa o “de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...)” [negritei]¹².

- E garantir, no processo, a observância do princípio da igualdade.

O processo, pelo simples fato da sua instauração e desenvolvimento, não deve favorecer uma das partes, sob pena de seu uso ser subvertido. O processo deve servir como meio de incentivar o cumprimento espontâneo dos deveres jurídicos. Essa função não deve ser atribuída somente à sanção prevista no direito material. Daí a necessidade de minimização do chamando *dano marginal*¹³ do processo, que é aquele dano causado pela simples espera pela satisfação do direito perseguido em juízo¹⁴.

¹¹ A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/92.

¹² Que dizer de um processo que durou 27 anos para chegar à Corte Especial, onde foi dado provimento ao recurso “para determinar que os autos retornem ao Juízo Federal de origem e que o mesmo prossiga no julgamento da lide com o aproveitamento de todos os atos processuais úteis e compatíveis à finalização do pleito”? Foi o que aconteceu no REsp. 439062, interposto em ação possessória cumulada com indenizatória – após cujo desfecho, lembremo-nos, se vitorioso, o autor terá que propor processo de execução para receber a indenização devida, com possibilidade de embargos e, por se tratar o réu de ente público, pagamento por precatório. Trata-se de caso patológico (confira-se a notícia veiculada a respeito em <http://www.stj.gov.br> – Notícias do Superior Tribunal de Justiça, 27/08/2002 – STJ decide disputa judicial de 27 anos), mas que ilustra a morosidade da Justiça e corresponde a situação mais comum do que à primeira vista pode parecer.

¹³ Tratando do assunto, LUIZ GUILHERME MARINONI, o autor que mais estudou a questão do dano marginal do processo e do manejo da tutela antecipatória como forma de aplicação do princípio da igualdade material, comenta:

“Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo.

A tutela antecipatória (ou mesmo a execução imediata da sentença), contudo, justamente porque o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco de prejudicar o réu, pode gerar danos. Tal possibilidade, contudo, pode ser aceita com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo e isonômico.” (*Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 21).

¹⁴ Creio que esta orientação pode fortalecer o direito de defesa. Nesta perspectiva, poderia ser repensada a idéia geral que se tem, por exemplo, sobre o número excessivo de recursos do sistema processual civil pátrio. Porque, na medida em que os litigantes se aperceberem de que o processo não é um palco que protege o retardamento no

Tais objetivos somente são alcançáveis pelo manejo das tutelas cautelares e antecipatórias, donde se conclui que **estas também integram a garantia constitucional da tutela jurisdicional**, isto é, têm as tutelas provisórias, tanto quanto a tutela definitiva, dignidade constitucional. É a conclusão a que também chega autorizada doutrina:

“A garantia constitucional da ação não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar de urgência deve ser incluída, portanto, no âmbito da proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.”¹⁵

Revelados os seus fundamentos, cumpre-nos perquirir quais são as situações que autorizam a concessão da tutela antecipatória, devendo-se sempre ter em mente que ela é *medida excepcional*. O ideal mesmo é que a tutela definitiva seja entregue aos jurisdicionados sem delongas, de forma a propiciar ao autor que tem razão a fruição integral do bem jurídico pleiteado, tal qual o faria não tivesse encontrado a resistência do réu, e a este, a garantia de que sua esfera jurídica

cumprimento das obrigações, o manejo dos recursos, em um efeito pedagógico, sofrerá esta influência, diminuindo, por exemplo, o volume de recursos infundados ou meramente procrastinatórios.

Penso, portanto, que a correta distribuição do dano marginal do processo é uma importante iniciativa no sentido de abrandar os problemas do sistema recursal civil brasileiro, tendo em vista o pequeno espaço que se tem para a simples supressão de recursos. Em relação a esta última questão, vale transcrever a análise prudente do Mestre MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO:

“As tendências evidenciadas pelas últimas ondas reformistas apontam para, se não o fim, pelo menos à sensível redução do cabimento dos embargos infringentes e para a limitação do agravo de instrumento à impugnação de decisões interlocutórias suscetíveis de causar, desde logo, à parte dano de difícil reparação, sujeitando-se os demais pronunciamentos que não põem termo ao processo ao agravo retido, como já ocorre em determinadas hipóteses. Não se imagina, no estágio atual, qualquer mitigação no cabimento da apelação, que, ao lado do agravo – de instrumento ou retido –, funciona como meio de efetivação do duplo grau de jurisdição. Dos embargos de declaração, com ou sem natureza de recurso, ou seja, ainda que reduzidos “a procedimento incidente, destinado ao aperfeiçoamento da fórmula pela qual a decisão se materializou” [BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, vol. VII, p. 42], não se pode abrir mão. O recurso ordinário nada mais é do que uma espécie de apelação, servindo ao duplo grau de jurisdição nos casos de competência originária dos tribunais, previstos nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal. De qualquer sorte, tendo em vista as estreitas hipóteses de cabimento, não se pode atribuir a ele qualquer participação nas causas da exagerada demora na prestação jurisdicional. Sobraram os recursos excepcionais, aqueles que não têm por vocação o aperfeiçoamento da justiça da decisão do caso concreto, mas sim a preservação da inteireza do ordenamento jurídico federal (constitucional e infraconstitucional). Deles, inclusive dos embargos de divergência, estes de raríssimo cabimento, não se pode prescindir, sem embargo da necessidade de se definir com maior clareza o seu objetivo e o seu cabimento, pondo fim ao complexo emaranhado em que se tomou, neste particular, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, (...)”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 26-27)

¹⁵ BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 82. O autor, ao falar em “tutela cautelar de urgência”, refere-se tanto às cautelares puras como às antecipatórias.

somente será atingida após o Estado ter certeza (aquela certeza relativa que permeia toda decisão judicial, bem entendido) de que aquele bem não lhe pertence. Não por outro motivo, concluiu OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA:

“As formas de tutela urgente, seja cautelar ou não, devem ser postas no sistema jurídico como remédios extraordinários, para situações especiais, quando os meios jurisdicionais comuns se mostrem incapazes de tutelar adequadamente o direito eventual. Sua generalização, além de não solucionar os problemas institucionais, criados pela morosidade excessiva da prestação jurisdicional ordinária, em verdade correria o risco de uma duplicação desnecessária dos litígios, o que, evidentemente, só poderia estar justificado em casos excepcionais.”¹⁶

II) Natureza jurídica

Sobre a natureza jurídica do instituto, estabeleceu-se um consenso na doutrina de que a tutela antecipatória tem natureza **satisfativa**, isto é, volta-se à realização da pretensão de direito material do litigante, não se confundindo com a tutela meramente cautelar. Esta teria por escopo impedir o perecimento do direito ou assegurar o seu exercício no futuro, não se confundindo com a entrega ao demandante, ainda que provisoriamente, do próprio direito finalisticamente buscado, típica da tutela antecipatória.

Tomando-se por base a classificação da tutela provisória feita por GALENO LACERDA¹⁷, a tutela genuinamente cautelar corresponde às medidas destinadas à antecipação de provas suscetíveis de perderem-se com o decurso do tempo (segurança quanto à prova) e às medidas que buscam garantir o objeto da lide ou a solvência do demandado, assegurando a eficácia prática da sentença (segurança para execução). E a tutela antecipatória está presente nas medidas que antecipam o objeto do pedido (execução para segurança).

A distinção tem (ou teve) a sua importância já que, ao lado da tutela antecipatória, continua em vigor o processo cautelar, com seus vários procedimentos, impondo-se determinar quando seria aplicável um ou outro instrumento técnico-jurídico. Hoje, entretanto, não há como negar que, em face do novo §7º do artigo 273 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, não há mais

¹⁶ SILVA, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA. *Do processo cautelar*, p. 89.

¹⁷ LACERDA, GALENO. *Comentários ao CPC*, p. 15. O autor identifica em todas as medidas citadas a natureza cautelar, que, portanto, para ele, tem um sentido mais amplo do que o aqui adotado.

espaço para muitas das questões que se colocavam em torno do tema – determina a nova redação que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”¹⁸.

De fato, antes mesmo da nova lei, a distinção não estava isenta de críticas. Primeiro porque ela é relativa, dependendo da extensão que se dê à idéia de cautelaridade. HUMBERTO TEODORO JÚNIOR, por exemplo, na esteira de vários doutrinadores, entendendo por cautelaridade a proteção da efetividade do provimento definitivo, fala em medidas cautelares **conservativas** ou **antecipatórias**¹⁹. Se, entretanto, entendermos que antecipatória é só a decisão que confere ao autor o mesmo resultado da sentença de mérito, então raríssimos seriam os provimentos com esse caráter, visto que o direito reconhecido pela decisão proferida com base em cognição sumária jamais terá o atributo da certeza. Nesta

¹⁸ FREDIER DIDIER JÚNIOR. faz as seguintes considerações sobre a alteração legislativa:

“Ao admitir a fungibilidade de pedidos, “no sentido de que nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título”, o legislador passou a admitir, por conseqüência, a possibilidade de concessão de provimento cautelar fora do âmbito do processo cautelar. É possível agora, sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente, como menciona o texto legal.

(...)

O processo de conhecimento, que com a reforma de 1994 já havia recebido grandes doses de efetivação e asseguarção (a própria antecipação da tutela, que possui funções executivas e de segurança), com essa nova mudança atingiu a quase plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais: na própria relação jurídica processual com função cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva (via tutela específica ou antecipada).

A possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento enfraqueceu o já desprestigiado e combalido processo cautelar. Ora, qual é a utilidade de a parte dar ensejo a um processo cautelar autônomo preparatório, se o pedido cautelar pode ser formulado no processo de conhecimento, que ademais seria necessariamente ajuizado (art. 806, CPC)? Realmente, nenhuma.

Pelo que ora visualizamos, restarão ao processo cautelar autônomo duas únicas utilidades: a) como ação cautelar incidental (art. 800, CPC), tendo em vista a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294, CPC), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento; b) nas hipóteses em que a ação cautelar é daquelas que dispensa o ajuizamento da ação principal, exatamente porque não se trata de medida cautelar (exibição — arts. 844/845, CPC, caução — arts. 826/838, CPC), ou porque não se trata de medida cautelar constritiva (produção antecipada de provas, arts. 846/851, CPC).” (*Processo cautelar: ainda é útil?*)

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 33.

perspectiva, antecipatórios seriam somente aqueles provimentos irreversíveis, cujos efeitos não poderiam ser desfeitos em razão de decisão posterior em contrário²⁰.

Por outro lado, a distinção causou alguns problemas no âmbito da aplicação do direito (que a lei nova veio coibir), como denuncia RENATO LUÍS BENUCCI:

“Observa-se, amiúde, que entendimentos divergentes entre os jurisdicionados e os órgãos jurisdicionais, ou mesmo entre órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, quanto ao tipo de provimento solicitado – se o mesmo se caracterizaria como antecipação de tutela ou tutela cautelar – têm ocasionado rejeição de pedidos de antecipação de tutela, ou mesmo a reforma pelos tribunais de decisões antecipatórias em primeiro grau de jurisdição, unicamente por critérios formais originados da distinção mencionada, em evidente prejuízo ao jurisdicionado.”²¹

Atualmente, há mesmo uma inversão do pensamento dominante, chegando alguns a negar veementemente qualquer utilidade prática da distinção. Assim, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

“(…) Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas. (...) Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, será melhor tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las modalidades de cautelar ou considerar essas denominações apenas às conservativas e não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características particularmente iguais.”²²

²⁰ É importante chamar a atenção para o fato de que, nestes casos, a decisão definitiva não é dispensável, não cabendo sequer a declaração de perda de objeto da ação. Se, concedida a tutela antecipatória, seus efeitos revelarem-se irreversíveis, ainda assim, deverá o juiz proferir a decisão definitiva seja para confirmar o direito reconhecido provisoriamente, seja para declarar improcedente a demanda – e, neste último caso, resultará para o autor a obrigação de indenizar o réu.

²¹ BENUCCI, RENATO LUÍS. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 23.

²² BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, pp. 284-285.

No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO chama a atenção para o fato de que os dois tipos de tutela, cautelar e antecipatória, são mais parecidas do que diferentes, merecendo tratamento similar:

“A antecipação da tutela jurisdicional, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, chegou ao direito brasileiro com a *Reforma* de 1994 e não foi ainda perfeitamente compreendida pelos operadores do direito e nem adequadamente assimilada pela doutrina. Talvez a primeira e mais grave causa de incompreensão consista na falsa crença de que esses sejam dois conceitos absolutamente distintos e não, como convém, duas categorias de um gênero só, o das *medidas urgentes*. O bom exemplo do art. 700 do Código de Processo Civil italiano e do muitíssimo que a respeito já se escreveu ainda não foi capaz de infundir no pensamento brasileiro a

Realmente as tutelas de que se trata são funcionalmente (servem à celeridade do processo) e estruturalmente (quanto às características da provisoriedade, reversibilidade, possibilidade de revogação ou modificação etc) similares, mas, ainda assim, merecem ser diferenciadas. Primeiro porque, apesar de o CPC hoje permitir a concessão de tutela cautelar em caráter incidental, que seguirá o mesmo procedimento da tutela antecipatória, a recíproca não é verdadeira, ou seja, não é possível a instauração de processo preparatório que tenha por objetivo a obtenção de tutela antecipatória²³.

Em segundo lugar, conquanto o CPC caminhe cada vez mais no sentido de unificar os dois tipos de tutela, vigora em relação à antecipatória, em toda a sua plenitude, o princípio dispositivo, sendo este, ao contrário, mitigado no âmbito da tutela cautelar *stricto sensu*. É o que se deduz do *caput* do artigo 273 do CPC, que autoriza o juiz a antecipar a tutela a “requerimento da parte”, em contraste com o que prevêem os artigos 798 e 799, segundo os quais, além dos procedimentos cautelares especiais previsto no Código, “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, inclusive “autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”, o que normalmente é interpretado como possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela cautelar (supondo, é claro, um processo pendente).

III) Tipos e requisitos

Antes de adentrarmos propriamente o exame do direito positivo, uma advertência: a análise que faremos aqui terá por base a idéia de que a tutela

idéia de que, sendo mais forte o que há de comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), *devem ficar reduzidas as preocupações em separar muito precisamente as duas espécies*, dando-lhes tratamentos diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos).” (*A reforma da reforma*, p. 90) [italico original]

²³ EDUARDO TALAMINI chama a atenção, contudo, para situação de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave, em que o pedido de tutela antecipatória deve ser examinado ainda que pleiteado em ação autônoma, providenciando-se, posteriormente a correção procedimental. Exemplifica a hipótese com uma “ação cautelar” em que o autor pleiteia a antecipação do dever de o plano de saúde realizar cirurgia grave e de emergência (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 368).

antecipatória genérica regulada pelo art. 273 do CPC e aquela relativa às obrigações de fazer e não fazer e, mais recentemente, à de entrega de coisa, dos arts. 461, §3º, e 461-A, §3º, do mesmo Código, **não** são dois institutos diversos, os dispositivos citados, ao contrário, **integram a regulação legal de um mesmo fenômeno**. Tendo isto em mente, passemos ao seu exame.

Existem três tipos de tutela antecipatória que se diferenciam por seus requisitos ou pressupostos. A **primeira** e mais estudada é a tutela antecipatória fundada no “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, conforme art. 273, I, ou no “justificado receio de ineficácia do provimento final”, nos termos do art. 461, §3º; a **segunda** é a do art. 273, II, cabível em casos abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu; e a **terceira** é do “pedido incontroverso”, prevista no art. 273, §6º, acrescentado pela Lei nº 10.444/02. Nos dois primeiros casos, há que se fazer presente também o requisito que o art. 273, *caput*, chama de “prova inequívoca” combinada com a “verossimilhança da alegação” e o art. 461, §3º, de *relevância do fundamento da demanda*, requisito este não diretamente aplicável ao terceiro tipo de antecipatória (porque aqui o que se quer é a incontrovérsia).

Chamaremos os tipos de tutela antecipatória citados de **antecipação assecuratória, antecipação por comportamento abusivo e antecipação do pedido incontroverso**²⁴.

Da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação

A redação do CPC para exprimir os requisitos da tutela antecipatória merece várias críticas. No art. 273, o legislador diz que o juiz poderá conceder a tutela antecipatória pleiteada “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. A contradição aqui é, a meu ver, manifesta: a prova inequívoca leva à certeza da alegação e não à sua verossimilhança, que, ao contrário, diz com a aparência da verdade ou com a probabilidade desta – os

²⁴ Aqui, seguimos, em parte, a sugestão de TEORI ALBINO ZAVASCKI, que, analisando o Código antes das alterações promovidas pela Lei nº 10.444/02, fala em *antecipação assecuratória* e *antecipação punitiva* (*Antecipação da tutela*, p. 74). Não adotamos a expressão *antecipação punitiva* porque entendemos que ela passa uma impressão errônea de seu verdadeiro conteúdo. O próprio ZAVASCKI afirma que adota a nomenclatura “embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem protelações indevidas)” (*op. cit.*).

dicionários nos ensinam que verossimilhança é a qualidade ou caráter de verossímil, adjetivo que significa semelhante à verdade, que parece verdadeiro, provável.

A doutrina procura soluções que dêem ao enunciado legal um sentido lógico aceitável. Nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque ‘prova inequívoca’ é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de verossimilhança (...) aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança que a verossimilhança.”²⁵

Contestando o entendimento anterior, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA tenta “salvar” o texto legal, explicando que o raciocínio da doutrina majoritária parte da premissa de que prova inequívoca é a prova com força persuasiva absoluta (a prova incontestável) ou relativa (que produz juízo de probabilidade), mas que, na verdade, há outra acepção para a expressão, que corresponderia simplesmente a entender que inequívoca é a prova cujo conteúdo autoriza apenas um entendimento. Sugere, então, o seguinte:

“Se nos colocarmos no ponto de vista acima indicado, cessa toda e qualquer dificuldade para compatibilizar, na interpretação do art. 273, a qualidade de “inequívoca”, exigível na prova, e o patamar de simples “verossimilhança” – ou de “probabilidade”, se se preferir – que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela. Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.”²⁶

Não podemos concordar, entretanto, com tal conclusão. É que, ainda que “prova inequívoca” possa ter o significado que BARBOSA MOREIRA nela percebeu, esse significado estaria contido na idéia de verossimilhança, o que não nos levaria a conclusão diferente daquela idéia de probabilidade. E isso porque não se pode

²⁵ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 143.

²⁶ MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*, p. 105.

conceber uma prova equívoca (nos termos em que concebe tal expressão o processualista citado, isto é, que “tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação”) que seja, ao mesmo tempo, persuasiva.

Da mesma forma, falar-se em fundamento relevante da demanda também não é maneira feliz de colocar as coisas. O fundamento do pedido do autor pode ser relevante sem, contudo, convencer, situação em que não estará autorizada a concessão da tutela antecipatória

Na verdade, o que cumpre investigar é se o requisito anterior, comum às duas formas de tutela antecipatória previstas nos incisos do art. 273, *caput*, se diferencia em alguma medida do clássico *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar, bem como de outras fórmulas legais autorizadas de medidas antecipatórias – “quando for relevante o fundamento” (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51); “relevante fundamentação do recurso” (art. 588 do CPC).

Em prol de uma distinção de grau posicionam-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem a verossimilhança remete a uma prova mais robusta que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar²⁷, e TEORI ALBINO ZAVASCKI, que argumenta que, para a concessão da tutela antecipatória, “o *fumus boni iuris* deverá estar (...) especialmente qualificado”²⁸.

Com a devida vênia dos ilustres processualistas, preferimos nos posicionar junto à EDUARDO TALAMINI²⁹, para dizer que a verossimilhança da alegação ou o fundamento relevante da demanda em nada se distingue do *fumus boni iuris* do processo cautelar ou do mandado de segurança. Ou, de outra forma, tanto uns quanto outro possuem graus de exigência que variarão de acordo com os efeitos nocivos que o provimento, antecipatório ou cautelar, poderá provocar no caso de o exame definitivo da causa chegar a conclusão que contraria a tutela provisória.

²⁷ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 143.

²⁸ ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação da Tutela*, p. 76. Explica o autor, na sequência:

“Em outras palavras, diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe *versossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.” [itálico original]

²⁹ TALAMINI, EDUARDO. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, pp. 351-354.

De modo que, falar-se em *forte* probabilidade para diferenciar a tutela antecipatória da tutela cautelar é construção artificial. Então, perguntamos, a probabilidade poderá ser “fraca” para fins de concessão de tutela cautelar? Tudo dependerá, repetimos, dos efeitos que vier a provocar na esfera jurídica do réu...

Da antecipação assecuratória

Quanto aos requisitos alternativos (os dos incisos do *caput* do art. 273), temos que o primeiro corresponde ao *periculum in mora*, que a doutrina identifica com o requisito do artigo 798 do CPC.

Será imperiosa a antecipação da tutela, portanto, naquelas situações em que a manutenção do bem disputado na esfera jurídica do réu puder causar ao autor que tem razão um dano tal que a sentença definitiva, desacompanhada daquela providência prévia, será incapaz de dar-lhe tudo aquilo a que tem direito.

O *periculum in mora*, como se vê, envolve o risco de ineficácia prática do provimento final, risco esse que, se concretizado, equivaleria a verdadeira negativa de prestação da tutela jurisdicional.

Outrossim, o risco a que nos referimos deve ser concreto e atual, não correspondendo, por exemplo, ao mero dano marginal causado pelo tempo do processo³⁰.

Da antecipação por comportamento abusivo

O abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu podem ensejar a concessão de tutela antecipatória, **independentemente da existência de perigo de dano irreparável**, com o quê se busca proteger o autor do dano marginal do processo, nesse caso potencializado pelo comportamento da parte adversa. Com base nisso, há quem conteste a natureza cautelar *lato sensu* da tutela antecipatória³¹.

³⁰ O dano marginal, atente-se, é tratado pelo legislador no âmbito das outras espécies de tutela antecipatória, a da antecipação por comportamento abusivo e a da antecipação do pedido incontroverso.

³¹ MACHADO, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA. *Tutela antecipada*, pp. 365-367. O equívoco em que incorre o autor está em desconsiderar o dano marginal. A função cautelar *lato sensu* da antecipação por comportamento abusivo não se volta para o dano irreparável ou de difícil reparação, é verdade, mas nem por isso ela deixa de estar presente – seu objeto é o dano marginal reforçado pelo comportamento do réu.

A doutrina dominante entende que o manifesto propósito protelatório do réu deverá ser aferido no curso do processo, após a regular triangularização da relação processual, motivo pelo qual tal conduta se confunde com o abuso do direito de defesa, sendo, na verdade, uma de suas formas de expressão. Assim sendo, não seria cabível pleitear-se a tutela antecipatória com fundamento, por exemplo, na alegação de que, antes da instauração do processo, o réu-devedor vinha opondo obstáculos sucessivos ao cumprimento de sua obrigação.

Não concordo com tal orientação. É claro que quando se fala em “abuso de direito de defesa” pressupõe-se o exercício da defesa, daí se concluindo que a aferição deste requisito só é possível com base em atos praticados no âmbito do processo (no seu curso e nos seus autos). O manifesto propósito protelatório do réu, diferentemente, é expressão muito mais ampla, que pode muito bem abranger – e deve fazê-lo em homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição – atos prévios ao processo, demonstrativos de tentativas de retardar o cumprimento do dever jurídico correspondente ao direito buscado pelo autor.

Este requisito alternativo é, sem dúvida, um dos aspectos de maiores controvérsias doutrinárias da tutela antecipatória. Ao contrário do requisito do *periculum in mora*, autores de nomeada têm, aqui, posicionamentos absolutamente divergentes. E, sem dúvida, aquele que identifica o maior número de situações abrigadas pelo art. 273, II, do CPC, é LUIZ GUILHERME MARINONI.

Para o citado jurista, podem ser objeto de antecipação de tutela fundada no abuso do direito as seguintes situações³²:

- Casos em que concorrem a evidência do direito do autor e a fragilidade da resistência do réu;
- Casos em que o réu, sem contestar os fatos constitutivos narrados pelo autor, apresenta exceção substancial indireta infundada;
- Casos em que o autor apresenta prova dos fatos constitutivos do pretense direito e o réu contesta por meio de defesa provavelmente infundada que exija instrução probatória (é o que MARINONI chama de tutela antecipatória através da técnica monitoria);

³² MARINONI, LUIZ GUILHERME. *A antecipação da tutela*, pp. 143 et seq..

- Casos de não-contestação parcial ou de reconhecimento parcial do pedido;
- Casos em que é possível o julgamento antecipado de um ou mais de um dos pedidos cumulados;
- Casos de julgamento antecipado de parcela do pedido;
- Casos de abuso do direito de recorrer;
- Casos que tratam de matéria já sumulada pelos tribunais.

Em extremo oposto, posiciona-se TEORI ALBINO ZAVASCKI, para quem, “evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de concessão de tutela antecipada por abuso do direito de defesa”³³.

O entendimento de MARINONI, outrossim, ao lado do qual me posiciono, decorre de uma concepção sistêmica do instituto da tutela antecipatória, que, como ele deixa claro nas primeiras páginas de sua multicitada obra, *A antecipação da tutela*, é “uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”³⁴, que poderá inclusive, em algumas das situações anteriores, fundar-se em cognição exauriente e produzir coisa julgada material³⁵. Nessa perspectiva, **a tutela antecipatória, como meio de harmonizar os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, tem por escopo também a concretização do princípio da igualdade material**³⁶.

O certo é que algumas das propostas de MARINONI foram recepcionadas pela Lei nº 10.444/02, deslocadas, porém, para uma terceira hipótese de

³³ ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação da tutela*, p. 77.

³⁴ *A antecipação da tutela*, p. 17.

³⁵ *A antecipação da tutela*, p. 154.

³⁶ As lições de MARINONI realmente me parece as mais acertadas diante dos requisitos legais da tutela antecipatória, principalmente após a novidade legislativa relativa à antecipação do pedido incontroverso. É que o ilustre jurista percebe como ninguém, estudando o Código antes da edição da Lei nº 10.444/02, que, no caso de abuso de direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu, o que a concessão da tutela antecipatória tem em vista é a aplicação do princípio da igualdade material para a minimização do dano marginal. Vários autores, ao contrário, concentram seus estudos na tutela antecipatória baseada em dano irreparável ou de difícil reparação, dedicando poucas linhas ao abuso do direito de defesa, hipótese que associam a mera técnica punitiva, olvidando o fato de que, para tal fim, o Código já possui diversos outros institutos – os quais, registre-se, foram ampliados pela Lei nº 10.358/01, que incluiu o inciso V e parágrafo único ao artigo 14 do CPC. Como conseqüência, não conseguem identificar claramente quais seriam os casos abrangidos pelo art. 273, II, do CPC, além de comprometerem toda a justificação da tutela antecipatória como instituto genérico, baseada em argumentos que não se aplicam a todas as suas hipóteses de cabimento.

antecipação de tutela. Isto evidencia que o instituto deverá ser mais uma vez repensado pela doutrina.

Da antecipação do pedido incontroverso

O novo §6º do art. 273 do CPC diz que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

A lei fala em incontrovérsia quanto a um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles. Mas, na verdade, o que poderá estar incontroverso no processo são os fatos e a interpretação do direito na qual se apóia o autor para pleitear em juízo. E esta incontrovérsia decorre ou da ausência de contestação, total ou parcial, ou do reconhecimento expresso do pedido por parte do réu. A qual destas situações refere-se a lei?³⁷

Acredito – com base na diretriz que adotei, de conferir ao texto legal o significado que empreste ao processo a máxima efetividade – que tanto a ausência de contestação, total ou parcial, como o reconhecimento do pedido estão contemplados no §6º do artigo 273. Assim sendo, tratando-se, em regra, de direito

³⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao examinar o novo dispositivo, não faz referência expressa ao reconhecimento do pedido pelo réu, explicando que “a incontrovérsia, tomada pelo novo parágrafo como fundamento para antecipar a tutela, consiste na ausência de confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor” (*A reforma da reforma*, p. 95).

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER excluem o reconhecimento do pedido da abrangência do art. 273, §6º, do CPC:

“Foi acrescentado o §6º, em que se deixou claro o que antes, em nosso entender, já se podia fazer. Sendo o pedido cindível, pode o juiz, se considerar ser o caso, não sendo uma das partes do pedido objeto de controvérsia entre autor e réu, antecipar desde logo os efeitos da tutela com relação a esta.

Pensamos que, se isto pode ocorrer quando o pedido é cindível (por exemplo, quando se pede de volta certa quantia emprestada e não devolvida, e a discussão que se instala, entre autor e réu, diz respeito exclusivamente a uma parte do quantum devido, estando de acordo, autor e réu, quanto à existência da dívida e quanto a um determinado valor), maior razão haverá para admitir que possa haver antecipação de tutela quando houver mais de um pedido e, quanto a um deles, não estiverem em desacordo autor e réu – **sem que haja, evidentemente, manifestação de vontade das partes (transação) ou de uma das partes (reconhecimento jurídico do pedido – réu; ou renúncia à pretensão – autor).**” (*Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. pp. 56-57) [negritei]

Diversamente pensa JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR:

“Esses casos de reconhecimento parcial do pedido ou de não contestação, que representam as circunstâncias hábeis à consecução do delineamento da parcela incontroversa da lide e, conseqüentemente, da pretensão não mais resistida, independem do requisito emergencial insculpido no brocardo *periculum in mora*. Basta para a obtenção da tutela antecipada que se verifique qualquer das circunstâncias apontadas, porquanto recepcionadas no §6º do art. 273 do CPC.” (*Comentários à novíssima reforma do CPC*, p. 94)

disponível, e estando presente, no primeiro caso (ausência de contestação), no mínimo a plausibilidade do direito invocado, é de ser antecipada a tutela.

Veja-se, então, que, apesar de o CPC ser omissivo a respeito, pelo menos no caso de ausência de contestação, não se dispensa, na hipótese de que ora se trata, o exame da verossimilhança da alegação. Este somente não será exigível no caso de reconhecimento total ou parcial de pedido relativo a direito disponível. É que a ausência de contestação, total (que equivale à revelia) ou parcial (ausência de impugnação específica), apenas induz, quanto aos fatos alegados pelo autor e não contestados, a presunção de veracidade, enquanto que o reconhecimento jurídico do pedido, total ou parcial, “não tem por objeto um ou mais fatos, mas o próprio pedido do autor”³⁸.

A não contestação, na verdade, traduz uma situação de **especial qualificação da plausibilidade da alegação do autor**, chamando-se a atenção para o fato de que, em tal hipótese, não se podem reputar verdadeiros os fatos naquelas mesmas hipóteses em que o art. 320 do CPC diz que a revelia não produz seu efeito material, bem como nos casos do art. 302 do mesmo Código.

Parece evidente também que, apesar da letra da lei, o dispositivo sob exame se aplica aos casos em que haja **um único pedido** que venha a ser parcialmente reconhecido ou não contestado (ou seja, casos em que não haja cumulação de pedidos).

Este tipo de antecipação de tutela traz vários questionamentos. Como vimos acima, antes da “reforma da reforma”, MARINONI já propugnava que a antecipação poderia ser concedida em casos que tais com fundamento em abuso de direito de defesa. E alertava para o fato de que, nesses casos, a tutela antecipatória estaria baseada em cognição exauriente, a decisão que a veicula sendo apta a fazer coisa julgada material (como já registrei na Nota 35, acima). Vejamos o que diz o doutrinador:

“A tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é uma tutela anterior à sentença, mas não é uma tutela fundada em probabilidade ou verossimilhança. A tutela antecipatória, nas hipóteses ora estudadas, não é fundada em cognição sumária, compreendida como a cognição que se contrapõe à cognição exauriente. Portanto,

³⁸ Conforme JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em *O novo processo civil brasileiro*, p. 56.

a tutela antecipatória, nesses casos, não apresenta risco ao direito de defesa ou ao princípio do contraditório.”³⁹

E, adiante, quando trata da “tutela antecipatória através do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados”:

“A tutela antecipatória, neste caso estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente, produzindo coisa julgada material.”⁴⁰

Sobre tal posicionamento, comentou ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ainda antes da última alteração legislativa:

“O alvitre, conquanto realmente muito valioso “*lege ferenda*”, até mesmo porque a ausência de controvérsia equivale, ontologicamente, a um “reconhecimento parcial do pedido”, (servindo a AT como “meio processual” para alcançar o bem da vida, embora provisoriamente – Nelson Nery Jr., in Aspectos Polêmicos..., pp. 388-389), parece-nos de difícil aceitação em face do direito legislado.

A hipótese configuraria caso de *parcial julgamento antecipado da lide*, regido pelo art. 330 do CPC. Teríamos, então, um provimento judicial versando sobre apenas *uma* parte do mérito, mas sem a potencialidade de por termo ao processo: *decisão interlocutória* e, portanto, impugnável mediante *agravo*.

Conclusão: parte do mérito seria sujeito ao crivo da segunda instância mediante recurso de *agravo*, sob prazo de 10 dias e privado de efeito suspensivo, com julgamento sem revisor e sem sustentação oral; e o restante do mérito seria ao final objeto da sentença, com apreciação pelo colegiado de segundo grau através de *apelação* com prazo de 15 dias e sob as garantias de um contraditório mais acentuado.

Além disso, é de sublinhar que nem sempre a questão relativa à “amplitude” da contestação se ostenta com suficiente nitidez, e podem surgir controvérsias sobre se (ou qual) determinada parcela do pedido realmente não mereceu contradita, ou se talvez teria sido impugnada implicitamente.

Diante de tais percalços, a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas, será admitir a AT das parcelas ou do(s) pedido(s) não contestados, em

³⁹ A *antecipação da tutela*, p. 152.

Acompanhando MARINONI, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR sustenta:

“Se a antecipação da tutela tomou como fundamento o reconhecimento parcial do pedido, ou, no caso de cumulação de ações, o reconhecimento integral de uma das demandas, a decisão judicial concessiva dos efeitos fáticos, nada obstante interlocutória (de mérito), não será provisional, mas satisfativa definitiva, sendo impossível, por conseguinte, o juiz modificar o conteúdo decisório, quando da prolação da sentença de mérito. Nesse caso, estamos diante, na realidade, não de tutela antecipada, mas de verdadeiro julgamento antecipado e fracionado da lide, com execução imediata da decisão em sua parte incontroversa, decorrente do reconhecimento do pedido (parcial) ou integral de uma das ações cumuladas.” (*Comentários à novíssima reforma do CPC*, p. 94).

⁴⁰ A *antecipação da tutela*, p. 154.

decisão que será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.”⁴¹ [italico original]

Minha opinião, nesse ponto, está a meio caminho dos dois posicionamentos anteriores. Entendo, com efeito, que a tutela antecipatória prevista no §6º do art. 273 **pode ou não** ser concedida com base em cognição exauriente. A tutela antecipatória será concedida com base em **cognição sumária** no caso de, configurada a ausência total ou parcial de contestação e, conseqüentemente, a admissão dos fatos afirmados pelo autor como verdadeiros (ou de parcela deles), o

⁴¹ CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 54.

No mesmo sentido, antes da edição da Lei nº 10.444/02, após defender a possibilidade de antecipação da tutela no caso de contestação parcial, com base no art. 273, II, do CPC, conclui PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON:

“Deixando de ser interposto recurso de agravo pela parte sucumbente, resta saber se a execução da tutela antecipada poderá ser considerada definitiva, já que aparentemente não haveria mais cognição a ser feita em tomo da aplicabilidade ou não da presunção de veracidade dos fatos incontroversos. Por óbvio, entendendo-se que, em tais casos, a tutela antecipada já não pode ser reexaminada pelo juiz de primeiro grau, é necessário reconhecer verdadeira preclusão pro iudicato em favor do demandante, por força de decisão interlocutória não recorrida proferida no curso do processo de conhecimento. (...)”

No entanto, tal orientação, embora muito boa como solução em termos de dinâmica processual, depende de lei específica, já que a decisão que concede a tutela antecipada não tem o atributo da definitividade, devendo ser confirmada, modificada ou revogada até o julgamento de mérito. (...)” (*Eficácia das decisões e execução provisória*, pp. 249-250)

Mais adiante, ao tratar do tema tutela antecipada e julgamento (antecipado) parcial do mérito, ratifica suas conclusões:

“Dessa forma, se parte do pedido (ou alguns deles, no caso de eventual cumulação) estiver em condições de ser desde logo julgado diante das provas constantes dos autos e havendo o pedido de tutela antecipada por parte do demandante, não há como negar que houve de fato um julgamento parcial do pedido passível de ulteriormente tomar-se definitivo por força de um simples ato confirmador constante da sentença. Esse ato ulterior teria o condão apenas de transformar o provimento antecipado em verdadeira sentença de mérito. Todavia, fica aqui o grave inconveniente de possibilitar à parte sucumbente novo recurso, contra decisões com o mesmíssimo teor.” (*op. cit.*, p. 255)

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. Analisando o novo §6º do artigo 273 do CPC, concluem que ele se aplica quando o pedido é cindível e quando houver pedidos cumulativos, não se instaurando controvérsica sobre parte daquele ou um destes, **sem que, entretanto, haja transação ou reconhecimento do pedido** (ver Nota 37). Nestes últimos casos:

“(...) deverá haver homologação da manifestação da parte ou das partes, mas exclusivamente, no momento em que o juiz tiver condições de decidir o outro pedido.

O nosso sistema não admite, em casos assim, que haja duas sentenças. Explicamos: de fato, a circunstância de o processo estar maduro com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação, em primeiro lugar.” (*Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 57)

A não aceitação de tutela antecipatória com força de sentença parcial parece ser mesmo a opinião predominante na doutrina. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO também segue esta linha:

“(...) ficando incontroverso apenas um ou alguns dos fatos constitutivos descritos na *causa petendi* e restando outros a provar, o sistema processual repele o parcial julgamento do mérito ainda quando os fatos incontroversos (ou mesmo comprovados por documentos) sejam suficientes para fundamental esse julgamento parcial. É para essa situação que o novo dispositivo autoriza a parcial antecipação da tutela jurisdicional – forte na premissa de que sendo incontroverso o fato, configura-se uma superlativa probabilidade de sua ocorrência, muito mais vigorosa que a exigida pelo art. 273, *caput*.” (A reforma da reforma, pp. 95-96)

juiz, após examiná-los, concluir pela verossimilhança do direito invocado. Se, entretanto, não restarem mais dúvidas na mente do magistrado sobre quem tem a razão, ele estará pronto para proferir uma **sentença parcial** – deverá, então, proceder ao **juízo antecipado e fracionado da lide**⁴², devendo, concomitantemente, antecipar a tutela, a qual, nesse caso, se fundará em **cognição exauriente**.

O mesmo raciocínio vale para o caso de haver expresse reconhecimento parcial ou total de um ou mais dos pedidos pelo réu. Apenas que, nessa hipótese, o magistrado não examinará o direito, mas limitar-se-á a averiguar se ele é daqueles disponíveis, caso em que proferirá, desde logo, o **juízo antecipado e fracionado da lide**, acompanhado da tutela antecipatória⁴³.

Da irreversibilidade

Além dos requisitos positivos vistos até aqui, pode-se acrescentar um requisito negativo, consubstanciado no texto do art. 273, §2º, segundo o qual “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

⁴² Expressão emprestada de JOEL DIAS FIQUEIRA JÚNIOR (ver Nota 39)

⁴³ É preciso lembrar que a discussão sobre a possibilidade de juízo fracionado da lide não é nova, tendo sido apenas, por força do atual §6º do art. 273, reavivada. É que a doutrina já debateu sobre essa matéria por ocasião da entrada em vigor do atual CPC, em razão da então nova disciplina relativa à fase de saneamento do processo, que substituiu o “despacho saneador” do Código de 1939. Com efeito, tratando do tema e após apresentar as diversas posições doutrinárias a respeito, EDUARDO TALAMINI responde positivamente à pergunta ‘é possível “extinção parcial” do processo, com ou sem juízo do mérito?’ (*Saneamento do processo*, p. 94), justificando-se da seguinte forma:

“(…) o objetivo da fase saneadora é precisamente diminuir a matéria objeto da cognição do juiz, na continuidade do processo, estritamente àquilo que ainda não se está em condições de decidir (…)” (*op. cit.*, p. 95)

Mas adverte o autor citado:

“A eficácia da decisão parcial de mérito no curso do processo ficará condicionada à da sentença final: até lá é possível o exame de questões de ordem pública pertinentes inclusive a essa parte do objeto do processo.

(…) Haverá apenas preclusão – e, ainda assim, limitada (v. adiante): não mais será possível reexame do tema (salvo em recurso), a não ser que tenha sido desconsiderada questão conhecida de ofício. Depois, com a sentença, desde que não abalada a anterior decisão parcial do mérito, advirá a coisa julgada: nesse caso, o comando da sentença automaticamente incorpora o anterior decisum parcial sobre o mérito.” (*op. cit.*, pp. 95-96)

Mais adiante explica que a decisão que julga parcialmente o mérito é impugnável por meio de agravo, mas que:

“(…) a falta de eficácia suspensiva do recurso de agravo tampouco significa a possibilidade de imediata execução da decisão. Como se expôs, sua eficácia fica condicionada à da sentença final. Agora, o que não se descarta é que nesse momento se conceda antecipação de tutela, se presentes os requisitos (lembre-se que um deles – o da grande plausibilidade do direito – já estará mais do que satisfeito): daí sim e dentro dos limites desse instituto vai-se poder falar em eficácia imediata.” (*op. cit.*, p. 96)

Arriscamo-nos a dizer, então, que, para EDUARDO TALAMINI e aqueles que seguem a orientação expressa nas considerações anteriores, a previsão do §6º do art. 273 não traz novidades ao nosso ordenamento processual.

Trata-se de outro aspecto sensível da tutela antecipatória. O que se discute, aqui, é a questão da inafastabilidade relativa deste requisito negativo, ou, em outras palavras, a possibilidade de ser concedida a tutela antecipatória ainda quando presente o risco (ou a certeza) de irreversibilidade. A doutrina aponta no sentido de temperar a letra da lei com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, o que somente será possível por meio de uma ponderação de valores ou de uma “avaliação comparativa de riscos”, como sugere JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴⁴.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO sistematizou bem o assunto, concluindo que o requisito é inaplicável nos casos de “**recíproca irreversibilidade**”:

“Com certa frequência, o pressuposto da irreversibilidade ficará “superado” ante a constatação da “*recíproca irreversibilidade*”. Concedida a AT, e efetivada, cria-se situação irreversível *em favor do autor*, denegada, a situação será irreversível *em prol do demandado*.

Assim, v.g., duas associações automobilísticas pretendem cada qual disputar a sua competição em um mesmo autódromo e na mesma data; contra a associação desfavorecida pela decisão, quer a autora como a ré, surgirá situação irreversível no plano dos fatos (ressalvadas eventuais compensações por perdas e danos). Teori Zavascki lembra o caso de mercadoria perecível retida na alfândega para exame sanitário, estando os fiscais em greve: se não liberada, irá a mercadoria tornar-se imprestável; se liberada independentemente de exame sanitário, será comercializada sem esta precaução – ambas as situações irreversíveis (art. In *A Reforma do CPC*, Ed. Saraiva, 1996, p. 163).

Cabe ao juiz, escreveu Alexandre de Freitas Câmara, “proteger o interesse preponderante, aplicando o *princípio da proporcionalidade*, ainda que isto implique conceder a antecipação de tutela em situações em que esta produza efeitos irreversíveis” (*Lineamentos do Novo Processo Civil*, 2ª ed., Ed. Del Rey, p. 75). O princípio da proporcionalidade, no magistério de Karl Larenz, definirá os limites em que é lícito satisfazer um interesse, mesmo à custa de outro interesse igualmente merecedor de tutela.”⁴⁵ [itálico original]

Nesta perspectiva, a conclusão não poderia mesmo ser outra. No caso de perigo de irreversibilidade, a solução não está pronta na lei (no sentido da negativa da concessão da tutela antecipatória). O art. 273, §2º, do CPC, deve ser entendido

⁴⁴ *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*, p. 106. O ilustre jurista exemplifica a hipótese com as situações (1) em que um menor deva ser submetido a uma transfusão de sangue, pena de morte, opondo-se um dos pais ao ato por motivos de fundo religiosos, e (2) em que se pretende a apreensão de um jornal que contém matéria injuriosa, a fim de impedir sua circulação. Nestes casos, como explica, também o mal causado pelo indeferimento da tutela antecipatória terá caráter irreversível – o menor poderá morrer e o jornal circular, o que inviabilizará posterior recolhimento dos exemplares vendidos, o qual, outrossim, não apagaria a má impressão causada aos leitores sobre a pessoa injuriada.

NELSON NERY JUNIOR não tem outra opinião: “essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida” (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 684).

⁴⁵ CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 66.

sempre como um princípio geral que rege a matéria, a ser mitigado diante do caso concreto, se necessário.

Em ponto de vista diverso, merecem destaque, mais uma vez, as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI que, após diferenciar **a irreversibilidade do provimento da irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento** e criticar a confusão que reina na doutrina a respeito, explica que:

“O que o artigo 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias. (...).

Quanto o artigo 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento*.

(...) Não há dúvida que é impossível admitir, de forma generalizada, a antecipação da declaração e da constituição, *já que é inconcebível a tutela antecipatória nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.*”⁴⁶ [itálico original]

De modo que, segundo o ilustre jurista, não se pode retirar do art. 273, §2º, do CPC a vedação à tutela antecipatória no caso de haver risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento – o dispositivo legal diz respeito a coisa diversa⁴⁷. Quanto àquela, conclui, com a maior parte da doutrina, não poder prevalecer, devendo o juiz aplicar ao caso concreto o princípio da proporcionalidade.

IV) Eficácia do provimento

Uma questão importante, de grande relevância prática, refere-se à eficácia do provimento antecipatório da tutela. Teria ele a mesma eficácia do provimento final fundado em cognição exauriente, isto é, da sentença? E mais: a tutela antecipatória é compatível com todas as cinco espécies de ação de conhecimento, classificada esta segundo a sua eficácia – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*?

⁴⁶ A *antecipação da tutela*, pp. 173-174.

⁴⁷ A orientação é contestada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que diz que “a exegese não parece sustentável” porque “o provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no §4º [do art. 273, do CPC], que autoriza o juiz a revogar a medida, a qualquer tempo” (*Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*, p. 105).

Começamos pela análise da segunda pergunta. De início, lembramos que nunca houve dúvida sobre a possibilidade de **antecipação de tutela mandamental e executiva *lato sensu***. Estão aí, para comprová-lo, as liminares em mandado de segurança (eficácia mandamental, em regra) e em ações possessórias (eficácia executiva *lato sensu*).

A doutrina debate, entretanto, sobre o cabimento de **antecipação da tutela em sede de ação declaratória e de ação constitutiva**, predominando o entendimento de haver entre o instituto e tais tipos de ação um certo grau de incompatibilidade. Quanto à ação declaratória, argumentam que uma decisão provisória não pode antecipar a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica porque a esta declaração são ínsitas a certeza e definitividade, que só podem fundar-se em cognição exauriente. Da mesma forma, uma decisão provisória não poderia constituir ou desconstituir uma situação jurídica. Mais ainda, argumentam que tais tipos de provimento nunca se sujeitariam a risco de lesão irreparável, porque a declaração de certeza e a constituição de situação jurídica sempre seriam possíveis.

Ocorre que antecipar a tutela não corresponde exatamente à antecipação do provimento final. Objeto da antecipação são os **efeitos práticos** deste provimento, identificáveis tanto na tutela declaratória quanto na constitutiva – o fato de estas serem chamadas de tutelas meramente ideais, porque não atuam sobre a vontade do réu, não significa que elas não produzam efeitos, sob pena de revelarem-se sem nenhuma utilidade para o autor.

A sentença constitutiva, que constitui ou desconstitui uma relação jurídica, terá por efeito prático impedir que se negue ao autor, com fundamento, respectivamente, na inexistência ou existência dessa relação jurídica, qualquer pretensão. É comum, por exemplo, a fixação de aluguel provisório nas ações de revisão de aluguel decorrente de contrato de locação.

O mesmo vale para a ação declaratória. Assim é que, se o que se busca é a declaração de nulidade de uma cláusula contratual, pode-se antecipar a tutela para que contrato seja cumprido sem a incidência daquela cláusula – se esta disser respeito à atualização monetária de prestações mensais, por exemplo, tais prestações deverão ser pagas sem a referida atualização. Outro exemplo, no campo

da tutela declaratória, é o da possibilidade de antecipação de tutela para fins de reconhecimento provisório da autenticidade de um documento contestado na fase de habilitação de uma licitação aberta pelo Poder Público⁴⁸.

E, em qualquer caso, não seria preciso, a rigor, que o autor pedisse expressamente o reconhecimento daqueles efeitos específicos. É que, como bem notou LUIZ GUILHERME MARINONI “não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou declaração fundada em cognição sumária”⁴⁹. **O que ocorre é que, para justificar a utilidade da antecipação, o autor terá que fazer referência, na sua narrativa dos fatos, àqueles efeitos desejados.**

Pode-se dizer que, hoje, existe uma aceitação geral pela doutrina da antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. HUMBERTO TEODORO JÚNIOR resume bem a questão:

“Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada.”⁵⁰

Nem se diga que, nesses casos, os efeitos antecipados teriam natureza puramente cautelar. Isto não é correto porque a medida cautelar, lembremo-nos,

⁴⁸ Exemplo lembrado por SÉRGIO SAHIONE FADEL (*Antecipação da tutela no processo civil*, Rio de Janeiro: Dialética, 1998, p. 43, *apud* THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 31).

⁴⁹ *A antecipação da tutela*, p. 44.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 28.

NELSON NERY JÚNIOR, na linha da admissibilidade da antecipação dos efeitos da tutela declaratória, dá como exemplo aquela concedida em ação declaratória de inexistência de relação jurídica para fins de sustação de protesto de cambial já paga (*Procedimentos e tutela antecipatória*, p. 395).

CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA também ilustra hipótese de antecipação em ação constitutiva com o caso de “constituição sentencial de servidão de passagem, que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano” (*Alcance e natureza da tutela antecipatória*, p. 113).

TEORI ALBINO ZAVASCKI traz, como exemplo de satisfação antecipada da eficácia negativa da tutela declaratória, a medida cautelar, concedida em ação direta de inconstitucionalidade, para sustar a aplicação da norma impugnada (*A antecipação da tutela*, pp. 85-86).

apenas visa resguardar a utilidade do processo, a evitar o perecimento daqueles resultados que decorrerão da sentença favorável, não conferindo ao autor o que ele só poderia obter após a prolação da sentença de mérito favorável.

Quanto à **tutela condenatória**, não há nenhum óbice à antecipação do principal efeito da sentença condenatória, isto é, a sua força para promover a execução forçada, para autorizar a instauração do processo de execução⁵¹. **Execução provisória**, nesse caso, porque fundada em decisão não definitiva (título executivo provisório). Ocorre que tal solução não atende aos fins da antecipação porque, como bem observa LUIZ GUILHERME MARINONI, “não faz parte do espírito da execução de título a necessidade de atuação célere do comando judicial”⁵².

A decisão antecipatória, mesmo que tenha por objeto algum tipo de “condenação”, deve ter eficácia preponderantemente mandamental ou executiva *lato sensu*, conforme o caso. Tem que ser efetivada (e não “executada”) por meio de ordens dirigidas ao réu, ou diretamente pela determinação de medidas subrogatórias **no próprio processo de conhecimento**. A desobediência por parte do réu ou a oposição de óbices ao cumprimento da decisão caracterizará infração do dever previsto no art. 14, V, do CPC, com as alterações da Lei nº 10.358/01⁵³, bem como, no caso de provimento mandamental, o crime do art. 330 do Código Penal⁵⁴.

Assim sendo, no caso da tutela que antecipa os efeitos de sentença condenatória, não há que se falar em instauração de novo processo – e isso vale, inclusive, para a tutela antecipatória que determina o pagamento de quantia certa.

⁵¹ TEORI ALBINO ZAVASCKI, apontando os desacertos da doutrina tradicional sobre os efeitos da tutela condenatória, explica:

“É equívoco, portanto, afirmar que a sentença condenatória, ou outra sentença qualquer, é *constitutiva* da sanção ou do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Não é esta, conseqüentemente, a justificação para a força executiva dessa espécie de sentença. Sua executividade decorre, isto sim, da circunstância de se tratar de sentença que traz identificação completa de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, conforme se viu, a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há “identificação completa” da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva.” (*Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*, p. 5)

⁵² *A antecipação da tutela*, p. 186.

⁵³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁵⁴ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

No próprio processo de conhecimento serão observadas as regras do processo de execução que se mostrarem úteis e adequadas, como a possibilidade de exigência de medidas de contracautela, não sendo cabíveis embargos do executado, qualquer defesa do réu devendo ser apresentada por simples petição. Este o sentido que grande parte da doutrina, com alguma variação, já emprestava ao art. 273, § 3º, do CPC⁵⁵, e que, segundo penso, veio a ser confirmado pela redação dada pela Lei nº 10.444/02.

A resposta à primeira pergunta que fizemos ao iniciar o capítulo é, então, por tudo o que foi visto, negativa – a tutela antecipatória não tem necessariamente a mesma eficácia preponderante do provimento final fundado em cognição exauriente⁵⁶.

⁵⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI explica que “o provimento antecipatório tem executividade intrínseca; ele não possui natureza condenatória e, assim, não exige a propositura de uma ação de execução” (*A antecipação da tutela*, p. 188). E, adiante:

“No caso de tutela antecipatória de soma em dinheiro fundada em cognição sumária aplicam-se as normas do processo de execução como “parâmetro operativo”, porém prescindindo-se da necessidade de citação. Ordena-se o pagamento.” (*op. cit.*, p. 190)

TEORI ALBINO ZAVASCKI, diversamente, propõe uma distinção para a “medida antecipatória de efeitos condenatórios”. Segundo a solução por ele sugerida, a tutela antecipatória concedida com fundamento no art. 273, I, do CPC, se efetivaria por meio de ordens e mandados emitidos no próprio processo de conhecimento, enquanto que a efetivação da tutela antecipatória do art. 273, II, dependeria de ação autônoma de execução provisória, nos moldes do art. 588, do CPC, também aplicável quando a efetivação da tutela concedida com base no art. 273, I, fosse frustrada pela desobediência do destinatário das ordens judiciais. No primeiro caso, eventuais embargos não teriam efeito suspensivo (*A antecipação da tutela*, pp. 92-96).

Penso que a razão, entretanto, está com aqueles que, como o autor primeiramente citado, não diferenciam a forma de efetivação da antecipação pelos fundamentos desta. LUIZ FUX – que classifica as espécies de tutela antecipatória em “tutela de segurança”, que corresponde à tutela sumária de direitos, e “tutela da evidência”, esta presente em casos em que o direito da parte se apresenta evidente, em que há mais do que o *fumus boni iuris* (*Tutela de segurança e tutela da evidência...*, pp. 56 e 305) – explica:

“O §3º do art. 273 do Código de Processo Civil determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assimilando-o o vocábulo execução por efetivação, implementação do provimento no mesmo processo. Ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituisse uma antecipação no curso do processo de conhecimento visando à agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução.

A lei não distinguiu a tutela antecipada da evidência da tutela antecipada nos casos de periclitación. Em ambas a execução deve ser provisória e reversível. Entretanto, de nada adiantaria a previsão de tutela antecipada se o cumprimento da medida fosse postergado, tomando letra morta o instrumento de agilização jurisdicional.” (*Tutela de segurança e tutela da evidência...*, pp. 358-359)

⁵⁶ É por isso – pela diferentes eficácias da decisão que antecipa e da sentença de mérito – que a prolação da sentença de procedência, ao contrário do que ocorre com a sentença de improcedência ou daquela que extingue o processo sem julgamento do mérito, nem sempre induz a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipatória, ao contrário do que consignam várias decisões judiciais. É acertada, assim, a ementa do acórdão proferido no REsp 112.111/PR (Relator Ministro ADHEMAR MACIEL, processo nº 96.68763-3; DJ 31-E, 14/2/2000, p. 23):

“PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. SUBSEQÜENTE SENTENÇA DE MÉRITO. SUBSISTÊNCIA DO AGRAVO QUE ATACA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. A sentença de mérito superveniente não prejudica o

Capítulo 2. Cabimento e efetivação da tutela antecipatória contra o Poder Público

I) Algumas questões preliminares

Poder Público ou Fazenda Pública?

Por Poder Público deve-se entender os entes de direito público interno (União, Estados, Município e Distrito Federal e suas fundações e autarquias) e seus agentes.

Prefero esta expressão à Fazenda Pública, na qual, em geral, a doutrina não insere expressamente os agentes públicos. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, ao comentar a redação do inciso I do artigo 475 do CPC dada pela Lei nº 10.352/01, “esta é uma expressão que abrange todas as pessoas jurídicas de direito público, sem abranger as de direito privado, ainda que paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas)”⁵⁷.

No passado o mesmo autor citado já esclarecera, outrossim, que este é o significado técnico-processual da expressão, a qual, pode referir-se também, em outros ramos do direito, à administração financeira do Estado⁵⁸. Por conta deste último significado, a expressão Fazenda Pública remete à idéia de direitos patrimoniais⁵⁹, aos quais não se resume o meu estudo, sendo este mais um motivo para a repelir.

Poder Público X Poder Público

Cumpra esclarecer também que tratarei aqui de relações jurídicas processuais que envolvem o particular diante do Poder Público Federal, Estadual, Municipal ou Distrital, não sendo objeto de nossas reflexões os casos em que o

agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada; a aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito – antecipa, sim, a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. Recurso especial conhecido e provido.”

⁵⁷ *A reforma da reforma*, p. 129.

⁵⁸ *Fundamentos do direito processual civil moderno*, pp. 136-140.

⁵⁹ ODETE MEDAUAR explica que quando a Administração atua na qualidade de parte em ações judiciais recebe a denominação de Fazenda Pública “sob o enfoque dos ônus patrimoniais da ação” (*Direito administrativo moderno*, p. 420). HELY LOPES MEIRELLES, da mesma forma, diz que a Fazenda Pública é a Administração Pública atuando em juízo “porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 619).

embate processual se dá entre as entidades pertencentes aos diversos níveis da Federação Brasileira, sem ligar-se diretamente aos particulares.

Não se nega que muitas das conclusões a que chego também se aplicam aos conflitos surgidos entre os entes federativos (e as pessoas jurídicas que os integram). De outro lado, tais conflitos dão ensejo a outras reflexões, de que não me ocupo, sendo certo também que alguns raciocínios aqui desenvolvidos não são diretamente aplicáveis àqueles. Daí o alerta.

Algumas considerações históricas

A concessão de provimentos antecipatórios ou cautelares contra o Poder Público sempre encontrou resistências, o que nada mais é do que reflexo da pouca efetividade que em geral têm os comandos jurisdicionais proferidos contra o Poder Público quando encontram resistências por parte deste. E não só no Brasil. É que é bastante disseminada a idéia de que, em face do princípio da independência dos Poderes, não é possível a prática de atos subrogatórios ou coercitivos em face da administração pública⁶⁰, a qual somente cumpriria decisões judiciais por vontade própria, tudo em prol da harmonia e cooperação entre os Poderes do Estado.

Tal concepção não é, contudo, aceitável, no âmbito de um Estado de Direito, em que nem mesmo os poderes constituídos podem-se eximir de cumprir as normas que compõem o ordenamento jurídico. Aquela idéia ultrapassada, com efeito, apesar de apoiar-se na célebre teoria de MONTESQUIEU, que consagrou o princípio da divisão ou separação de poderes, tem origem mais remota, qual seja o postulado absolutista segundo o qual “*the King can do no wrong*”, noção que certamente não é compatível com a estrutura de Estado consagrada em nossa Constituição – o Estado Democrático Social de Direito, em que impera a submissão de todos à lei, elaborada mediante participação popular e tendo em vista a garantia dos direitos individuais e a consecução do bem estar social.

Por outro lado, é exatamente em razão do modelo de Estado constitucionalmente eleito que a questão da efetividade das decisões judiciais

⁶⁰ A expressão “administração pública” deve ser entendida, aqui, em seu sentido *lato*, para compreender todos os órgãos e agentes do Estado ligados a atividades administrativas.

proferidas contra o Poder Público ganha relevância. A razão disso é que um Estado que se afasta do individualismo e neutralismo para, por meio de ampla atuação na comunidade, buscar a realização de objetivos de justiça social, está mais propenso a transgredir as normas jurídicas, ferindo com isso toda sorte de direitos. E não há aqui nenhum paradoxo, mas apenas a constatação de que aquele que participa de um número maior de relações sociais está mais próximo de cometer ilícitos e/ou provocar danos do que outro que se insira menos intensamente na intersubjetividade social.

Mas não é só. Ao ocupar o pólo de variadas relações jurídicas, o Estado se coloca em posição de supremacia, impondo-se ao particular sem que este possa oferecer qualquer oposição, o que potencializa ainda mais as situações de dano. É o que lembra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando trata da matéria atinente à responsabilidade do Estado:

“As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe de uso normal da força, seja porque seu contato omnímoto e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para o resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.”⁶¹

Ora, se é assim, aceitar um Direito Processual que não busque a efetividade das decisões proferidas contra o Poder Público – e efetividade, já vimos, diz com adequação e tempestividade – é deixar sem proteção uma ampla gama de direitos, inclusive direitos de estatura constitucional, o que não se pode admitir.

⁶¹ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, pp. 125-126.

II) Cabimento da tutela antecipatória contra o Poder Público

Pode-se dizer que houve uma tendência doutrinária inicial a repudiar a antecipação de tutela contra o Poder Público⁶². Tal orientação se apoiava em proibições legais à concessão de liminares já existentes à época da edição da Lei nº 8.952/94 – nomeadamente as da Lei nº 8.437/92, da qual trataremos com mais detalhes no Capítulo 3 – e no argumento segundo o qual o novo tipo de tutela seria incompatível com um sistema processual que prevê a obrigatoriedade de reexame necessário em segundo grau de jurisdição de todas as causas em que o Poder Público é sucumbente, com suspensão da eficácia da decisão encaminhada ao tribunal, nos termos do artigo 475 do CPC, e a submissão das condenações contra o Poder Público ao regime dos precatórios requisitórios de pagamento.

Não demorou muito, entretanto, para que a essa tendência inicial se revertesse.

A rigor, as considerações que fiz a respeito dos fundamentos da tutela antecipatória (Capítulo 1) já são suficientes para chegar-se à conclusão de que ela pode ser concedida contra o Poder Público⁶³, bastando para isso que se façam presentes os seus requisitos legais. Não foi por outro motivo que me demorei no estudo dos daqueles fundamentos.

Em outras palavras, as razões de ser do instituto da tutela antecipatória justificam e impõem o seu manejo pelo magistrado seja o requerido um particular ou o Poder Público. Em qualquer dessas situações poderá surgir a necessidade de concretização do equilíbrio abstrato entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, tendo-se como meta a otimização do resultado do processo. Indispensável, então, estar disponível o instrumento técnico-jurídico

⁶² Contra a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público: SALVADOR, ANTÔNIO RAPHAEL SILVA, *Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 56-57, *apud* BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 88, nota de rodapé 70.

Da mesma forma: SANDIN, EMERSON ODILON, *Tutela antecipada contra a administração pública e dispensa de precatório*, Mas o autor mudou seu posicionamento (*Da antecipação de tutela frente às demandas previdenciárias...*).

⁶³ A questão foi colocada de forma simples e objetiva por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, referindo-se aos provimentos cautelares meramente conservativos ou antecipatórios:

“Não há razão para que a efetividade da tutela constitua garantia constitucional de direitos frente aos particulares e não em face do Estado. A proteção é única, motivo pelo qual não se justificam restrições infraconstitucionais à concessão de tutela cautelar contra a Administração.” (*Tutela cautelar e tutela antecipada...*, p. 87)

adequado para tanto, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Vale deixar bem claro que tais considerações aplicam-se a todos os tipos de tutela antecipatória de que tratamos no Capítulo 1, ou seja, às tutelas assecuratória, do comportamento abusivo e do pedido incontroverso.

Com efeito, como se justificaria que o autor, em favor do qual pende a plausibilidade do direito invocado, tivesse que arcar com os danos decorrentes do tempo do processo, danos estes eventualmente irreversíveis, podendo vir a, ao fim do feito, nada obter de útil da declaração de procedência de sua pretensão, pelo simples fato de, na outra ponta da relação processual, encontrar-se o Poder Público? Aceitar-se tal estado de coisas seria, indubitavelmente, negar a tutela jurisdicional. Seria dizer que, em face do Poder Público, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional cederia espaço a um valor maior. Mas que valor seria esse? Certamente, não me convence – antes repugna – querer fundamentar tal tipo exegese com a distorção do princípio da supremacia do interesse público⁶⁴...

Tampouco se pode aceitar que as antecipações por comportamento abusivo e do pedido incontroverso não sejam cabíveis em face do Poder Público. Repete-se, aqui, a pergunta que se fez logo acima: o que justificaria fazer com que o autor suportasse o dano marginal do processo em casos que tais?

Os ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI são, também nesta seara, perfeitos por sua concisão e precisão:

“Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.

Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda Pública pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo. (...)”⁶⁵

Vale destacar que a questão da tutela antecipatória por abuso do direito de defesa praticado pelos órgãos de representação judicial do Poder Público encontra

⁶⁴ Voltaremos ao tema adiante.

⁶⁵ *A antecipação da tutela*, p. 218.

campo de aplicação naquelas hipóteses em que estes órgãos estão dispensados de interpor recurso contra as decisões desfavoráveis em primeira instância, seja em virtude de lei ou de ato administrativo, o que, normalmente, decorre do reconhecimento administrativo da consolidação da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais Superiores⁶⁶.

Quanto à tutela antecipatória do pedido incontroverso, é de se lembrar que, em caso de não contestação do Poder Público, estaremos diante de um daqueles casos em que não ocorrerá a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, dada a **indisponibilidade dos direitos envolvidos**, incidindo a norma do art. 320, II, CPC. A ausência de contestação servirá, aqui, como um **indício** neste sentido, que será mais ou menos forte conforme se apresentarem as provas oferecidas pelo autor, mas não se verificará aquela **especial qualificação da plausibilidade da alegação** da inicial, não sendo possível, portanto, meramente com base no art. 273, §6º, CPC, a concessão da tutela antecipatória.

No caso de reconhecimento jurídico do pedido, total ou parcial, entretanto, a situação é diferente. Se no caso de direito disponível, o magistrado se limitava, como vimos no Capítulo 1, ao exame desta disponibilidade, tratando-se de direito indisponível, o reconhecimento do pedido funciona como um **indicativo da plausibilidade da alegação do autor**. Nesse caso, poderá ser concedida a tutela antecipatória, apenas que **o reconhecimento do pedido não poderá ser aceito se for contra legem**.

⁶⁶ Como lembra CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em juízo*, p. 171, nota 151.

Confira-se a legislação sobre o assunto no âmbito federal:

Lei nº 10.522/02.

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

I - matérias de que trata o art. 18; [várias hipóteses em que houve a declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias pelo Supremo Tribunal Federal em recursos extraordinários]

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

(...)

Lei nº 9.469/97

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

As considerações anteriores são, entretanto, meramente tópicas, decorrendo das normas gerais do processo civil pátrio, sem afastar a possibilidade genérica de antecipação da tutela contra o Poder Público. Aliás, a análise que se faz da questão não apresentaria mesmo grandes novidades, não fosse pelo fato de parte da doutrina e da jurisprudência levantar alguns óbices (mencionados acima), que, quando não levam à errônea conclusão de impossibilidade de concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, acabam por torná-la inútil, inviabilizando-a. Tratarei de cada um deles.

Proibições legais

A análise das proibições legais à tutela antecipatória contra o Poder Público será objeto de um capítulo específico neste trabalho. Cumpre, porém, desde logo, afastarem-se algumas argumentações que, procurando restringir o conteúdo das leis que veiculam as citadas proibições, acabam por não reconhecê-las aplicáveis a uma série de situações e daí retirar o ensinamento de que a tutela antecipatória contra o Poder Público é admissível em nosso sistema processual.

Em primeiro lugar, dizem (ou diziam porque a Lei nº 9.494/97 veio a resolver esta controvérsia) que a Lei nº 8.437/92, cujo artigo 1º veda “medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva”, não se aplicaria à tutela antecipatória. Ocorre que a edição da Lei nº 8.437/92 é anterior à da Lei nº 8.952/94 e, naquela época, não se falava em tutela antecipatória, servindo-se os operadores do direito do uso anômalo do processo cautelar para a obtenção de decisões judiciais provisórias satisfativas. Desta forma, a ausência de referência expressa da lei citada à tutela antecipatória não poderia ser entendida como um motivo para que as vedações ali consignadas não alcançassem a dita antecipação. Nesse sentido, observe-se que a decisão que “importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional”, a que se refere o artigo 3º, tem clara natureza antecipatória, o que nos autoriza a ir além e concluir que, a rigor, **apesar de falar apenas em “ações de natureza cautelar ou preventiva”, a preocupação da Lei nº 8.437/92 voltava-se às medidas antecipatórias e não as puramente cautelares.** De qualquer forma, a

dúvida que se tivesse a respeito foi superada pela edição da Lei nº 9.494/97, que mandou aplicar a Lei nº 8.437/92 aos casos de tutela antecipatória.

Além disso, o fato de a Lei nº 8.437/92 só fazer menção a “medida liminar” não autoriza a conclusão, baseada em uma interpretação restritiva do texto legal, de que a concessão da tutela antecipatória, nas hipóteses ali indicadas, só estaria proibida antes da ouvida da parte contrária⁶⁷. A “medida liminar” a que se refere a lei não corresponde ao conceito de decisão *initio litis*, proferida *inaudita altera pars*, dizendo respeito, antes, a **qualquer decisão provisória, de natureza puramente cautelar ou antecipatória**.

Não fosse assim não subsistiria, por exemplo, a vedação do provimento judicial provisório que, **após** a ouvida da pessoa jurídica de direito público ré, determina pagamento de vencimentos de servidores públicos, decisão que foge aos limites do conceito meramente topográfico de “medida liminar. Mas não é isso que se conclui da leitura de outros dispositivos da lei citada, conforme podemos observar do seu próprio artigo 3º, que confere efeito suspensivo aos recursos interpostos contra a sentença do processo cautelar que tenha tal conteúdo, bem como à respectiva remessa oficial – ou seja, o *telos* da lei é, em verdade, desautorizar qualquer “execução” anterior ao trânsito em julgado, decorra ela de decisão interlocutória, sentença ou acórdão. De modo que o exemplo referido está, sim,

⁶⁷ Registre-se opinião em contrário de EDUARDO TALAMINI, que analisando o alcance da Medida Provisória nº 1.570/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, consigna:

“As vedações acima mencionadas, contudo, dizem respeito exclusivamente a “medida liminar”. Daí que tais proibições, rigorosamente, não abrangem as hipóteses de antecipação em outros momentos do processo, diversos daquele inicial em que o demandado ainda não teve a oportunidade de defesa.

Nem se diga que tais preceitos, na sua aplicação extensiva ao âmbito da tutela antecipada, haveriam de receber interpretação ampliativa, de modo a proibir toda e qualquer antecipação de tutela (mesmo que não “liminar”) naquelas hipóteses.

Primeiro, esse argumento não procede porque aqueles dispositivos veiculam normas *restritivas* ao poder jurisdicional de tutela de urgência; regras que *excepcionam* a garantia geral que os jurisdicionados têm de obter tal proteção (CF, art. 5º, XXXV). Não podem, então, receber interpretação ampliativa.

Depois, a falta de fundamento para essa exegese extensiva fica evidente quando se comparam os preceitos em questão com outros, contidos nos mesmos textos legais, que a Medida Provisória nº 1.570 também estabeleceu que se aplicam à antecipação de tutela. Vejam-se os dispositivos mencionados nas letras *f* [art. 1º, §1º, Lei nº 8.437/92] e *h* [art. 1º, §4º, Lei nº 8.437/92, *cf* a redação da Medida Provisória nº 1.570/97, hoje não mais vigente], acima: nesses, sim, houve expressamente a indicação de que os mandamentos neles contidos abrangem também medidas concedidas não liminarmente. No art. 1º, §1º, da Lei nº 8.437/92 (letra *f*, acima), mencionou-se veto a “medida cautelar inominada ou sua liminar” – o que, transposto para o âmbito da antecipação de tutela, abrange, daí sim, sua concessão a qualquer tempo. (...)”(*Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela*, p. 180)

contemplado pelo artigo 1º da Lei nº 8.437/92, hoje combinado com o artigo 1º da Lei 9.494/97.

O artigo 2º da Lei nº 8.437/92 também evidencia a verdadeira intenção das normas por ela veiculadas. Fala a própria lei, ali, claramente, em concessão de liminar *após* a ouvida do réu. Ora, não sendo tal provimento verdadeira liminar, naquele sentido a que aludimos, a interpretação restritiva acabaria por levar à desconstrução do dispositivo citado por incompatibilidade lógica interna.

Ademais, em verdade, a idéia de **liminar** não se esgota nas decisões proferidas antes do exercício da defesa no processo. **A decisão *inaudita altera pars* é mais liminar do que a proferida após a contestação, mas não retira desta tal caráter.** Como explica JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, liminar é a medida “tomada à frente do *iter procedimental*, isto é, antes da sentença definitiva”⁶⁸ [itálico original].

O raciocínio que autoriza a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público é outro. Vejamos.

A ausência de vedação genérica

Os artigos 273 e 461 do CPC não trazem, eles mesmos, nenhuma regra da qual se possa extrair a vedação da tutela antecipatória contra o Poder Público.

Esse fato em si, evidentemente, não diz muita coisa – porque as normas jurídicas só podem ser entendidas em um contexto sistêmico –, mas, quando cotejado com a existência de leis especiais que proíbem a antecipação de tutela em face do Poder Público **a respeito de determinadas matérias**, leva à conclusão inafastável de que, pelo menos como regra geral, a tutela antecipatória não encontra barreiras quando é réu o Poder Público.

Em outras palavras, qualquer lei restritiva da concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público é testemunha da regra geral segundo a qual é possível esta antecipação.

Por outro lado, o artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, na redação dada pela Lei Complementar nº 104/01, inclui como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao lado da “concessão de medida liminar em mandado de segurança” (inciso IV do mesmo artigo), a “concessão de medida

⁶⁸ *Liminares nas ações possessórias*, p. 169.

liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”⁶⁹. De modo que, pelo menos no que atina à seara tributária, existe lei reconhecendo expressamente a possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, o que revela, inclusive, não ser esta incompatível com o instituto do duplo grau de jurisdição obrigatório de que trataremos adiante.

O princípio da isonomia

Negar a possibilidade de antecipação da tutela em processos em que é réu o Poder Público corresponderia a partir-se da idéia de que em tais processos não se verificam jamais os pressupostos da antecipação. Desta forma, jamais estaria presente, por exemplo, ainda que plausível o direito invocado, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a parte autora.

Sabemos, entretanto, por uma simples regra de experiência, que isto é falso, e, nesta perspectiva, constituiria ofensa ao princípio da isonomia tratar os que litigam contra o Poder Público diferentemente daqueles que o fazem perante os particulares. O fundamento da antecipação de tutela, nos dois casos, é o mesmo, isto é, proteger a parte contra o dano marginal do processo ou o risco de dano atual, irreparável ou de difícil reparação.

A remessa oficial

A previsão da remessa oficial também não obsta a antecipação de tutela contra o Poder Público, apesar de constituir, sem dúvida, um relevante argumento manejado por aqueles que entendem não ser a tutela antecipatória cabível contra o Poder Público.

A remessa oficial, prevista no artigo 475 do CPC, corresponde ao chamado duplo grau obrigatório, segundo o qual toda a sentença proferida contra os entes ali nominados não gerará efeitos antes de confirmada pelo tribunal⁷⁰. Com base nisso,

⁶⁹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

⁷⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO chama a atenção para a impropriedade do texto da lei. Comentando o artigo 475 do CPC, conclui o ilustre processualista:

há os que argumentam que se nem a sentença definitiva, fundada em cognição exauriente, tem eficácia imediata quando proferida contra o Poder Público, também não poderia gerar efeitos uma simples decisão interlocutória proferida a partir de cognição sumária e sujeita à revogação a qualquer tempo. Outros, sem excluir a possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, sustentam, entretanto, que a decisão antecipatória só ganharia eficácia depois de confirmada pelo tribunal⁷¹.

Ocorre que tal conclusão só poderia prevalecer se, por uma questão de coerência, estendêssemos vedação dessa natureza a qualquer decisão antecipatória em processos cuja sentença seja impugnada por recurso com efeito suspensivo. Esse tipo de interpretação, contudo, pretendendo limitar o cabimento da tutela antecipatória a matérias em relação às quais se admite a eficácia imediata da sentença recorrível, olvida o fato de que a tutela antecipatória se fundamenta em premissas diversas, que não se relacionam aos efeitos próprios dos recursos no processo civil⁷². Assim é que, ainda que uma sentença de procedência seja impugnada por recurso recebido no efeito suspensivo, a tutela antecipatória antes concedida ao autor não deixa de gerar efeitos **porque subsiste, por exemplo, a**

“Na realidade, as sentenças indicadas nos incisos desse artigo não produzem *jamaiz* eficácia alguma, porque é cediça em direito processual a regra de que o julgamento feito pelo tribunal substitui sempre aquele que foi objeto do recurso, quer negue, quer dê provimento a este. O *confirmar* a sentença não é outorgar-lhe eficácia ou talvez definitividade, mas emitir novo julgamento conforme. É o Poder Judiciário decidindo novamente a causa, agora pela voz de um órgão mais elevado (...).” (*A reforma da reforma*, p. 131) [italico original]

⁷¹ Assim, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, referindo-se à hipótese em que a antecipação da tutela é concedida em causa onde se impõe o reexame necessário, assentou que, nesses casos, “... a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau” (*Da Antecipação da Tutela*, p. 207).

⁷² É por esta razão que entendo que não há contradição em um sistema processual que autoriza a tutela antecipatória e prevê o efeito suspensivo da apelação. Cada um se refere a situações fáticas distintas, sendo que, eventualmente, a primeira prejudicará a segunda (ver Nota 73) – isso, que já decorria da lógica do sistema, veio a ser confirmado pelo novo inciso VII do art. 520 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/01. Em sentido oposto, antes da alteração legislativa: LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem, “um sistema que trabalha com a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença de mérito e que não admite a execução imediata da sentença, ao menos nos casos em que a tutela antecipatória é admitida, é, no mínimo contraditório” (*Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 179), e JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, segundo o qual, “a redação mantida pelo art. 520 do CPC (...) significa verdadeira excrescência em nosso sistema instrumental, tendo em vista a inversão valorativa permitida no tocante à efetivação no plano fatural dos efeitos pragmáticos da decisão, que admite a satisfatividade fundada em *verossimilhança* concedida em decisão interlocutória de mérito interinal, mas rejeita illogicamente os mesmos efeitos quando da prolação de decisão terminativa de fundo, ancorada em *certeza jurídica*” (*Liminares nas ações possessórias*, Nota 259, pp. 238-239) [italico original].

situação de urgência que a legitimou. Nesse caso, se a antecipação de tutela tiver sido total, o efeito suspensivo é que acabará sendo prejudicado⁷³.

É exatamente por conta da diferença entre os pressupostos do efeito suspensivo e da tutela antecipatória que se generalizou a prática de concessão desta no bojo da própria sentença, como forma de afastar o efeito suspensivo da apelação⁷⁴.

A recente alteração promovida pela Lei nº 10.352/01, ao incluir o inciso VII ao artigo 520 do CPC, confirmou as conclusões anteriores. Segundo o citado dispositivo a apelação será recebida no efeito meramente devolutivo quando interposta da sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Por outro lado, a revisão de ofício não é instituto que perca a sua função se desacompanhado de efeito suspensivo. Basta lembrar o caso da sentença de procedência do mandado de segurança que, sujeita ao duplo grau de jurisdição, pode ser “executada provisoriamente”, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, com a redação da Lei nº 6.014/73.

É que o objetivo da revisão de ofício não é propriamente sustar os efeitos da decisão a ser revista, mas sim evitar que as decisões desfavoráveis ao Poder Público transitem em julgado antes de um exame do órgão colegiado⁷⁵. Tal aspecto,

⁷³ Mas esta afirmação não é perfeita porque, na verdade, o efeito suspensivo se volta contra a eficácia própria da sentença de mérito, a qual não se confunde com a eficácia do provimento antecipatório. Por este motivo, não concordo com a orientação de TEORI ALBINO ZAVASCKI, segundo a qual, se os pressupostos da antecipação se configurarem apenas quando o processo estiver pronto para receber sentença, e não for caso de reexame necessário, nem apelação com efeito suspensivo, “sentencia-se e executa-se provisoriamente a própria sentença, sendo desnecessário, conseqüentemente, provimento antecipatório específico” (*Antecipação da tutela*, p. 81). Nossa discordância está em que, a antecipação, ainda na hipótese aventada, pode não ser dispensável. É que ela será dotada de uma eficácia mandamental que, em geral, não se encontra na sentença “pura”.

⁷⁴ TEORI ALBINO ZAVASCKI, completando o raciocínio exposto na Nota 73, conclui que “se for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela (...) será deferida na própria sentença”. Da mesma forma pensam, entre outros, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (*Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 245) e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 301). Diverge, porém, LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem “a antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o de agravo de instrumento” (*A antecipação da tutela*, p. 141).

⁷⁵ Vale lembrar que tal função é mal vista por parte doutrina. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por exemplo, associa a remessa oficial ao “Estado autoritário em que foi gerada”, concluindo que ela “peca pelo confronto com a garantia constitucional da isonomia, ao erigir o Estado em uma *superparte* (...)” (*A reforma da reforma*, p. 128). Com a vênua do ilustre processualista, estou com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Temas de direito processual*, pp. 44-45) e MAURICIO SANTOS GUSMÃO JÚNIOR (*Aspectos relevantes da Fazenda Pública em juízo*, pp. 23-25), entendendo que, ao lado de tantas outras, a remessa oficial é mais uma prerrogativa do Poder Público que se justifica, não só pelo fato de este representar o

já o frisara ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, analisando o raciocínio da corrente que opõe à tutela antecipatória contra o Poder Público a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição:

“Todavia, poder-se-á superar tal argumento pela consideração de que a exigência do duplo grau refere-se apenas às sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado (art. 467); destarte, constitui valiosa garantia para o erário que *esta peculiar eficácia somente seja adquirida após a apreciação da causa não só no juízo monocrático como também no juízo colegiado*. Já a AT, esta é concedida através da *decisão interlocutória*, de caráter provisório, modificável ou revogável pelo próprio juiz que a proferiu, e cuja eficácia pode igualmente ser suspensa pelo presidente do tribunal, em concorrendo as circunstâncias referidas no art. 4º da Lei nº 8.437, de 30.6.1992 (cuja incidência às AT foi tornada explícita pelo art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.7.1997).”⁷⁶ [itálico original]

O precatório requisitório de pagamento

Existe ainda um último obstáculo levantado pelos opositores da possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, este de dignidade constitucional. Trata-se da regra segundo a qual o pagamento devido pelo Poder Público em razão de dívida reconhecida em juízo depende de prévia requisição do Poder Judiciário ao Poder Executivo para que este adote as providências orçamentárias cabíveis (previsão da despesa no orçamento do exercício seguinte) para, somente depois, liberar os respectivos recursos financeiros.

Dizem alguns que o fato de a Constituição da República, no artigo 100, que trata do assunto, referir-se apenas a “sentença judiciária” (*caput*) não permite sejam feitos pagamentos com base em decisão interlocutória. Entre aqueles que admitem a antecipação, há os que entendem que a decisão antecipatória equivaleria a um título executivo provisório, que teria o condão de antecipar a formação do precatório, sem, entretanto, dispensá-lo. Nesta perspectiva, a efetivação da tutela antecipatória equivaleria a uma execução⁷⁷ provisória de sentença ou, quando menos, à reserva

interesse da coletividade, o qual é indisponível, mas por estar calcada em peculiaridades dos entes públicos que dificultam a sua defesa em juízo.

⁷⁶ CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 78.

⁷⁷ Não entraremos aqui na discussão sobre a possibilidade de se mover verdadeira execução contra o Poder Público. Digno de nota, porém, é que muitos autores a negam, argumentando na linha de SEABRA FAGUNDES:

“Como regra se impõe a resposta negativa, isto é, que não tem lugar execução forçada contra a administração pública. Esta norma assenta na inalienabilidade dos bens públicos, inalienabilidade “que lhe é peculiar”,

de um lugar na ordem sucessiva de pagamentos (execução incompleta). Porém, após a publicação da Emenda Constitucional nº 30/00, que alterou o §1º do artigo 100, o qual passa a falar em “débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado”, não seria possível sequer “execução” provisória contra o Poder Público.

A importância do tema nos leva a examiná-lo em capítulo próprio.

III) Natureza do pedido e sistema de precatórios

O alcance do objetivo maior que deve guiar o processualista, qual seja o de conferir a máxima efetividade à tutela jurisdicional, e especificamente à tutela antecipatória, encontra, sem dúvida, dificuldades a mais, quando está envolvido o Poder Público. Tais dificuldades, entretanto, devem servir de campo propício à frutificação da criatividade dos operadores do direito na busca de soluções viáveis para os problemas que se apresentam, não podendo representar óbices intransponíveis.

Como já vimos, aceitar uma impossibilidade peremptória de antecipação de tutela contra o Poder Público significa negar direitos consagrados no ordenamento jurídico, despojados que ficam da tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Outrossim, em muitas situações, resumir-se a adiantar no tempo a formação do precatório é solução que não responde satisfatoriamente às necessidades do jurisdicionado. Assim sendo, as considerações referidas no fim do subcapítulo anterior não podem prevalecer – ou pelo menos, não podem ser aceitas generalizadamente –, impondo-se um exame mais crítico e cuidadoso do problema.

segundo o Código Civil, só admitindo as exceções prescritas pela lei. Da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade, e, como consequência, a impossibilidade de execução forçada exercida por tais bens.” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 164-165).

Da mesma forma, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Fala o Código de Processo Civil “da execução contra a Fazenda Pública” (arts. 730-731), mas não o faz sem incorrer em imprecisão. Na realidade, o que temos ali é uma execução indireta, caracterizada pelas medidas de pressão psicológica que tais dispositivos preveem, (...); reportando-nos a prestigiosa doutrina, poderíamos dizer que, contra a Fazenda, desencadeiam-se apenas meios de coação e não os meios de subrogação. Em outras palavras, não irá um Poder do Estado, legitimamente invadir a esfera de outro, praticando atos de autoridade destinados à atuação da vontade do direito independentemente ou contra a vontade deste; residindo nas atividades dessa ordem a verdadeira execução forçada, isso quer dizer que, já por mandamento constitucional, a lei não tolera execução forçada contra a Fazenda.” (*Fundamentos do processo civil moderno*, 1986, pp. 464-465)

Dos deveres de fazer, de não fazer e de entregar coisa certa

Em primeiro lugar, é lógico que a questão da exigência do precatório somente se coloca quando a ação judicial envolver pagamento de quantia em dinheiro. Neste sentido, não encontra nenhum óbice dessa natureza a tutela antecipatória referente a deveres de fazer, não fazer ou de entregar coisa.

Aliás, é bom lembrar que estas hipóteses, em geral, não esbarram nas vedações legais a que irei aludir no Capítulo 3. Conforme alerta EDUARDO TALAMINI:

“Talvez a única limitação pretensamente imposta pela Lei 9.494/97 que atingiria também as antecipações ex art. 461 seja a que veda no primeiro grau o provimento de urgência, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1º c/c Lei 8.437/92, art. 1º, §1º). A outra regra presente na lei e que também teria alcance geral é a que proíbe “medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação” (art. 1º c/c Lei 8.437/92, art. 1º, §3º). Tal dispositivo, contudo, não passa de mera reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...).

Outra das poucas hipóteses de antecipação de tutela ano campo de aplicação do art. 461 que supostamente sofreria restrição legal é a referente à liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro” (Lei 2.770/56, art. 1º). Em casos como esse – repita-se –, haverá a necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei.”⁷⁸

Nestes casos, para garantir a efetividade da decisão, o juiz poderá, inclusive, a teor dos artigos 461, §4º e 461-A, §3º, do CPC, impor multa diária à pessoa jurídica de direito público ré, no caso de dever de fazer ou de entregar coisa, ou multa fixa, no caso de dever de não fazer. Não há que se falar no não cabimento deste tipo de medida, vez que não há nenhum impedimento legal nesse sentido, não podendo tampouco amparar conclusão desse jaez o princípio da separação dos poderes, pois este não autoriza o descumprimento de decisões judiciais, antes impõe cooperação entre os poderes do Estado⁷⁹.

⁷⁸ *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, pp. 358-359.

⁷⁹ Sobre a possibilidade de fixação de multa contra pessoa jurídica de direito público, vale trazer à colação as considerações de EDUARDO TALAMINI (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 241):

“Não há o que obste a cominação da multa contra pessoas jurídicas de direito público. A separação dos poderes não serve de argumento em sentido contrário. Mesmo em ordenamentos em que se extraiu desse princípio uma limitação muito mais ampla da atuação do Judiciário frente ao Executivo, tem-se admitido o emprego da coerção patrimonial nessas hipóteses. Considere-se o exemplo da França (...). Tampouco os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público justificam subtrair os entes públicos de regime mais eficiente de concretização dos provimentos jurisdicionais.”

O STJ comunga de tal entendimento, dispensando até a necessidade de requerimento da parte beneficiada:

Do dever de pagar quantia certa

Quanto ao dever de pagar quantia certa, é preciso lembrar que, ainda que decorrente de decisão transitada em julgado, nem sempre é exigido o precatório. Com efeito, hoje, são três os procedimentos adotados nas “execuções” contra o Poder Público:

- a) o pagamento de dívidas de qualquer natureza deve observar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios requisitórios e faz-se à conta dos créditos orçamentários respectivos (artigo 100, *caput* e §1º, CR);
- b) o pagamento de dívidas de natureza alimentícia submete-se igualmente ao precatório, observando-se, entretanto, ordem própria, distinta da dos créditos de qualquer natureza (artigo 100, *caput* e §§1º e 1º-A, CR)⁸⁰;
- c) o pagamento de dívidas definidas em lei como de pequeno valor não se submete ao sistema do precatório (artigo 100, §3º, CR).

De modo que o mesmo procedimento deverá ser seguido no caso de dever de pagamento originado em decisão antecipatória da tutela, **exceto quando incompatível com os próprios fundamentos desta**, devendo o magistrado, quando possível, valer-se de **medidas de contracautela** antes de assegurar a liberação dos recursos financeiros.

“PROCESSUAL CIVIL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*) – FIXAÇÃO DE OFÍCIO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1 – As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (fazenda estadual), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes desta corte. 2 – Recurso não conhecido.” (STJ, REsp. 201378/SP, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 21.06.1999, p. 212)

“PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CORRETA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*) POR ATRASO. POSSIBILIDADE. 1. O INSS, intimado a proceder à correta implantação do benefício a que foi condenado, quedou-se inerte, não restando outra alternativa ao juízo monocrático, senão fixar multa diária, a fim de compeli-lo a fazer o que estava obrigado em virtude de sentença judicial. Neste sentido, bem andou o acórdão recorrido, ao consignar que, ‘in casu’, não está a Autarquia Previdenciária amparada pelo rito do art.730 e seguintes do Código de Processo Civil, restando correta a decisão monocrática que, nos termos do art. 644, fixou as *astreintes*, não sendo passível de acolhimento o argumento de que o recorrente tem foros de Fazenda Pública (...)” (REsp. 155174/SP, 6ª T., DJU 06.04.98, p. 176, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

⁸⁰ O STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 47/SP, decidiu que “a exceção estabelecida no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza”.

Nem se diga que, porque a Constituição fala em “sentença judiciária” (artigo 100, *caput*), “sentenças transitadas em julgado” (artigo 100, §1º) e “sentença judicial transitada em julgado” (artigo 100, §3º), estaria vedado qualquer pagamento com base em decisão judicial não definitiva. A perspectiva interpretativa deve ser outra, qual seja a que harmonize os dois institutos processuais – a tutela antecipatória e a exigência de precatório – e não a que inviabilize um deles.

A Constituição tratou do pagamento decorrente de decisões transitadas em julgado, é verdade. Sobre a efetivação de decisões antecipatórias de tutela em face do Poder Público, **ela é simplesmente omissa**, assim como é omissa o CPC, que no §3º do seu artigo 273, faz remissão apenas, no que toca a dispositivos atinentes à dever de pagar quantia em dinheiro, ao artigo 588, que **não esclarece a questão**. Cabe aos operadores do Direito extrair a solução do sistema como um todo.

A interpretação segundo a qual a Constituição não autorizaria o pagamento decorrente de decisões judiciais não definitivas não pode se basear nem mesmo de um raciocínio *a contrario sensu* das normas do artigo 100 da Carta Magna, raciocínio este que, por si só, já seria bastante raso. Tal conclusão, na verdade, estaria privilegiando uma visão formalista do processo em detrimento das interpretações sistemática e teleológica que devem reger a compreensão das normas jurídicas.

Na verdade, a idéia de que somente a decisão transitada em julgado poderia instrumentalizar uma execução contra o Poder Público é mais um reflexo daquele apego à idéia da *nulla executio sine titulo*, à qual nos referimos nas primeiras linhas deste trabalho, tendo sido demonstrado, por tudo o que foi dito, o quanto tal concepção está ultrapassada.

Mas só essa conclusão não nos é suficiente. É preciso ir além para dizer que, diante de algumas situações, há que se dispensar a formação do precatório, devendo-se valer o magistrado de meios coercitivos para “persuadir” o Poder Público a efetuar o pagamento reconhecido como devido na decisão antecipatória da tutela. É que, como vimos, é insíto à tutela antecipatória, em razão da finalidade a que está preordenada, ter eficácia preponderantemente mandamental e não condenatória.

Pensar-se que não é possível a sistematização de mecanismos coercitivos de efetivação da tutela antecipatória perante o Poder Público porque, em última análise, se não houver a colaboração deste para o pronto atendimento da ordem

judicial, o jurisdicionado terá que aguardar o precatório, já que impossível a utilização de meios subrogatórios contra o Estado, é cair num discurso que, a rigor, também serviria para desestimular o uso de meios coercitivos contra o particular. É que, no caso de dever de pagar quantia em dinheiro, sendo o obrigado, por exemplo, funcionário público cujo único rendimento tenha natureza salarial (rendimento impenhorável, portanto, a teor do artigo 649, IV, do CPC), se este se recusar a cumprir ordem proferida contra ele em sede de tutela antecipatória, não haverá outra solução que não a expropriação forçada de bens para fins de venda judicial. Esta expropriação forçada, apesar de dispensar novo processo, seguirá, em regra, as disposições do Código atinentes à execução para pagamento de quantia certa por devedor solvente, não sendo cabíveis embargos ao executado⁸¹, mas sendo admissíveis, sem dúvida, outras ações incidentais, como os embargos de terceiros. Tal tipo de procedimento, contudo, poderá não atender às necessidades urgentes do jurisdicionado – mas, aqui, essa eventualidade, ao contrário da observância cega ao sistema do precatório em ações envolvendo o Poder Público, decorrerá de limites naturais invencíveis, não podendo ser atribuída ao processo em si.

Por outro lado, a necessidade de submissão dos pagamentos do Poder Público ao sistema dos precatórios não pode ser tomada como um valor absoluto porque ele mesmo é, na verdade, um mero instrumento de controle do Estado. A meu ver, ao contrário do que muitos argumentam, não se trata de prerrogativa do Poder Público que pode ser oposta ao jurisdicionado, mas de verdadeiro dever instituído em prol da moralização das relações entre a administração e seus credores. E o princípio da moralidade não ficará comprometido se o pagamento dispensar o precatório em razão da necessidade de atendimento imediato de ordem judicial.

Não é por outro motivo que a solução dos precatórios não é universal, o que é mais uma demonstração da relatividade de seu valor intrínseco. RENATO LUÍS

⁸¹ Sobre o assunto, lembramos as palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI: “Não é possível que o réu queira se valer dos embargos do executado. O réu pode, através de simples petição, pedir a revogação ou a modificação da tutela. O que importa é que com a possibilidade imediata de modificação ou de revogação da tutela, está assegurado o princípio da igualdade no tratamento das partes.” (*A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)*, p. 89).

BENUCCI lembra, por exemplo, que “a doutrina e jurisprudência italiana vêm atualmente admitindo a possibilidade de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, inclusive com a penhora de bens não afetados a interesses públicos”, e que, da mesma forma, na Espanha, a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, de 13 de julho de 1998, “admite a penhora de bens públicos não afetados à prestação de serviços públicos”⁸².

Realmente, a necessidade de previsão orçamentária das despesas decorrentes de dever de pagamento fixado em decisões judiciais é uma forma de possibilitar o planejamento e a transparência das ações do Estado, bem como impedir que gerem qualquer efeito ordens de pagamento administrativas (isto é, sem base legal, que poderiam representar, inclusive, desvio de verbas públicas). O alcance de tais objetivos, entretanto, em regra, não se mostra inviável diante de uma hipotética dispensa do precatório – não fosse assim e nem seria cabível o atual esquema de pagamento de dívidas definidas em lei como de pequeno valor, previsto no artigo 100, §3º, da Constituição da República.

Quanto à estrita observância à ordem cronológica de apresentação do precatório, registra MILTON FLAKS que “é fórmula genuinamente brasileira, porquanto, salvo equívoco da pesquisa, não encontra símile em nenhum outro ordenamento constitucional”⁸³. Este autor, analisando as origens da regra citada, transcreve os seguintes apontamentos de CASTRO NUNES:

“É uma medida moralizadora, disse eu, referindo-me ao anteprojeto do Itamaraty, de onde passou à Constituição de 34, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que se desenvolvia no antigo Congresso para obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciárias. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado, entrando no exame das sentenças (...).”⁸⁴

Penso que, uma vez que não se mostrem prejudicadas as finalidades a que atende o sistema de precatórios, a sua dispensa para fins de atendimento de decisões judiciais, naquelas situações em que isso se mostre necessário para garantir a efetividade do processo, não se contrapõe a nenhum princípio ou regra

⁸² BENUCCI, RENATO LUIS. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, pp. 37-38.

⁸³ FLAKS, MILTON. *Precatório judiciário na Constituição de 1988*. In: *Revista de Processo* nº 58, p. 87.

⁸⁴ NUNES, CASTRO. *Da Fazenda Pública em juízo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 229, *apud* FLAKS, MILTON. *Precatório judiciário na Constituição de 1988*. In: *Revista de Processo* nº 58, pp. 87-88.

jurídica, sendo antes solução inafastável. Afinal, como recentemente afirmou o presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro NILSON NAVES. “toda decisão judicial deve ser respeitada e cumprida imediatamente”⁸⁵. Tanto assim que a Constituição prevê o mecanismo da representação interventiva, da União nos Estados e Distrito Federal (art. 34, VI, c/c art. 36, IV, ambos da CR) e dos Estados nos Municípios (art. 35, IV, CR), para prover a execução de ordem ou decisão judicial.

A dispensa do precatório, que defendo aqui – naquelas situações em que isso se mostre necessário para garantir a efetividade do processo, é bom repetir – não é aceita em geral pela doutrina, mesmo entre aqueles que admitem a antecipação de tutela relativa à débitos do Poder Público. LUIZ GUILHERME MARINONI, por exemplo, tratando da tutela antecipatória contra o Poder Público diz que “o precatório, porém, ao contrário do que sustentam alguns, jamais poderá ser dispensado”⁸⁶. E, em outra de suas obras, explica:

“Tratando-se de execução antecipada de soma, não é possível a dispensa de precatório, ainda que a sua expedição possa ocorrer desde logo, ou seja, em virtude da decisão que concedeu a tutela antecipatória. Como é óbvio, não pode o juiz determinar, como meio de execução da tutela antecipatória, o seqüestro do dinheiro público, como tem ocorrido em algumas decisões já proferidas no país.”⁸⁷

TEORI ALBINO ZAVASCKI diz que a decisão antecipatória “constitui título executivo, formado à base de cognição sumária, apto a desencadear execução contra a pessoa jurídica de direito público, mediante procedimento do art. 730 do Código de Processo Civil”, acrescentando ainda que “como se trata de execução provisória, o levantamento do valor do precatório supõe outorga de caução idônea, como prevê o inciso II do art. 599 do Código”⁸⁸.

⁸⁵ Na ocasião, em palestra na Academia Nacional de Polícia, em Brasília, o Ministro criticava o descumprimento de decisões judiciais pela administração pública relativo à demora no pagamento dos precatórios, tendo dito ainda que “nenhuma das demais nações que vivem sob o regime democrático adota o sistema do precatório” (notícia veiculada em 4/9/2002, sob o título “Decisão judicial deve ser respeitada e cumprida imediatamente”, diz Nilson Naves, em <http://www.stj.gov.br>).

⁸⁶ *A tutela antecipatória contra a Fazenda Pública*, p. 469.

⁸⁷ *A antecipação da tutela*, p. 220

⁸⁸ *Antecipação da tutela*, p. 161.

É preciso que se chame a atenção, contudo, para o fato de que a posição que adoto aqui não me leva a concordar com o sequestro de dinheiro público, que é impenhorável. Dizer que o precatório pode e deve ser dispensado em algumas situações equivale tão-somente a reconhecer que a decisão antecipatória de tutela referente a dever de pagar quantia em dinheiro tem natureza mandamental, ainda quando dirigida contra o Poder Público, o qual, tanto quanto o particular, tem o dever jurídico de cumpri-la imediatamente, **devendo buscar todos os meios idôneos para isso**.

É certo que poderá sobrevir o descumprimento de decisão de tal natureza. Mas isso não retira a validade de minhas conclusões. Com efeito, a própria decisão judicial transitada em julgado pode ser descumprida – e isso frequentemente acontece, como nos demonstraram recentemente as crises envolvendo os escândalos dos precatórios não pagos pelos Estados, que deflagraram pedidos de intervenção federal. Tais acontecimentos revelam verdadeira crise institucional, cujas soluções vão além do jurídico⁸⁹. O operador do direito, por sua vez, não tem a solução para todas as crises que afetam a sociedade, antes raciocina dentro de uma moldura de normalidade. E, dentro dessa normalidade, é certo que, como ressaltou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “a efetividade de uma democracia tem por esteio fundamental a observância, pelo próprio Estado, das decisões de seus juízes”⁹⁰.

Cabe ao Poder Público, portanto, ciente de que está frequentemente na posição de réu em ações judiciais envolvendo pagamento de quantia certa, tomar providências administrativas que lhe possibilitem cumprir as respectivas decisões judiciais. Para isso, RENATO LUÍS BENUCCI, com apoio em LUIZ RODRIGUES WAMBIER,

⁸⁹ Vale lembrar as palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que após afastar a possibilidade de serem impostas verdadeiras condenação e execução ao Poder Público, conclui sobre os limites do direito processual civil e do direito em geral:

“Talvez tais considerações se afigurem até desoladoras ao cultor do direito processual que seja extremamente cioso da dignidade da sua ciência e da necessidade de preponderarem os comandos do Poder Judiciário sobre a vontade e os interesses das partes, que se entende estarem sob a autoridade do juiz no processo; (...). Mas o direito é um todo harmônico e que pretende ser completo, nada havendo de mal em que a solução venha por outra forma, mesmo estranha ao processo, desde que satisfatória. Tais são as sanções penais, bem como políticas ou mesmo administrativas que, mediante provocação do próprio interessado ou do juiz, até poderão recair sobre a autoridade recalcitrante; o temor de sua aplicação pode constituir-se em poderoso fator psicológico determinante da submissão da autoridade ao comando jurisdicional.” (*Fundamentos do processo civil moderno*, 1986, pp. 467-468)

⁹⁰ *Execução de liminar em mandado de segurança – Desobediência – Meios de efetivação da liminar*, p. 312.

propõe “a integração das regras orçamentárias – inclusive as de matriz constitucional – com o instituto da tutela antecipada, através da criação de uma rubrica orçamentária específica, incluída no grupo de despesas variáveis, que permitiria o cumprimento de decisões de tutela antecipada”⁹¹.

Outra possibilidade diz com o manejo das previsões de receita do orçamento, o que – e isto é importantíssimo, merecendo um estudo aprofundado – já é feito para fins de devolução de depósitos judiciais e extrajudiciais referentes a tributos e contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme previsão do Decreto nº 2.850/98, que regulamentou a Lei nº 9.703/98⁹². De modo que, a rigor, o pagamento imediato de dívidas decorrentes de decisão judicial não é nenhuma novidade em nosso sistema – e não estamos nos referindo apenas ao pagamento de dívidas de pequeno valor, em relação às quais, mesmo antes da inserção do §3º ao artigo 100 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 20, já se havia tentado flexibilizar a rigidez do uso do precatório em alguns casos, como testemunha o art. 128 da Lei nº 8.213/91⁹³.

⁹¹ *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 83.

⁹² A Lei nº 9.703/98, que dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda, implantou novo regime de controle desses depósitos, pelo qual, os valores correspondentes são repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, “independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para o recolhimento dos tributos e das contribuições federais” (art. 1º, §2º), devendo ser devolvidos ao depositante “no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for” (art. 1º, §3º, I). Para isso, prevê o decreto regulamentador (Decreto nº 2.850/98) que “os valores das devoluções, inclusive dos juros acrescidos, serão contabilizados como anulação do respectivo imposto ou contribuição em que tiver sido contabilizado o depósito” (art. 3º, §2º).

⁹³ O dispositivo em comento, inserto na lei dos planos de benefícios da previdência social, tinha a seguinte redação original:

Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta lei, de valor não superior a Cr\$1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) obedecerão ao rito sumaríssimo e serão isentas de pagamento de custas e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Mas a frase “e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil” foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 1252/DF, em decisão do plenário, de 28/5/1997, cujo acórdão foi publicado em 24/10/1997.

Recentemente, a Lei nº 10.099/00 atualizou o citado artigo, agora já com esteio nas alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 30/00 no art. 100 da Constituição. Atualmente é a seguinte a redação daquele dispositivo:

Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.

É preciso dizer, por fim, que minhas conclusões não são absolutas. As tutelas antecipatórias concedidas em **ações coletivas** ajuizadas contra o Poder Público, por exemplo, merecem tratamento à parte. O cumprimento imediato de uma decisão dessa natureza mostra-se muitas vezes inviável por envolver elevados recursos financeiros, o que necessitará de soluções mais complexas em âmbito orçamentário. Como veremos, é por esta razão que foi contra estas decisões antecipatórias, proferidas não raro de forma abusiva, que especialmente se voltaram muitas das proibições legais à antecipação de tutela contra o Poder Público.

Cumpra observar que nestes casos, o bom senso deverá guiar o magistrado, que, da mesma forma que não poderia exigir a ruína do particular, obrigando-o a desembolsar, do dia para a noite, valores elevados para os quais ele não dispõe de provisão contábil, não estará autorizado a, a título de exigir o cumprimento imediato da decisão que prolatou, fazer surgir uma necessidade de realocação de grandes somas de recursos financeiros do Estado, vindo, por exemplo, a causar transtornos na prestação dos serviços públicos.

Mas estas últimas ponderações (relativas a ações coletivas), é bom que se diga, não podem ser estendidas àqueles casos em que o dever de pagar quantia em dinheiro decorre de simples restabelecimento de pagamento periódico cancelado⁹⁴.

§ 1º É vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no caput e, em parte, mediante expedição do precatório.

§ 2º É vedada a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago na forma do caput.

§ 3º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no caput, o pagamento far-se-á sempre por meio de precatório.

§ 4º É facultada à parte exequente a renúncia ao crédito, no que exceder ao valor estabelecido no caput, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, na forma ali prevista.

§ 5º A opção exercida pela parte para receber os seus créditos na forma prevista no caput implica a renúncia do restante dos créditos porventura existentes e que sejam oriundos do mesmo processo.

§ 6º O pagamento sem precatório, na forma prevista neste artigo, implica quitação total do pedido constante da petição inicial e determina a extinção do processo.

§ 7º O disposto neste artigo não obsta a interposição de embargos à execução por parte do INSS.

⁹⁴ Nesse sentido, tratando de restabelecimento de benefício previdenciário regularmente concedido: EREsp. 182.111/RS, 3ª Seção, julgado em 14/02/2000, DJ 21/02/2000. Neste recurso, o Ministro EDSON VIDIGAL, manifestou-se da seguinte forma:

"A vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao contrário do que busca fazer crer o INSS, limita-se às hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, como o é no Acórdão paradigma; ou como bem afirmou o Ministro Luiz Vicente Cemicchiaro, "encontra limite em se tratando de caso de pagamento do débito mediante precatório."

Nestes casos, já tendo sido previstos os recursos orçamentários (que, não fosse pelo restabelecimento do pagamento, reverteriam à conta de receita), não há motivo para argumentar-se com impossibilidades financeiras nem mesmo em sede de ações coletivas.

Nesse sentido, devem ser entendidas com cuidado as orientações da doutrina que, não obstante não dispensarem o precatório, admitem implantação de reajuste em folha por força de decisão antecipatória da tutela, sem ressalvarem, contudo, casos especiais como o que apontei acima⁹⁵.

Capítulo 3. Proibições legais e jurisprudência

I) Proibições legais

No ápice de uma tendência legislativa de conteção de liminares contra o Poder Público, existem hoje várias leis que proíbem a antecipação de tutela em tais casos. São elas as Leis n^{os} 2.770, de 4 maio de 1956; 4.348, de 26 de junho de 1964; 5.021, de 9 de junho de 1966; 7.969, de 22 de dezembro de 1989; 8.076, de 23 de agosto de 1990; 8.437, de 30 de junho de 1992; e 9.494, de 10 de julho de 1997.

O artigo 1^o da Lei n^o 2.770/56, a mais antiga que trata da matéria, proíbe a concessão de “medida preventiva ou liminar” em qualquer ação judicial que vise a “liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro”.

A Lei n^o 4.348/64, que estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança, em seu artigo 5^o, *caput*, veda a “medida liminar” em “mandados de

Não me parece possível estender-se tal proibição ao pedido de restabelecimento de benefício regularmente concedido, mas cancelado pela Autarquia sem a observância de procedimento administrativo, sob o simples argumento de suspeita de fraude.

Assim, não admito os Embargos (RISTJ, Art. 266, § 3^o). Publique-se”.

⁹⁵ É a opinião de LUIZ GUILHERME MARINONI:

“Entretanto, no caso em que o autor postula, por exemplo, o reajuste do seu salário, o juiz pode ordenar, em virtude da tutela antecipatória, a implantação do reajuste em folha, permitindo a satisfação imediata de um direito que, de outra forma, somente poderia ser realizado ao final do processo de conhecimento.” (A *antecipação da tutela*, pp. 220-221).

Da mesma forma, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

“Não obstante, consideramos lícito ao magistrado, em principio, ordenar à entidade de direito público, com vistas às prestações vincendas, a inclusão do autor em folha de pagamento, naqueles casos em que não se apliquem restrições legais à concessão de AT.” (Da *antecipação de tutela no processo civil*, p. 77)

segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

No mesmo sentido, a Lei nº 5.021/66, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas a servidor público civil em mandado de segurança, dispõe, no artigo 1º, §4º, que “não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”. Essa lei ampliou a restrição veiculada pela Lei nº 4.348/64 a qualquer pagamento de salário, independentemente do título a que viesse a ser feito, tendo sido editada em resposta a algumas situações práticas em que os juízes não aplicavam o artigo 5º, *caput*, da Lei nº 4.348/64, antes referido, afirmando que não estavam tratando de aumento.

Em seguida veio a Lei nº 7.969/89, cujo artigo 1º estendeu o alcance do artigo 5º da Lei nº 4.348/64 às ações cautelares.

A Lei nº 8.076/90 consignou vedação de caráter temporário, estipulando que “nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versem matérias reguladas pelas disposições das Leis nºs 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares”. As leis citadas integravam o plano de reforma econômica do então Governo FERNANDO COLLOR DE MELLO.

Em 1992, foi publicada a Lei nº 8.437, com normas genéricas mais abrangentes relativas a vedações à concessão de “medida liminar”. O artigo 1º, *caput*, diz ser incabível “medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal” e os parágrafos deste artigo afastavam (1) a concessão, no juízo de primeiro grau, exceto na ação popular e na ação civil pública, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal e (2) de medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto de ação.

Além disso, o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 diz que, em caso de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública, a “liminar” somente será concedida, quando cabível, após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

A Lei nº 8.437/92, que nasceu de projeto de lei da Presidência da República, incorporou, com algumas modificações, os artigos da Medida Provisória nº 285, de 14 de dezembro de 1990, pelos quais o Poder Executivo já tentara regular a matéria⁹⁶, não tendo obtido sucesso na ocasião porque a medida provisória citada acabou sendo rejeitada pelo Congresso Nacional (conforme Ato Declaratório do Senado Federal nº 4, de 1990).

A Lei nº 9.494/97, posterior à reforma do CPC que instituiu a tutela antecipatória, determinou, em seu artigo 1º, que “aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

O capítulo mais recente dessa história foi a edição da Medida Provisória nº 1.984-16, de 6 de abril de 2000, hoje Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que, com várias modificações a cada reedição, alterou a redação da Lei nº

⁹⁶ Os arts. 3º, 4º e 6º da Medida Provisória nº 285/90 tinham a seguinte redação:

Art. 3º Contra as pessoas jurídicas de direito público e seus agentes não será deferida medida liminar sem a prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica à ação de mandado de segurança.

Art. 4º É vedado o deferimento de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar inominado e em outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida, em virtude de vedação legal, em mandado de segurança.

Art. 6º O representante judicial da pessoa jurídica de direito público será intimado pessoalmente de qualquer decisão concessiva de liminar.

O art. 5º tratava do pedido de suspensão (ver Nota 100):

Art. 5º Compete ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a requerimento do Ministério Público ou de pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes.

§ 1º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente pode ouvir o autor, em cinco dias, e o Ministério Público, quando não for o requerente, em igual prazo.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo.

8.437/92. No que se refere à tutela antecipatória, a novidade está no acréscimo do §5º ao artigo 1º, segundo o qual “não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”, o que já era objeto da Súmula nº 212, do STJ⁹⁷.

É interessante notar que quase todas as leis acima citadas que foram publicadas sob a égide da Constituição de 1988 tiveram origem em medidas provisórias. Com efeito:

- a Lei nº 7.969/89 é resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 118, de 5 de dezembro de 1989;
- a Lei nº 8.076/90 é resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 198, de 26 de julho de 1990, que foi precedida das edições nºs 173, 181, 182, 186, 192 e 197;
- a Lei nº 9.494/97 é resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, precedida das edições nºs 1.570-1, 1.570-2, 1.570-3 e 1.570-4.

Vale menção também à tentativa de sistematização da matéria que pretendeu fazer a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro de 1993, restringindo de forma generalizada a concessão de tutelas cautelar e antecipatória contra o Poder Público, submetendo-as a requisitos especiais, instituindo para a hipótese a obrigatoriedade de revisão em segundo grau de jurisdição dotado de efeito suspensivo e pedido de suspensão de eficácia e prevendo contracautelas. Esta medida provisória, entretanto, não foi reeditada, tendo perdido a sua eficácia, não sem antes o plenário do Supremo Tribunal Federal ter contra ela deferido, por unanimidade, a medida cautelar demandada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 975/DF (voltaremos ao tema adiante).

Outrossim, como observa RENATO BENUCCI, citando as observações de FRANCISCO BARROS DIAS⁹⁸:

⁹⁷ Súmula nº 212, STJ; DJ 02.10.98, p. 250 - “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.”

⁹⁸ DIAS, FRANCISCO BARROS. *Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares*, pp. 126-127.

“Tais restrições, invariavelmente, sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Assim, exemplificativamente, a Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956, que suprimiu a concessão de medidas liminares para a liberação de mercadorias de procedência estrangeira, teve por finalidade a proteção da incipiente indústria automobilística nacional; a Lei nº 5.021/66, que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens em sede de mandado de segurança, teve por objetivo restringir a discussão da reforma administrativa que se implantava à época; a Lei nº 8.076, de 23 de agosto de 1990, que impediu as medidas liminares em cautelares e em mandados de segurança, tinha por objetivo limitar a discussão sobre as reformas econômicas implantadas pelo Plano Collor.

A própria Lei nº 9.494/97, que procurou regular a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, estendendo a ela determinadas restrições à concessão de liminares, foi motivada pela discussão acerca de um reajuste concedido no ano de 1993, no percentual de 28,86 %, apenas aos servidores militares.”⁹⁹

Acrescente-se que a Medida Provisória nº 2.180-35/01 não fugiu à regra. A reedição de nº 1.984-13, de 11 de janeiro de 2002, foi planejada com o objetivo específico de levar ao STF todas as liminares então concedidas para interromper a privatização do Banco do Estado de São Paulo (Banespa) – para isso, alterou-se o artigo 4º da Lei nº 8.437/92, criando-se o **pedido de suspensão**¹⁰⁰ dirigido ao STF,

⁹⁹ BENUCCI, RENATO LUIS. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 49.

¹⁰⁰ O **pedido de suspensão** visa retirar a eficácia da decisão liminar ou da sentença proferida contra o Poder Público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. É dirigido ao presidente do tribunal competente para julgar o recurso cabível contra a decisão a ser suspensa.

Inicialmente aplicável apenas ao mandado de segurança, por força do art. 4º da Lei nº 4.348/64 (daí porque conhecido como **suspensão de segurança**), foi estendido, com nova roupagem, às ações “cautelares ou preventivas”, pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92, e, por último, à tutela antecipatória, pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Mais recentemente a Medida Provisória nº 2.180-35/01, em seu art. 1º, alterou a redação do art. 4º da Lei nº 8.437/92, disciplinando de forma mais aprofundada o agravo cabível contra a decisão do presidente do tribunal e criando um novo pedido de suspensão (ou ampliando o então existente?) dirigido ao STJ e/ou STF (ver, no texto, a crítica ao casuismo). O art. 14 da mesma medida provisória alterou o art. 4º da Lei nº 4.348/64 para estender à suspensão de segurança estas novidades.

O instituto é objeto de profundas divergências na doutrina – discutem-se, por exemplo, sem que seja possível apontar orientações majoritárias, a sua natureza (se é recurso ou ação de impugnação autônoma, havendo, ainda, quem fale em contracautela), seus pressupostos, os prazos, a legitimidade ativa, os efeitos no tempo da decisão do presidente do tribunal e as conseqüências da interposição simultânea de agravo de instrumento. Não é por outra razão que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO consignou que “tal instituto permanece à sombra dos ricos progressos da doutrina brasileira do mandado de segurança e ainda constitui, para todos nós intérpretes, uma verdadeira ilha de mistérios a desvendar” (*Fundamentos do processo civil moderno*, 4ª ed., p. 613).

A jurisprudência, por sua vez, oscila ao sabor dos presidentes dos tribunais, prevalecendo, hoje, as conclusões do STF e do STJ, que passaram a se manifestar sobre o tema com mais frequência após as inovações promovidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/01.

A discussão doutrinária e jurisprudencial abrange também o exame de constitucionalidade do pedido de suspensão, havendo quem o repute inconstitucional por ofensa aos princípios da isonomia (sob o enfoque do princípio da paridade de armas no processo) e da efetividade da jurisdição e quem defenda a sua constitucionalidade, entendendo tratar-se tão-somente de mais uma prerrogativa processual do Poder Público, assentada nas características especiais deste e da sua defesa em juízo. Ademais, o debate ganhou novas nuances a partir da instituição do pedido de suspensão dirigido ao STJ e/ou STF – LUIZ VICENTE DE MEDEIROS QUEIROZ NETO noticia que o Juiz FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO considera o novo pedido de suspensão materialmente inconstitucional por ampliar a competência do STJ e do STF, violando os arts. 102 e 105 da Constituição da República, e que o STF atestou a constitucionalidade do instituto ao julgar a

instrumento antes somente possível de ser manejado frente aos tribunais ordinários. Duas reedições depois (Medida Provisória nº 1.984-16/00), como vimos, foi acrescentada a proibição de concessão de “liminar” para compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Tais fatos revelam o casuísmo do “Poder Executivo-Legislativo” no trato da matéria, o que trouxe, como consequência, uma evidente despreocupação com a técnica processual, exigindo-se dos operadores do direito o máximo de atenção no trabalho hermenêutico.

Sistematizando a matéria, temos que, hoje, vigoram as seguintes restrições à tutela antecipatória contra o Poder Público¹⁰¹:

- (a) é vedada para fins de liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro (artigo 1º, Lei nº 2.770/56);
- (b) no mandado de segurança coletivo e não ação civil pública, a liminar depende de prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (artigo 2º, Lei nº 8.437/92);
- (c) é vedada para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a qualquer título, inclusive aumento ou extensão de vantagens (artigo 5º, *caput*, Lei nº 4.348/64, c/c artigo 1º, §4º, Lei nº 5.021/66, aplicáveis por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (d) as ações judiciais sobre essas matérias só serão executadas após o trânsito em julgado (artigo 5º, § único, Lei nº 4.348/64, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (e) o recurso voluntário contra as sentenças de procedência nessas ações judiciais e a remessa oficial terão efeito suspensivo (artigo 7º, Lei nº 4.348/64, e artigo 3º, Lei nº 8.437/92, aplicáveis por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (f) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença a servidor público somente será efetuado relativamente às

medida cautela na ADIN 2.251/DF, Relator Ministro SIDNEY SANCHES (QUEIROZ NETO, LUIZ VICENTE DE MEDEIROS, *Suspensão de segurança*, p. 36).

¹⁰¹ Cabem aqui as observações que fizemos antes a respeito do significado da expressão medida liminar.

- prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da ação (artigo 1º, *caput*, Lei nº 5.021/66, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (g) é vedada a concessão de “liminar” quando providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (artigo 1º, *caput*, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (h) é vedada a concessão de “liminar” quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, exceto em ação popular ou ação civil pública (artigo 1º, §§1º e 2º, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (i) não é cabível “liminar” que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (artigo 1º, §3º, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (j) nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o representante judicial dela será imediatamente intimado (artigo 1º, §4º, Lei nº 8.437/92, acrescentado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.180-35/01 e aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (k) é vedada a concessão de “liminar” para compensação de créditos tributários ou previdenciários (artigo 1º, §5º, Lei nº 8.437/92, acrescentado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.180-35/01 e aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);
- (l) são aplicáveis as regras sobre o chamado pedido de suspensão (artigo 4º, Lei nº 8.437/92, com a redação do artigo 1º da Medida Provisória nº 2.180-35/01, aplicável por força do artigo 1º da Lei nº 9.494/97).

II) Análise da constitucionalidade das proibições

Em primeiro lugar é necessário observar que a constitucionalidade da Lei nº 9.494/97 pode ser impugnada sob o seu aspecto formal, relativo aos requisitos de relevância e urgência para a edição das medidas provisórias que a originaram, bem

como às limitações materiais à edição destas¹⁰². Concluindo-se que tais requisitos e limitações não foram observados, seria necessário, ainda, examinar se tal vício contamina o a lei de conversão, para só então proclamar a inconstitucionalidade desta¹⁰³. Não adentraremos, entretanto, tal seara¹⁰⁴.

Quanto à análise da constitucionalidade material das restrições listadas acima, de (a) a (l), é preciso destacar inicialmente que, no que se refere àquelas retiradas da Lei nº 9.494/97, há algumas que se revelam absolutamente inaplicáveis à tutela antecipatória e outras que não configuram propriamente vedações à sua concessão, dizendo respeito a outros institutos. (apesar do artigo 1º da lei expressamente dizer “aplica-se à tutela antecipada (...)”). E há, ainda, entre aquelas restrições, as que decorrem da própria natureza da antecipação de tutela, não

¹⁰² Sobre o assunto, no que toca às limitações materiais à edição de medidas provisórias em período anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de setembro de 2001 (que veda expressamente a adoção de medida provisória para tratar de matéria relativa a direito processual civil, conforme nova redação do art. 62, §1º, I, b, da Constituição), confira-se o magistério de CLÉMERSON MERLIN CLÉVE: “Parece evidente que a legislação processual (processo civil e processo penal), porque diz de perto com a atuação do Judiciário, está a salvo da medida provisória. Constituiria verdadeira heresia admitir-se medida provisória, sem expressa autorização constitucional, interferindo na atuação funcional do Judiciário. São também inconstitucionais as medidas provisórias adotadas com o propósito de restringir o poder de cautela do juiz, designadamente aquelas proibitivas da concessão de medidas liminares ou de antecipação de tutela em determinadas circunstâncias. A grave possibilidade de restrição do direito de acesso ao Judiciário, inclusive para prevenir lesão a direito, somente poderia manifestar-se com a cautela devida e para tutelar outros valores constitucionais, por meio de lei formal.” [itálico original] (*Medidas provisórias*, p. 82, Nota de rodapé nº 138).

¹⁰³ A questão da contaminação da lei de conversão pelo vício da medida provisória motivou o Ministro MARCO AURÉLIO, do STF, a votar pela improcedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, que tem por objeto, exatamente a Lei nº 9.494/97 (tema abordado adiante). Em outra oportunidade, os Ministros CELSO DE MELLO e SEPÚLVEDA PERTENCE, assim como o próprio Ministro MARCO AURÉLIO já haviam expressado o entendimento no sentido de que o vício formal existente em medida provisória convertida em lei acarreta a inconstitucionalidade da lei de conversão (ADIn 1.417/DF, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 2.8.99).

¹⁰⁴ Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ainda que proclamando a extrema excepcionalidade da apreciação, pelo Poder Judiciário, dos requisitos de urgência e relevância para a edição de medidas provisórias, já concedeu, com fundamento da ausência destes pressupostos, medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a execução da norma impugnada. Foi o que se deu na ADIN 1.753/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Medida Provisória nº 1.577-6/97, que pretendeu ampliar o prazo de decadência para propositura de ação rescisória pelos entes públicos e criar em seu favor nova hipótese de rescindibilidade de sentenças. Consta da ementa do acórdão que deferiu a cautelar:

“1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.”

A ADIN citada acabou sendo julgada prejudicada em razão da alteração de redação das reedições posteriores da Medida Provisória nº 1.577-6/97, que, segundo consignou o STF, afastou a identidade substancial das normas veiculadas por umas e outra que possibilita o prosseguimento da ação direta com base em simples aditamento da inicial.

representando nenhuma inovação em relação ao que já determina o artigo 273 do CPC. Vejamos.

A letra (b) é regra que se inspirou no §único do art. 928 do CPC, segundo o qual a manutenção ou reintegração liminar de posse contra as pessoas jurídicas de direito público não será concedida sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais. Trata-se de norma que a doutrina e os tribunais consideram razoável, dando-lhe, entretanto, interpretação flexível que possibilita seja ela afastada sempre que a demora decorrente da ouvida do Poder Público puder colocar em risco o próprio direito pleiteado¹⁰⁵.

As letras (d) e (e) não tratam de tutela antecipatória, mas da execução das decisões fundadas em cognição exauriente prolatadas em processos instaurados para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a qualquer título, inclusive aumento ou extensão de vantagens. Em outras palavras, veda-se a *execução provisória*, seja da sentença de primeiro grau, seja dos acórdãos dos tribunais. Não há como transpor regra de tal natureza para o âmbito de decisões provisórias, pois imaginar que a tutela antecipatória só pudesse ser “executada” após o trânsito em julgado ou que os recursos contra ela cabíveis (agravo de instrumento, recurso especial contra a decisão no agravo etc.) tivessem efeito suspensivo seria o mesmo que fulminar a própria garantia constitucional em tela.

¹⁰⁵ JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR comentando o artigo 928 do CPC diz que:

“Baseia-se o legislador no pressuposto teórico que as pessoas jurídicas de direito público não cometem deliberadamente ilegalidades. Sob esse fundamento, (...), parece-nos fundada essa justificação, mormente se considerarmos os efeitos enérgicos, imediatos e não raras vezes traumáticos decorrentes da concessão da tutela emergencial inaudita altera pars.” (*Liminares nas ações possessórias*, p. 241)

E, já sobre o art. 2º da Lei nº 8.437/92, explica JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES, valendo-se de exemplo ilustrativo:

“A exigência não desiguala as partes, até porque visa proporcionar um contraditório prévio, quando estão em discussão questões cujo deslinde pode afetar entidade da Administração Pública, envolvendo interesses públicos contrapostos a interesses difusos ou coletivos.

Em casos excepcionalíssimos, nos quais a demora na tutela antecipada colocaria em risco valores exponenciais, o juiz afastará a incidência dessa regra, para prover liminar com fundamentação diretamente calcada na Constituição.

Imagine-se a hipótese, já ocorrida no âmbito da competência da Justiça Federal, em que o Governo proíbe operação de câmbio ou a onera excessivamente e o requerente precisa comprar moeda estrangeira, com urgência, para submeter-se a cirurgia somente praticada no exterior. Se o magistrado for ouvir o Banco Central, em 72 horas, antes de deferir a liminar, a causa pode esvaziar-se pela perda da vida do postulante.” (*As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*, p.10)

A letra (f), por sua vez, é regra somente inteligível no âmbito do mandado de segurança. Como explica com maestria EDUARDO TALAMINI, a regra que impõe que os pagamentos a servidor público só devam abranger valores vencidos a partir do ajuizamento da demanda:

“(...) não é mais do que corolário da noção de que o mandado de segurança não serve como instrumento de cobrança de valores referentes a períodos pretéritos (Súmula 271 do STF). Daí que os créditos vencidos antes da propositura da demanda devem ser pleiteados administrativamente ou “pela via judicial própria” (parte final da Súmula 271). A “via judicial própria”, no caso, é demanda condenatória a ser desenvolvida mediante processo comum de conhecimento. Pois bem, é exatamente nesse processo comum de conhecimento com pedido condenatório que teria vez a tutela antecipada. Ora, não há como se dizer que se aplicaria a esse processo comum de conhecimento a regra pela qual a sentença final (condenatória) não abrangeria os créditos vencidos antes do ajuizamento da demanda. Isso significaria eliminar, por completo, a possibilidade de cobrança de vantagens pecuniárias de servidores públicos vencidas antes de iniciada a ação judicial. Haveria como que uma “prescrição imediata” desses créditos – o que, obviamente, carece de razoabilidade, requisito indispensável para a constitucionalidade de qualquer norma.”¹⁰⁶

A regra da letra (h) deve ser entendida no contexto em que foi editada. Ela visou preservar a competência jurisdicional constitucional em face do “fenômeno da fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada”, de que nos fala o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no voto proferido na ADin 223 (analisado adiante). E é nestes limites que deve ser interpretada, só podendo incidir naqueles casos em que o autor **pode optar pela via mandamental**, sob pena de se deixarem desamparados todos os direitos que não sejam passíveis de prova preconstituída e cuja observância depende de ato de autoridade deflagradora de competência originária de tribunal. Nestes termos, penso que a norma sob exame é plenamente válida, já que voltada à efetividade das normas constitucionais de distribuição de competência jurisdicional.

A letra (i) veicula regra que decorre diretamente do artigo 273, §2º, do CPC, segundo o qual “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento”. Já vimos como deve ser entendido o problema da irreversibilidade, contudo, tendo ficado claro que ele não é um limite absoluto.

¹⁰⁶ TALAMINI, EDUARDO. *Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela*, p. 182.

A letra (j) é regra meramente procedimental, que não veda nem condiciona a concessão de tutela cautelar ou antecipatória, mas apenas determina a intimação do representante judicial do órgão ou entidade pública que deva cumpri-la. Trata-se de medida que visa agilizar a defesa do Poder Público em juízo porque acaba por conferir ao representante judicial mais prazo para interpor eventual agravo de instrumento e/ou pedido de suspensão – já que, agora, o representante judicial não depende exclusivamente da provocação do representado.

Por fim, a letra (l) também não veda a antecipação de tutela contra o Poder Público, mas apenas submete as decisões com este conteúdo a controle pela via do pedido de suspensão.

Assim sendo, compreendem verdadeiras vedações à antecipação de tutela contra o Poder Público as hipóteses das letras (a), (c), (g) e (k).

Desde logo é preciso afastar um determinado tipo de argumentação que, lamentavelmente, tem sido repetida até no STF. A título de defender a legislação restritiva mais recente, dizem que a imposição de limites ao poder cautelar (*lato sensu*, isto é, incluído o poder de antecipar) do juiz já fora feita por inúmeras legislações pretéritas, sem que estas houvessem sido consideradas como afrontosas à Lei Maior.

Com o devido respeito àqueles que propugnam tal raciocínio, a verdade é que ele é falacioso. Em primeiro lugar, a legislação mais antiga sempre foi entendida, no mais das vezes, como aplicável a situações que, pela ausência dos requisitos necessários à concessão da liminar, esta não poderia mesmo ser deferida¹⁰⁷.

¹⁰⁷ A questão não passou despercebida pelo Ministro CARLOS VELLOSO, que, no voto que proferiu na ADIN 295 (abordada adiante), externou posicionamento que ilustra o que dissemos a respeito das situações em que aplicável a legislação pretérita:

“Não me impressiona, Senhor Presidente, a invocação da Lei nº 5.021, de 1966, que, no §4º do art. 1º, estabelece que não será concedida medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. É que, nesse caso, o que a lei fez foi simplesmente adequar o pagamento à forma de execução especial contra a Fazenda Pública, execução constitucional, portanto (CF/1967, art. 117; CF/88, art. 100). Então, parece-me constitucional a lei que simplesmente impede forma outra de execução que não aquela inscrita na própria Constituição. A Lei nº 2.770, de 1956, também impede a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais que visem à liberação de bens oriundos do estrangeiro. O que a lei impede, entretanto, é que se conceda liminar para liberação de mercadoria introduzida no País ilícitamente, caso em que não há falar em direito líquido e certo. A invocação, portanto, dessas leis, para justificar a existência da medida provisória objeto desta ação, não se justifica.” (fl. 49)

Sobre o alcance da Lei nº 2.770/56, no mesmo sentido HELY LOPES MEIRELLES explica:

Em segundo lugar, algumas dessas legislações pretéritas foram editadas em época anterior à Constituição de 1988, quando a fórmula do direito de ação era mais restrita do que a atual, esta que contempla expressamente a tutela de situações de mera **ameaça** a direito¹⁰⁸, o que, se não justifica eventual juízo de constitucionalidade à luz das Cartas anteriores, explica-o perfeitamente, ainda mais quando se considera o estágio menos desenvolvido do direito processual de então.

E, em terceiro lugar, é bom lembrar que uma coisa é proibir a tutela antecipatória versando sobre **determinada matéria em um determinado procedimento** (como foi feito em relação ao mandado de segurança pelas Leis n^{os} 4.348/64 e 5.021/66, que, ao fixar algumas restrições, apenas explicitaram limitações decorrentes da própria natureza da ação mandamental) e, outra coisa, é proibi-la em **qualquer procedimento**, fechando-se as portas da jurisdição. parafraseando JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que, acertadamente, leciona:

“Ainda que possa ocorrer, de forma legítima, a supressão da liminar incidental, em procedimento cognitivo, não se admite a eliminação completa do mecanismo. As portas da Justiça devem estar sempre abertas para quem necessitar de medida urgente, destinada a assegurar a efetividade do provimento, sob pena de caracterizar-se a violação constitucional apontada. E, por isso, as supressões acabam sendo inócuas, pois sempre haverá a possibilidade de, mediante procedimento autônomo, obter-se a medida.”¹⁰⁹

Na verdade, as considerações que fiz a respeito dos fundamentos da tutela antecipatória (Capítulo 1), assim como já eram suficientes para concluir pelo seu

“A Lei n. 2.770, de 4.5.56, proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira (art. 1o). Tem-se entendido, entretanto, que essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o País como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço. A aplicação desta lei deve ser conciliada, também, com o disposto no art. 165 do Decreto-lei n. 37, de 18.11.66.” (*Mandado de segurança...*, p. 77)

E, sobre as proibições às liminares em mandado de segurança, afirmou VICENTE GRECO FILHO:

“a rigor, a absoluta maioria dos casos de proibição legal de concessão de liminares em mandado de segurança são de hipóteses em que não deveriam mesmo ser concedidas, porque ausente o pressuposto de sua concessão (...). Em outras palavras, estas leis têm mais caráter didático ou de explicitação do que a doutrina e jurisprudência entendiam anteriormente (...)” (artigo no jornal *Direito e Justiça*, Brasília, edição de 10/8/1992, *apud* CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO, *Da antecipação da tutela no processo civil*, p. 90)

¹⁰⁸ Na Constituição de 1967, por exemplo, o direito de ação estava previsto no artigo 150, §4º, onde se lia que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, enquanto que, hoje, brilha a norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição em vigor, por todos conhecida (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

¹⁰⁹ *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 88.

cabimento contra o Poder Público (Capítulo 2), autorizam, por si sós, a conclusão de que **as vedações legais à sua concessão padecem de insanável inconstitucionalidade. E isto independentemente de qualquer consideração sobre a parte em face de quem se opera essa concessão.**

A vedação legal do uso do instituto – ainda que viesse a revelar-se totalmente desnecessária – somente seria imaginável se o legislador fosse capaz de, em razão da natureza da situação de direito substancial ou das partes envolvidas no litígio, avaliar aprioristicamente a situação e concluir pelo não cabimento da antecipação porque ausentes os seus pressupostos. O legislador poderia, por exemplo, apoiado nas características abstratas da relação jurídica de direito substancial, avaliar os interesses em disputa e atribuir a cada um o seu fator de ponderação em prol do equilíbrio para dizer da necessidade ou não da antecipatória. Ou identificaria pessoas cuja atuação no processo não viesse jamais a negar os objetivos deste, sempre se pautando pela lealdade.

De acordo com o primeiro raciocínio, o legislador diria, por exemplo, que nos casos por ele elencados, sendo demandado o Poder Público, nunca se configuraria situação que conjugasse a plausibilidade do direito invocado pelo autor com o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, não sendo cabível, portanto, a antecipação da tutela fundada no artigo 273, I. O legislador poderia partir das idéias de que a plausibilidade do direito nunca estaria presente porque o Poder Público se conduz com base no princípio da legalidade, o que sempre o favoreceria em uma análise da probabilidade do direito em disputa, e que, nunca haveria risco de dano irreparável porque o Estado é sempre solvente.

De acordo com o segundo raciocínio, o legislador imaginaria que o Poder Público, aqui também forte no princípio da legalidade, jamais incorre em abuso de direito de defesa, sendo impossível, como consequência, antecipar tutela fundada no artigo 273, II.

Pois bem, sem adentrar o mérito de tais construções – que, como nos mostra a experiência, evidentemente se baseiam em falsas premissas –, a verdade é que **qualquer tentativa de sistematizar aprioristicamente hipóteses de não cabimento de tutela antecipatória não será bem sucedida porque é impossível ao legislador conhecer em toda a sua riqueza as situações de litigiosidade da**

vida, e muito mais impossível, com a permissão para o uso da expressão, é alcançar justiça procurando dar-lhes solução pronta. Ora, é exatamente porque não existe solução pronta que está aí o processo, em que se desenvolve atividade de cognição, marcada esta por ser permanentemente inédita.

Nessa perspectiva, **o legislador não pode construir um conjunto de regras abstratas de tomada de decisão de modo a determinar, sem a consideração das características do objeto concreto de exame, o próprio conteúdo desta decisão.** Ao assim prescrever, a lei estará ofendendo tanto os princípios constitucionais do processo, aspecto do qual já tratamos acima, quanto o próprio direito material. Porque negar o processo é negar o próprio direito pleiteado.

No momento em que a lei determina que o Judiciário não pode conceder tutela antecipatória em face do Poder Público para determinar o pagamento de vencimentos a um servidor público, ainda que seja grande a plausibilidade do direito invocado e se configure o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, está-se restringindo indevidamente o próprio direito material para o qual o servidor busca proteção. Basta imaginar casos em que aquele bem patrimonial (os vencimentos) tenha reflexos não-patrimoniais para nos darmos conta da gravidade da situação.

Suponha, por exemplo, que o servidor precise dos recursos para custear um tratamento de saúde. Nesse caso, negar a antecipação de tutela, desconsiderando-se a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é o mesmo que negar o direito à saúde.

O que queremos dizer é que, **sob a fachada de regulamentação legal de matéria atinente ao direito processual, prescrições como as veiculadas na Lei nº 9.494/97, na verdade, acabam por definir contornos ao próprio direito material, limitando-o sem o necessário fundamento constitucional.**

Uma coisa é dispor sobre os mecanismos de tomada de decisão com vistas à atuação das regras substanciais (direito processual). Outra, bem diferente é, sob estas vestes, **determinar o próprio conteúdo da decisão jurisdicional** – nesse caso, estamos tratando de regras de conduta, de direito material. Não é por outra razão que a tipologia dos crimes é matéria de direito penal e não de direito processual penal, ainda que a fórmula legal incriminadora nos remeta ao âmbito do processo – e esta é a técnica prevalente no direito penal.

Com o raciocínio acima, não estou partindo da idéia de que direito material e direito processual são ramos independentes do direito. A relatividade da sua autonomia, neste estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, não é contestada por ninguém e eu certamente não pretendo fazê-lo. Mas a identificação do objeto de cada um deles se mostra essencial para trabalhar os princípios reitores de cada um, os quais deverão ser aplicados, outrossim, com consciência do papel instrumental do processo, de que tanto nos fala a doutrina moderna.

Por outro lado, as leis proibitivas de tutelas antecipatória ou cautelar também ofendem ao princípio da harmonia entre os Poderes porque o Legislativo (ou o Executivo) não está autorizado a dizer como o Judiciário deve julgar. Vale repetir: é da competência do Poder Legislativo fixar “as regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no âmbito do direito material”¹¹⁰, mas não dizer qual é o conteúdo da decisão jurisdicional.

A vedação constante da letra (c) acima, além dos vícios anteriores, deixa de observar, especialmente, o princípio da isonomia. Afinal, qual é o critério de *discrimen* de que se valeu o legislador para a edição da norma sob exame, que, como venho dizendo, corresponde à negação do direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva? Respondo sem vacilação: trata-se de critério arbitrário, que não se coaduna com o Texto Maior, demonstrando, ademais, verdadeiro desprezo do legislador para com aqueles que fazem funcionar a máquina pública, os quais, segundo a lei, não obstante eventualmente reúnam os pressupostos para a obtenção de decisão judicial antecipatória de tutela, por ela não poderão ser favorecidos – quem sabe porque as prioridades governamentais se voltam para outra área...

Nem se diga que as vedações à tutela antecipatória se justificam com base no interesse público, que, porque diz com o interesse de todos, deve prevalecer sobre o direito do particular, inserindo-se aquelas, assim, entre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Em verdade, tal tipo de argumentação tem cunho tão marcadamente ideológico e tão pouco jurídico que nem mereceria maiores considerações, mas, em face da alarmante freqüência com que é repetido, e como

¹¹⁰ BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 11.

também cabe ao operador do Direito desvendar esse tipo de falácia, a ele dedicarei algumas linhas.

Ora, admitir-se que o interesse público tudo autoriza é adotar a máxima dos Estados totalitários, que, a título de proteger o “interesse de todos” (e quem diz qual é o interesse de todos?) investem contra o patrimônio jurídico do cidadão até que este se vê de mãos vazias e, pior, sem nenhum interesse garantido pelo ordenamento. Em um Estado Democrático de Direito, ao contrário, o interesse público último é fazer atuar uma ordem jurídica justa como forma de se alcançar o bem de todos, o que, por óbvio, não se confunde com a defesa intransigente dos interesses dos mais fortes, da maioria ou do próprio Estado – já se disse que a verdadeira democracia está onde se garantem as prerrogativas dos grupos mais fracos ou da minoria¹¹¹. Nestes termos, não pode o próprio Estado furtar-se ao cumprimento das regras jurídicas, ainda que de forma indireta, isto é, por vias legislativas que autorizam o adiamento indefinido da obrigatoriedade de observância de direitos que o Poder Judiciário reconhece existentes com base em pressupostos que derivam do próprio Texto Maior.

Outrossim, as vedações à tutela antecipatória que se examinam não podem ser alinhadas às prerrogativas processuais do Poder Público, entre as quais se citam o prazo maior para contestar e recorrer (art. 188, CPC), a dispensa de depósito inicial na rescisória (art. 488, CPC) e o duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, CPC). Estas se fundamentam em uma fragilidade da defesa do Poder Público em juízo decorrente de uma série de fatores tais como o grande número de ações judiciais de que participa, a estrutura burocrática dos órgãos públicos, o número

¹¹¹ Vale, aqui, lembrar as palavras de MIGUEL REALE, em artigo publicado no “O Estado de São Paulo”, de 25 de novembro de 1993 (fls. 6-7), quando analisava a Medida Provisória nº 375/93 (da qual tratarei adiante):

“(…) Cabe, ademais, salientar que nenhum interesse geral pode se sobrepor a direitos individuais líquidos e certos, máxime no Estado Democrático de Direito, que se distingue pelo primado da sociedade civil sobre o Estado. Se há um valor a ser preservado em nosso Estatuto Político é esse da primazia do individual e do social sobre o estatal, tanto assim que pela primeira vez em nosso Direito Constitucional, se cuidou antes da declaração dos direitos individuais e sociais para, somente depois, se tratar da organização do Estado.”

Oportuna também a conclusão a que chegou a Primeira Turma do STJ no do Resp 197586 (DJ 5/4/1999), Relator Ministro GARCIA VIEIRA, conforme ementa do julgado:

“Não se pode confundir interesse da Fazenda Pública com interesse público. Interesse público é o interesse geral da sociedade, concemente a todos e não só ao Estado.”

insuficiente de procuradores etc¹¹². Baseiam-se, portanto, em um critério válido de discriminação, que procuram neutralizar, buscando a igualdade processual das partes, sem constituir obstáculo intransponível à tutela jurisdicional efetiva em face do Poder Público. As vedações legais à tutela antecipatória, ao contrário, incorrem exatamente neste vício, porque, pretendendo resguardar os interesses de uma parte, ignoram os direitos da parte oposta.

É por todas ou algumas das razões aduzidas que a maior parte dos processualistas adota, hoje, uma de duas posições: ou defendem peremptoriamente a inconstitucionalidade das normas proibitivas¹¹³, ou aceitam a sua constitucionalidade, dando-lhes interpretação que, entretanto, impõe que o juiz, diante do caso concreto, se necessário, as afaste¹¹⁴. Mas também existem vozes

¹¹² Tais critérios são contestados por parte da doutrina, que, em oposição ao que aqui se sustenta, alegam que as normas que conferem prerrogativas processuais ao Poder Público, ofendem o princípio da isonomia. Ver Nota 75.

¹¹³ No sentido da inconstitucionalidade das normas proibitivas da tutela antecipatória, transcrevo as seguintes lições:

“Nenhuma lei, sob pena de inconstitucionalidade, pode proibir a concessão de liminares.” (MARINONI, LUIZ GUILHERME, *A tutela antecipatória contra a Fazenda Pública*, p. 467)

“Na atualidade, não resiste qualquer idéia da constitucionalidade das normas impeditivas de liminares, que sejam anteriores ou posteriores à Constituição, frente à clareza do inc. XXXV do art. 5º, do Texto Magno.” (DIAS, FRANCISCO BARROS, *A inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares*, p. 134)

“São inócuas, por inconstitucionais, as vedações genéricas à concessão de liminares, pois violam frontalmente a garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.” (BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 88)

“(…) O direito material apresentado pelas partes litigantes deve ser tratado de forma individualizada, segundo as reais necessidades do caso concreto. Por tudo isso, discriminações genéricas no processo, distantes da realidade, merecem ser definitivamente afastadas.

A discriminação genérica e inconstitucional está presente na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. (…)” (LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 260)

“(…) a norma proibitiva de concessão de liminar é inconstitucional.” (SOUZA, WILSON ALVES DE, *Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade*, p. 104)

¹¹⁴ Nesse sentido, temos as seguintes lições:

“Os limites estabelecidos [da Lei nº 9.494/97], aliás, não são absolutos, cabendo a concreta ponderação dos valores envolvidos.” (TALAMINI, EDUARDO, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 358)

“(…) em princípio, não é inconstitucional a restrição, firmada em lei ordinária, à concessão de medida liminares antecipatórias, desde que na formulação da regra limitativa sejam observados os princípios acima enunciados [princípio da necessidade, princípio da menor restrição possível e princípio da salvaguarda do núcleo essencial]. Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão ou da restrição à concessão de liminares certamente não dispensam o exame particular da colisão de direitos fundamentais concretamente verificada.” (ZAVASCKI, TEORI ALBINO, *Antecipação da tutela* pp. 170-171)

“(…) Não vejo, pois, a radical inconstitucionalidade apontada por diversos juristas e magistrados.

(…)

Todavia, oportunidades existem em que a peremptória negativa de liminar pode motivar com certeza, ou com grande nível de probabilidade, o *perecimento da própria pretensão*, apresentada no processo com visos de real verossimilhança. Nestes casos, excepcionais, e apenas neles, o direito constitucional a uma jurisdição eficaz

autorizadas que seguem orientação diversa das duas correntes citadas, aduzindo que, porque a matéria não tem dignidade constitucional, a lei pode proibir a concessão da tutela cautelar *lato sensu* sem incidir em inconstitucionalidade¹¹⁵.

Gostaria de chamar a atenção, por fim, para o fato de que não estou defendendo aqui a generalizada concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público. Isso seria tão absurdo quanto propor que as ações ajuizadas contra o Poder Público fossem sempre julgadas procedentes. Procurei, com efeito, despir-me de ideologias que pudessem prejudicar uma análise que se pretende científica. Nesse sentido, nem faço a *apologia do interesse público*, a que me referi acima, nem vejo o Estado como o vilão que está aí para sacrificar os direitos individuais.

Em nenhum momento pode-se olvidar que a garantia constitucional à tutela jurisdicional se concretiza em um processo marcado pela **bilateralidade**, que representa “o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a

suplantará as limitações estabelecidas em lei ordinária.” (CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. *Da antecipação de tutela no processo civil*, pp. 90-91) [itálico original]

“As restrições legais à concessão de liminares são válidas e perfeitamente adequadas ao sistema constitucional que não estabelece a proteção judiciária como um direito absoluto, mas o submete ao devido processo legal. Assinale-se, porém, como acentua o Ministro Athos Gusmão Carneiro, que há situações em que “indeferida a liminar o direito perecerá”. Quando o caso for este, prevalecerá o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.” (GUIMARÃES, JOSÉ LÁZARO ALFREDO, *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*, p. 33)

¹¹⁵ GALENO LACERDA, ao comentar o artigo 804 do CPC, que diz respeito ao processo cautelar:

“Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coiba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 2ª ed., p. 341).

Da mesma forma, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, tratando da antecipação da tutela:

“Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação de tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado.

(...)

Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei eliminem ou restrinjam a antecipação da tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses.” (*Da antecipação da tutela*, pp. 188 e 189)

suportá-la”¹¹⁶. **Nestes termos, deve-se evitar a tentação de construir seja um processo civil do autor, seja um processo civil do réu.**

O que defendo é a possibilidade e a necessidade de **a solução adequada ser dada pelo magistrado, diante do caso concreto**. E disso não abro mão, valendo-me, aqui, para concluir este tópico, das palavras de HELY LOPES MEIRELLES, que resume bem o meu pensamento:

“Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada quando se verificarem seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante. Casos há – e são freqüentes – em que o tardio reconhecimento do direito do postulante enseja seu total aniquilamento. Em tais hipóteses, a medida liminar impõe-se como providência de política judiciária, deixada à prudente discricção do juiz.”¹¹⁷

III) A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar sobre a *constitucionalidade de vedações legais à concessão de tutela cautelar ou antecipatória contra o Poder Público em várias oportunidades*.

ADIN 223

Na primeira, em 1990, o Supremo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Medida Provisória nº 173/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.076/90, que, como vimos, suspendeu, até 15 de setembro de 1992, a concessão de “medidas liminares” em mandado de segurança e nos procedimentos cautelares dos artigos 796 e seguintes do CPC versando sobre disposições que iam desde a extinção e dissolução de entidades da administração pública federal, passando por normas relativas a tributação, até política monetária, todas integrantes do plano econômico do Governo Collor.

¹¹⁶ BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 74.

¹¹⁷ MEIRELLES, HELY LOPES. *Mandado de Segurança...*, pp. 76-77.

A medida liminar pleiteada foi indeferida em sessão plenária, por maioria de votos. A simples leitura do acórdão, entretanto, não revela o real alcance da decisão do Pretório Excelso.

Com efeito, o voto vencedor foi o do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, divergindo do Relator, o Ministro PAULO BROSSARD (este que concedia parcialmente a medida cautelar), e, após expressar o entendimento de que o cerceamento de instrumentos da jurisdição cautelar, incluído o provimento liminar, poderia significar a negação da tutela jurisdicional, demonstrou preocupação com o que ele chamou de “tendência ao abuso das virtualidades da tutela cautelar inicial”, registrando que, por esta razão, ele não se opunha a “condicionamentos e limitações legais ao exercício do poder cautelar do juiz”.

A citada preocupação com o abuso das “medidas cautelares satisfativas” irreversíveis marcou vários pontos do voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Ao referir-se às Leis nºs 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66 e 7.969/89, disse ele:

“Essa última lei [Lei nº 7.969/89] traduziu a resposta à manifestação daquele entusiasmado e bem intencionado abuso da cautelar inominada, a que me referi, e que vinha provocando um fenômeno inusitado na prática brasileira, a fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada, porque, em relação a esta, não vigoravam as vedações e limitações antecedentes do mandado de segurança, nem mesmo a da suspensão da liminar ou de setença pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso.

Todas essas leis anteriores vieram, porém, a coibir um tipo específico, um conteúdo determinado de medida cautelar, de alcance satisfativo, que mal ou bem se reputou, e elas não estão em causa, senão juridicamente, praticamente irreparáveis, quando não irreversíveis, e visaram a coibir casos típicos de abuso do poder cautelar.” (fl. 45)

Mais a frente, o Ministro deixa ainda mais claro o seu pensamento:

“Assim, essa específica provisoriedade de todo o provimento cautelar, liminar ou não, importa, necessariamente, na sua reversibilidade, ou pelo menos na sua reparabilidade; reversibilidade e reparabilidade, que se não podem apreciar sob perspectiva puramente jurídica, mas têm de ser apreciados com os pés na terra, em termos de reversibilidade e reparabilidade prática, de fato, sob pena de, no afã de propiciar a mais ampla tutela jurisdicional a uma das partes, negar-se à parte contrária o devido processo legal. E converter, de fato, quando não de direito, medidas cautelares de cognição incompleta, às vezes de cognição incompletíssima, em situações de fato definitivas, irreversíveis ou irreparáveis.

Nessa linha é que, em princípio, sem prejuízo de melhor exame, quando estiverem em causa, me parecem defensáveis os precedentes legislativos que, uns mais, outros menos, tiveram sempre a preocupação de vedar liminares de conteúdo preciso, aos quais se atribuiu, mal ou bem, um sentido definitivamente satisfativo,

que contraria as próprias limitações finalísticas do processo cautelar e a sua própria natureza essencialmente provisória.” (fls. 46-47)

Mas, como a Medida Provisória nº 173/90 fugia à regra dos precedentes citados e, em vez de vedar a concessão de liminar de conteúdo preciso, instituiu proibição que alcançava uma série interminável de situações, o Ministro concluiu não ser possível determinar onde a proibição era razoável e onde era abusiva, motivo pelo qual optou por indeferir a liminar, **sem retirar dos juízes, entretanto, a possibilidade de analisar a constitucionalidade da proibição diante do caso concreto.** Estas as suas palavras:

“Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto *a priori* a toda e qualquer restrição que se faça à concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares *initio litis*, distinguir, em tese e só assim poderemos distinguir neste processo -, até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário.

(...)

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva esta restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.” (fls. 48-49)

A conclusão anterior foi registrada na ementa do acórdão, que consigna que o indeferimento da liminar em ação direta “não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto, da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”.

Em 1996, foi declarada a perda de objeto da ADIN 223, que foi arquivada (baixa em 26/3/1996). O mesmo destino tiveram as ADINs 272, 273 e 295, em que o STF voltou a examinar a questão em face das reedições da Medida Provisória nº 173/90, fazendo remissão à decisão da ADIN 223 para indeferir as cautelares requeridas.

ADIN 975

Em 1993, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 975/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil atacando a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro daquele ano, até hoje **a mais ousada tentativa legislativa-executiva de restringir a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público.**

Aplicava-se o diploma normativo citado, como dispunha o seu artigo 1º, às medidas cautelares inominadas do Código de Processo Civil (art. 798) e às liminares em mandado de segurança e em ação civil pública. Entre outras providências, fixava prazo máximo de eficácia de trinta dias para a “decisão concessiva de medida cautelar ou liminar”, findo o qual ela somente poderia ser renovada pelo tribunal competente para julgar o recurso; instituía a remessa de ofício dessa decisão; vedava a concessão de medida cautelar ou de liminar contra ato da administração pública sem audiência prévia do representante judicial desta; reafirmava as vedações das Leis nºs 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92; estabelecia casos de caução obrigatória; dispunha sobre a apreciação, pelo magistrado, de risco de grave lesão ao interesse público, ou à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, determinando ainda ponderação da “prevalência do interesse geral sobre o particular”; instituía pedido de suspensão para o tribunal competente para julgar o recurso.

Apesar de a medida provisória impugnada na citada ADIN ter perdido a eficácia, não tendo sido apreciada pelo Congresso Nacional e tampouco reeditada, o exame da posição do STF a respeito do assunto, é mais um elemento a nos guiar na investigação que se faz sobre a posição de nossa Corte Maior sobre a questão da restrição do poder cautelar do juiz por instrumento infraconstitucional. E, naquela ocasião, ficou clara, mais uma vez, a preocupação do órgão judiciário máximo com o abuso no manejo das liminares, o que, entretanto, não impediu, dados o alcance e a generalidade na inovação legal, fosse deferida medida cautelar para suspender a quase totalidade da Medida Provisória nº 375/93, pelas razões que consigna a ementa do acórdão:

“CONSTITUCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES E LIMINARES: SUSPENSÃO. Medida Provisória nº 375, de 23.11.93.

I – Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória nº 375, de 23.11.93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da

prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.

II – Cautelar deferida, integralmente, pelo Relator.

III – Cautelar deferida, em parte, pelo Plenário.”

O Relator, Ministro CARLOS VELLOSO registrou em seu voto:

“Admito que tenham ocorrido excessos na concessão de medidas liminares. A forma, entretanto, de conter esses excessos não é simplesmente proibir a concessão de liminar, ou de estabelecer tantos empecilhos a sua concessão que acabam por vedá-la. A MP 375, objeto da causa, quando não proíbe a concessão de liminar, cria tantos empecilhos à sua concessão, que acaba vedando, por via oblíqua, a liminar. Isto representa retrocesso e atenta contra a Constituição, (...)” (fl. 252)

E o Ministro CELSO DE MELLO, que também concedia integralmente a medida cautelar:

“(…) **não vejo como inibir o Poder Judiciário**, de modo genérico, **de conceder provimentos liminares**, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função de atos alegadamente lesivos emanados do próprio Estado.

A proteção jurisdicional **imediata**, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, restringindo gravemente o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material.” (fl. 275) [negrito original]

Cumprе chamar a atenção para o fato de que a divergência que se instalou em plenário no julgamento da ADIN referiu-se apenas ao exato alcance que deveria ter a medida cautelar, tendo prevalecido o entendimento de que não cabia a suspensão dos dispositivos da Medida Provisória nº 375/93 que apenas explicitavam regras que, na verdade, já decorriam do sistema processual vigente, como a exigência de prudência do magistrado, a proibição de concessão de cautelares irreversíveis, a possibilidade de o juiz fixar prazo de eficácia para a medida cautelar e renová-la, bem como, quando necessário, exigir caução¹¹⁸.

¹¹⁸ A simples leitura do dispositivo do acórdão e o cotejo deste com a norma impugnada revelam que estas divergências não fizeram com que a decisão do STF se distanciasse muito da que tivesse concedido integralmente a medida cautelar – exceto no que toca ao artigo 5º, §1º, da MP, que deve ser entendido a partir da observação que faço no texto. Para facilitar o entendimento, vale a transcrição do dispositivo do acórdão:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir, em parte, a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, na Medida Provisória n. 375, de 23.11.93, os efeitos do art. 2º; do art. 4º; no inciso III do art. 5º e os seus §§3º, 4º, 5º e 6º. Ainda, por maioria de votos, deferir a medida cautelar, para suspender, até decisão final da ação, os efeitos, no caput do art. 5º, da expressão “e 4º”; no inciso I do mesmo artigo (5º), da expressão “que não poderá exceder de trinta dias”; no §2º (do art. 5º), das expressões “somente” e “pelo Tribunal competente para o julgamento do recurso de ofício”; e,

finalmente, no art. 6º, da expressão “para julgar o recurso de ofício”, vencidos, em parte, nestes dispositivos, os Ministros Relator, Marco Aurélio e Celso de Mello, que a deferiam in totum.”

E do texto integral da Medida Provisória nº 375, onde se grifaram os textos cuja eficácia foi suspensa pelo STF:
MEDIDA PROVISÓRIA nº 375, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1993

Dispõe sobre a concessão e os efeitos de liminares e de medidas cautelares e sobre situações de risco de grave lesão ao interesse público, à ordem, à saúde, à segurança e a economia pública.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte medida provisória, com força de lei:

Art. 1º As disposições desta medida provisória aplicam-se às medidas cautelares regidas pelo art. 798 do Código de Processo Civil, às liminares autorizadas pelo inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e pelo §1º do art. 12 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 2º A concessão de medida cautelar ou de liminar contra órgão ou entidade da Administração Pública, bem assim contra ato ou omissão dos respectivos agentes ou administradores, somente será possível após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou da entidade da administração indireta, que deverá ser pessoalmente notificado para manifestar-se no prazo de setenta e duas horas.

Art. 3º A autoridade do Poder Judiciário à qual for pedida a concessão de medida cautelar ou de liminar considerará, além dos pressupostos de direito aplicáveis à espécie, a ocorrência, ou o seu risco, de grave lesão ao interesse público, ou à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, assim entendida a situação em que, da ordem judicial, puder decorrer dano de difícil reparação em consequência da suspensão ou interrupção de atos e procedimentos administrativos ou da execução de serviço ou obra de interesse público, bem como do desembolso de importâncias ou da liberação de bens.

Art. 4º Ao apreciar a alegação de receio de que a autoridade, órgão ou entidade da administração pública possa causar dano de difícil reparação a ente privado, o juiz cotejará os interesses em confronto, ponderando a prevalência do interesse geral sobre o particular.

Art. 5º A decisão concessiva de medida cautela ou de liminar, devidamente fundamentada, de modo especial quanto ao disposto nos arts. 3º e 4º, deverá:

I - fixar o prazo de eficácia da medida cautela ou da liminar, **que não poderá exceder de trinta dias**;

II - estabelecer, quando necessário, como condição da eficácia da concessão, a prestação de garantia acateladora do interesse exposto a risco;

III - conter recurso de ofício para o Presidente do Tribunal competente para os recursos na causa.

§1º Não será concedida medida cautela ou liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, ou que contrarie o disposto nos arts. 1º da Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956, e 5º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 1º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

§2º Decorrido o prazo a que se refere o inciso I do *caput* a medida cautela ou a liminar perderá a eficácia, de pleno direito, e **somente** poderá ser renovada **pelo Tribunal competente para o julgamento do recurso de ofício.**

§3º A prestação de garantia é indispensável nos casos em que, em decorrência da ordem judicial, houver suspensão ou interrupção de processo de licitação pública, devendo a garantia ser de valor correspondente, no mínimo, ao previsto para a caução contratual.

§4º O recurso necessário a que se refere o inciso III deste artigo será processado em autos separados e remetidos à instância superior no prazo de dois dias úteis, contado da data da decisão.

§5º Comporão os autos a que se refere o parágrafo anterior, por cópia autenticada, a petição da medida ou da liminar, o mandato do procurador judicial, a certidão da intimação pessoal do representante judicial do órgão ou entidade da administração pública e a sua manifestação (art. 2º) e a decisão concessiva.

§6º Ressalvados os casos de mandado de segurança e de habeas corpus de competência originária do próprio Tribunal, o recurso de ofício terá processamento prioritário, sem a intervenção escrita do Ministério Público, que poderá pronunciar-se, oralmente, na assentada do julgamento.

Art. 6º O órgão ou entidade da Administração Pública poderá, a qualquer tempo, requerer a suspensão da medida cautelar ou da liminar ao Presidente do Tribunal competente **para julgar o recurso de ofício.**

Art. 7º Esta medida provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de novembro de 1993; 172º da Independência e 105º da República.

Um aspecto importante do julgamento do pedido de medida cautelar na ADIN nº 975 é o fato de não terem sido julgadas inconstitucionais, naquela fase de cognição sumária, as restrições dos artigos 1º da Lei nº 2.770/56, 5º da Lei nº 4.348/64, 1º da Lei nº 5.021/66 e 1º da Lei nº 8.437/92. A maior parte dos Ministros seguiu, nesse ponto, o entendimento do Ministro NÉRI DA SILVEIRA de que

“repetem-se, nesse contexto, normas que já existem, têm vigência, a respeito de não concessão de liminar sobre matéria nelas regulada. São situações especiais que a legislação já prevê e, ao serem repetidas, consolida-se o sistema em vigor.” (fl. 292)

Ficou claro, contudo, do voto do Ministro CARLOS VELLOSO, que estas leis devem ser interpretadas “sem radicalismos”:

“Temos um conjunto de leis que, utilizadas e interpretadas inteligentemente, sem radicalismos – porque a interpretação, em termos ortodoxos, de alguns de seus dispositivos, tornam-nos também inconstitucionais – resolvem o problema dos excessos praticados. Refiro-me às Leis 2.770, de 04.05.56, Lei 4.348, de 26.06.64, Lei 5.021, de 09.06.66, e Lei 8.437, de 30.06.92. Essas leis propiciam, inclusive, medidas que, requeridas a tempo e modo, pelo representante da Fazenda Pública, efetivam o controle judicial da decisão concessiva da liminar. (...)” (fl. 254)

ADIN 1576

No início de 1997, o Partido Liberal ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, na qual deferiu-se em parte a medida liminar pleiteada.

Como vimos, a Medida Provisória nº 1.570/97 foi a primeira da série que resultou na aprovação da Lei nº 9.494/97.

A liminar foi deferida apenas para suspender a vigência do artigo 2º da citada MP, que acrescia o §4º ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, segundo o qual, sempre que houvesse possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinaria a prestação de garantia real ou fidejussória.

Quanto ao art. 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, que corresponde ao atual art. 1º da Lei nº 9.494/97, consignou o acórdão da liminar, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO (julgamento de 16/4/1997)¹¹⁹:

“TUTELA ANTECIPADA – SERVIDORES – VENCIMENTOS E VANTAGENS – SUSPENSÃO DA MEDIDA – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar a concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último.”

Em julho de 1997, o Relator declarou a perda de objeto da ação por falta de aditamento da inicial, indispensável na hipótese de reedição de medida provisória segundo a jurisprudência do STF.

ADC 4

Em 1998, o Presidente da República e as Mesas da Câmara e do Senado ajuizaram a Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, o qual, como vimos, estendeu à tutela antecipatória, as vedações então já existentes à concessão de “medidas liminares” em mandados de segurança e ações cautelares.

Em 11 de fevereiro de 1998, foi deferida parcialmente medida cautelar para, nos termos do acórdão, “suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, susstando-se, ainda, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública”.

Para caracterizar a plausibilidade da tese invocada pelos autores, os Ministros limitaram-se a fazer referência à decisão prolatada na ADIN 1576, concluindo que, se naquela ação a Corte não encontrara relevância na arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570, repetido pelo artigo

¹¹⁹ Não tive acesso ao inteiro teor do acórdão da ADIN 1576 porque este não foi publicado até esta data, encontrando-se pendentes algumas revisões de notas taquigráficas, segundo informação fornecida por funcionário do STF.

1º da Lei nº 9.494/97, então, por coerência, não poderiam negar a liminar na ação declaratória de constitucionalidade deste último dispositivo.

Como interpretar a decisão mencionada? Significa que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, ainda que provisoriamente, o artigo 1º da Lei nº 9.494/97? Não!

Com efeito, houve grande discussão dos Ministros em torno desta questão. É que, até então, nunca havia sido proferida uma decisão liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Foi na própria ADC 4 que os Ministros decidiram, por maioria, pela admissibilidade deste tipo de medida, do que resultou a necessidade de definir-se o seu alcance. Neste aspecto foi vencedor o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, cujo voto consignou que “não cabe, sequer provisoriamente, afirmar que subsiste a presunção de constitucionalidade da lei” (fl. 91) e, adiante, deixou claro o Ministro que “o que não quero é, neste juízo liminar, dizer, com eficácia **erga omnes** e vinculante, que o juiz deva de logo aplicar essa lei como se fosse constitucional” (fl. 93).

De modo que, rigorosamente, o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 *não foi declarado constitucional*.

É verdade que os efeitos práticos da decisão, suspendendo a apreciação de pedidos de antecipação de tutela nas hipóteses referidas pela Lei nº 9.494/97 que tivesse por fundamento a inconstitucionalidade desta, acabaram sendo os mesmos de uma declaração de constitucionalidade provisória.

Outrossim, o julgamento de mérito da ADC 4 já foi iniciado, estando, por ora, paralisado em virtude de pedido de vista do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Pelo que se tem até o momento, a tendência é que o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 seja declarado constitucional¹²⁰. Seria de bom alvitre, entretanto, que a decisão a ser

¹²⁰ O Informativo STF nº 167, de 18 a 22 de outubro de 1999, registra a notícia:

“Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública - Iniciado o julgamento de mérito da ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, que tem por objeto o artigo 1º da Lei 9.494/97 (“Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.347, de 30 de junho de 1992.”). O Min. Sydney Sanches, relator, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, proferiu voto no sentido de julgar procedente a ação e declarar a constitucionalidade da referida norma porquanto não viola o princípio do livre acesso ao judiciário (CF, art. 5º, XXXV). De outra parte, o Min. Marco Aurélio, por entender ausente o requisito de urgência na Medida Provisória da qual originou a Lei

proferida, se realmente seguir a tendência apontada, ressalvasse a possibilidade de apreciação da constitucionalidade da norma no caso concreto, ao estilo do que foi feito no julgamento da ADIN 223.

É preciso que se diga que, em grande parte, o que motivou o Governo a ajuizar a ADC 4 foi o abuso na concessão de liminares, principalmente em ações coletivas.

A própria inicial da ADC registra:

“41. **In casu**, verifica-se que a incerteza acerca da constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.97, gerada pelas decisões que a têm afastado para **conceder a tutela antecipada** naquelas matérias em que estão defesas as concessões de cautelares ou liminares, tem-se repetido em proporções **relevantes**, ensejando o surgimento daquelas situações de fato de que o Poder Público se desejou contracautelar com a edição da MP 1.570.

(...)

43. O fato torna-se mais grave porque está sendo provocado pela **maciça** propositura de ações com vistas à percepção de vantagens, em pecúnia, por servidores públicos. Em grande parte, por meio de ações coletivas.”

(...)

“27. O que tem sido conseqüente dessa recusa ao reconhecimento da constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, é o aumento incabível de deferimentos de pedidos de **tutela antecipada** em causas propostas, aos milhares, por servidores públicos em desfavor de Pessoas Jurídicas de Direito Público, com determinação de imediata oneração das folhas de pagamentos, **inclusive com pagamento de atrasados**, alguma vez sob pena de prisão (V. **ANEXO 07**) a provocar repercussões indesejadas sobre o erário por imprevisão orçamentária, violentando não só as disposições do art. 1º da Lei nº 9.494/97, como, principalmente, as do art. 100, da Constituição, que impõem a execução do julgado por meio de **precatório**.” [negrito original]

Pensamos que não há como se negar que vinham ocorrendo e ainda ocorrem inúmeros abusos na concessão de tutelas antecipatórias.

Ora, o simples fato de o Poder Público figurar como réu em ações judiciais em que se pede a antecipação de tutela, apesar de, como já deixamos claro, não ser impeditivo à concessão destas antecipações, já indica que existe interesse público envolvido no litígio, o qual deve ser devidamente sopesado pelo juiz ao proferir a decisão antecipatória. Não se trata – já ressaltamos este ponto – de simplesmente ignorar os direitos individuais sob o fundamento de que o interesse público tudo

9.494/97, votou pela improcedência da ação, declarando a inconstitucionalidade formal do dispositivo mencionado, uma vez que o vício na Medida Provisória contaminaria a Lei de conversão. Após os votos dos Ministros Nelson Jobim, Mauricio Corrêa, Ilmar Galvão e Celso de Mello, que acompanhavam o voto do Min. Sydney Sanches, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence. ADC 4-DF, rel. Min. Sydney Sanches, 21.10.99.”

autoriza, mas de considerar que este *também* é um valor preservado pelo ordenamento, que somente poderá ser superado por outro, de igual ou maior magnitude axiológica, no caso de estarem configurados os requisitos legais da tutela antecipatória.

E é exatamente no exame desses requisitos que falham muitos juízes. Não são raras as vezes que vemos, por exemplo, a concessão de tutela antecipatória com fundamento no binômio da verossimilhança da alegação e da existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando o autor, para provar este risco, se limita a fazer alegações de cunho genérico, que, absolutamente, nada demonstram. Assim é que vários contribuintes obtêm, por exemplo, ordens liminares autorizando a compensação de créditos tributários com a simples argumentação de que, “acaso indeferida a liminar, terão que desembolsar grande quantia para pagamento de tributos, o que lhes trará prejuízo irreparável”. Alegações genéricas que nada provam e que olvidam o interesse público em arrecadar...

Por outro lado, a verossimilhança das alegações do autor não pode ser examinada de um ponto de vista isolado, devendo-se ter em conta, por exemplo, em se tratando de decisão que tenha por fundamento a inconstitucionalidade de lei, os precedentes do STF e dos demais tribunais. Nesta esteira, não é razoável a concessão de uma tutela antecipatória com base na declaração de inconstitucionalidade de uma lei por fundamentos que o STF ou outros tribunais já tenham rejeitado.

Em relação às decisões citadas pela inicial da ADC 4 que determinavam ao Poder Público o pagamento de salários atrasados sem a observância do rito dos precatórios, pergunta-se: será que essas decisões realmente examinaram a urgência da situação do autor para concluir que ele não poderia esperar para ser incluído no orçamento? Penso que a resposta é negativa, ainda mais que várias delas foram proferidas em ações coletivas, que dificultam extremamente, senão impossibilitam por completo, tal exame.

Entendemos que é por estas razões que o STF tem tido muito cuidado para não declarar a inconstitucionalidade de normas que proíbem a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias contra o Poder Público relativas a matérias

específicas. Trata-se, sem dúvida, de um posicionamento mais político do que jurídico, como tantas vezes acontece naqueles altos escalões.

Mas isto não deve significar que, mesmo naqueles casos abrangidos pelas vedações legais, uma vez presentes os requisitos legais do artigo 273, incisos I e II e §6º, não possa o magistrado conceder a tutela antecipatória, que ficará sujeita, como de regra, a recurso e, conseqüente exame do órgão jurisdicional competente para o julgamento deste. E, nos casos abrangidos pelas restrições da Lei nº 9.494/97, objeto de exame da ADC 4, como conseqüência do efeito vinculante da medida cautelar lá proferida, a decisão antecipatória poderá ser diretamente levada ao STF por meio do manejo de reclamação, não cabendo a aplicação de nenhuma sanção disciplinar ao magistrado, como consignou o voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que refletiu o posicionamento geral dos Ministros sobre o tema:

“Esclareço, ainda, que, a meu ver, nosso sistema jurídico não autoriza coarctar a ação do juiz. Se, porventura, magistrados entenderem diferentemente do STF, não os estou impedindo de decidir de acordo com a sua consciência. É da nossa melhor tradição judiciária a asseguarção de independência da magistratura em todos os graus. O STF é a cúpula do sistema, mas qualquer magistrado desta Nação há de poder decidir com independência. Estou certo, porém, de que, deferida a cautelar, com eficácia vinculante, a partir de agora, nenhum juiz em se tratando de hipótese em que a norma em causa seria aplicável, deixará de fazê-lo, por uma razão de sensatez, porque o magistrado sabe que, se o fizer, estará prejudicando a parte, a qual será, então, compelida a vir ao Supremo Tribunal Federal e, em reclamação, pedir a cassação do decisum de instância inferior, por desrespeito a esta Corte. Ressalvo, porém, que o juiz não correrá risco de sanção disciplinar, se decidir, motivadamente, sempre de acordo com sua consciência e independência.” (fls. 115 e 116)

Reclamações

A decisão liminar na ADC 4 não impediu que os juízes e tribunais do país continuassem concedendo antecipações de tutela contra o Poder Público. E, como já havia sido anunciado e até admitido no próprio julgamento da ação declaratória, tais decisões acabam chegando ao STF para serem apreciadas em sede de reclamações que argumentam com a inobservância da autoridade da Corte Máxima.

No julgamento destas reclamações, a par de dar provimento a várias delas¹²¹, o STF tem também negado provimento a tantas outras, deixando claro que o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 e, portanto, a própria decisão liminar que se entende desrespeitada, aplica-se taxativamente aos casos de concessão de vantagens pecuniárias, vencimentos, reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vencimentos aos servidores públicos.

Assim sendo, o STF já pacificou o entendimento de que esta decisão não se aplica em matéria de natureza previdenciária, sendo possível a antecipação de tutela, por exemplo, para conceder benefícios previdenciários ou impedir a redução de proventos¹²². Da mesma forma, não se aplica a decisão em tela em matéria tributária¹²³, tendo admitido o STF que não ofendem a autoridade da decisão na ADC 4 antecipação de tutela para fins de sustar a inscrição de débito tributário em dívida ativa¹²⁴ e para autorizar a compensação tributária¹²⁵.

Merece menção especial a Reclamação 1.020-RJ, que tratou do último assunto citado – a compensação tributária – porque retrata bem a disposição do STF em interpretar o mais restritivamente possível o artigo 1º da Lei nº 9.494/97.

É que, apesar de o dispositivo de lei citado fazer expressa referência ao artigo 1º da Lei nº 8.437/92, entendeu o STF que tal referência não abrangia seus parágrafos, entre os quais, o parágrafo quinto, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, segundo o qual “não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”¹²⁶. Tal raciocínio certamente

¹²¹ As reclamações que têm sido providas dizem respeito a tutelas antecipatórias para pagamento de reajustes salariais a servidores públicos. Confirmam-se as Reclamações nºs 739, 754, 762, 770, 779, 791, 802, 815, 839, 850, 856, 868, 878, 886, 914, 949, 984, 1007, 1023, 1147, 1182, 1481, 1535, 1793, 1804, 1817, 1825, 1939.

¹²² Nesse sentido as Reclamações 1.014-RJ, 1.015-RJ, 1.122-RS, 1.136-RS, 1.275-PA e 1.578-RS.

¹²³ Sobre a antecipação de tutela em matéria tributária, vale lembrar o que já dissemos no Capítulo 2, sobre a última alteração do Código Tributário Nacional (ver Nota 69).

¹²⁴ Conforme Reclamação 902-SE.

¹²⁵ Conforme Reclamação 1.020-RJ.

¹²⁶ Conforme Informativo STF 278, de 19 a 23 de agosto de 2002, que noticia:

“Tutela Antecipada e Matéria Previdenciária - Concluindo o julgamento de agravo regimental, o Tribunal manteve decisão do Min. Octavio Gallotti, relator, que negara seguimento a reclamação contra o deferimento de tutela antecipada por juiz federal para garantir a compensação de valores correspondentes a contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas, em que se alegava o desrespeito à decisão do STF na ADC-4 - que suspendeu liminarmente, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação

partiu da idéia de que, onde o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 quis incluir os parágrafos dos dispositivos de lei que cita, ele o fez expressamente.

IV) A jurisprudência em geral

Uma pesquisa das decisões de nossos juízes e tribunais revela que, mesmo após a decisão cautelar na ADC 4, continuam sendo concedidas tutelas antecipatórias contra o Poder Público, seja em razão da interpretação restritiva dada, na esteira do posicionamento do STF em sede das reclamações, às hipóteses legais proibitivas, seja em virtude de situações excepcionais em que, a bem de proteger elevados valores jurídico-constitucionais, simplesmente afasta-se a aplicação delas. Confirmam-se, a respeito, as seguintes ementas de decisões do Superior Tribunal de Justiça¹²⁷:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - TRANSPLANTE DE RIM MAL SUCEDIDO - TUTELA ANTECIPADA - APELAÇÃO RECEBIDA EM AMBOS OS EFEITOS - EXCEPCIONALIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO PARA GARANTIR PAGAMENTO DE PENSÃO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DO APELADO - INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.494 DE 1.997.

A Lei nº 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do STJ. Recurso improvido.”

de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97. Considerou-se que a decisão do STF na ADC-4 refere-se, exclusivamente, às situações referidas taxativamente no caput do art. 1º da Lei 9.494/97, não abrangendo, portanto, os parágrafos do art. 1º da Lei 8.437/92, que são autônomos e não foram mencionados no art. 1º da Lei 9.494/97 (“Lei 9.494/97, art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5o e seu parágrafo único e 7o da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1o e seu § 4o da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1o, 3o e 4o da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.”). Rcl (AgR) 1.020-RJ, rel. Min. Octavio Gallotti, 21.8.2002.(RCL-1020)”

¹²⁷ No mesmo sentido: no TRF 1ª Região, AG 19970100051877-8/MG e AG 20010100016494-9/DF; no TRF 2ª Região, AG 20000201066025-9/RJ e AG 970239344-2/RJ; no TRF 3ª Região, AMS 19996100017887-9/SP e AC 19996110000481-4/SP; no TRF 4ª Região, AG 20020401009152-7/RS e AG 20020401004573-6/PR; no TRF 5ª Região, AG 20010500031853-5/CE e AG 20010599000293-2/SE. Contra, muitas citando a decisão na ADC 4: no STJ, REsp. 362244/MS, 293610/DF, 213555/RN, 195988/RS, 208226/SC, 218813/AL, 208817/PE, 196164/RS, 187711/PB, 182886/PE e 179669/PE; no TRF 1ª Região, AG 20000100091980-9/DF e AGA 20020100007246-8/DF; no TRF 2ª Região, AG 20000201052745-6/RJ e AG 200102011971-1/RJ; no TRF 3ª Região, AG 20010300031189-5/SP e AG 20000300067981-0/SP; no TRF 4ª Região, AG 20010401075609-0/PR e AG 20010101083256-0/PR; no TRF 5ª Região, AG 970519163-8/CE e AG 20010500004873-8/RN.

(Recurso Especial 275649; Processo: 200000891134/SP; Órgão Julgador: STJ - Primeira Turma; Data da decisão: 07/08/2001; DJ17/09/2001, p.116; Relator: Garcia Vieira)

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO. TUTELA ANTECIPADA. LEI 9.494/97. INAPLICABILIDADE. SITUAÇÃO PECULIAR.

Esta Corte já se manifestou inúmeras vezes sobre a impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mas a espécie dos autos não se enquadra nos precedentes, pois como bem constatado pela instância ordinária, trata-se, tão-somente, de um restabelecimento de um benefício que já existia e teria sido cortado, aparentemente sem justificativa.

Recurso desprovido.”

(Recurso Especial 364789; Processo: 200101285205/SC; Órgão Julgador: STJ – Quinta Turma; Data da decisão: 04/04/2002; DJ13/05/2002, p. 222; Relator: JOSÉ ARNALDO DA FONSECA)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SUSTAÇÃO DOS ATOS DE LICENCIAMENTO DO EXÉRCITO PARA CONTINUIDADE DE TRATAMENTO DE SAÚDE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIMENTO. MANUTENÇÃO DO DECISUM FACE À EXCEPCIONALIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA PARA GARANTIR O TRATAMENTO VINDICADO. MATÉRIA PROBATÓRIA INAPRECIÁVEL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ART. 1º DA LEI 9.494/97.

I - Questão relacionada com verificação a atendimento de requisitos necessários à concessão de tutela antecipada (comprovação da verossimilhança e do receio de dano irreparável) envolve reexame de matéria fático-probatória inapreciável em sede de recurso especial.

II - O art. 1º da Lei 9.494/97 deve ser interpretado com temperamento e de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizada a necessidade premente da continuidade de tratamento da medida antecipatória. Precedentes jurisprudenciais.

III - Recurso improvido.”

(Recurso Especial 396815; Processo: 200101816325/RS; Órgão Julgador: STJ – Primeira Turma; Data da decisão: 12/03/2002; DJ15/04/2002, p.184; Relator Garcia Vieira)

“PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RURAL. BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ESTADO DE NECESSIDADE OU FORÇA MAIOR. LEI 9.494/97.

Em casos especialíssimos, presente a força maior ou o estado de necessidade, cabe antecipação de tutela nas ações previdenciárias que visem benefício.

Recurso conhecido, mas desprovido.”

(Recurso Especial 200686; Processo: 199900026020/PR; Órgão Julgador: STJ – Quinta Turma; Data da decisão: 28/03/2000; DJ17/04/2000, p. :76; Relator: Gilson Dipp)

Na linha das decisões anteriores, uma pesquisa das decisões judiciais no âmbito da justiça federal¹²⁸, revela que é pacífico o entendimento de que é possível

¹²⁸ Ver Nota 127.

a antecipação de tutela para fins de mera reimplantação de benefícios previdenciários e até mesmo para concessão destes em face de necessidade premente de proteção do direito à saúde¹²⁹, o que revela grande sensibilidade por parte dos nossos juízes e tribunais. Por outro lado, também é pacífico o entendimento de que não é cabível tutela antecipatória para pagamento de valores atrasados e nem para a compensação de tributos. Em relação a esta última matéria, a jurisprudência não segue o entendimento externado pelo STF na Reclamação 1.020-RJ, acima comentada, apoiando-se, para isso, na Súmula nº 212, do STJ, e, mais recentemente, no novo art. 170-A do Código Tributário Nacional, inserido pela Lei Complementar nº 104/01, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

A conclusão geral a que se pode chegar, a partir da análise da jurisprudência, é que a medida cautelar da ADC 4 acabou por ter aquele efeito pedagógico que, penso eu, foi pretendido pelo STF, preocupado que estava aquela Corte com os abusos que vinham sendo perpetrados. Acredito também que essa tendência vai se manter mesmo com o advento de eventual decisão definitiva declaratória da constitucionalidade na ADC 4, o que, registre-se, não significará desrespeito à posição adotada pelo Pretório Excelso.

É que a análise das várias decisões que o STF têm tomado sobre o tema das proibições legais relativas a decisões judiciais cautelares e antecipatórias revelam que, como princípio, a Corte Maior admite, sim, a antecipação de tutela contra o Poder Público **em qualquer caso, desde que estejam presentes todos os seus pressupostos legais e tenha-se em mente a excepcionalidade da medida, devendo o magistrado sopesar todos os valores e riscos envolvidos.** O que o STF quer evitar é o abuso, é a concessão indiscriminada de tutelas antecipatórias baseadas, por exemplo, em mera plausibilidade do direito – o

¹²⁹ Confirmando tutela antecipatória concedida no bojo da sentença para reconhecer ao autor o benefício do auxílio-doença: AI 1999.04.01.139177-3/PR. Essa decisão, do TRF da 4ª Região, consigna em sua ementa que “os requisitos legais para a antecipação da tutela pretendida evidenciam-se no caráter alimentar do benefício e na precária situação de saúde e sócio-econômica do segurado”.

magistrado pode, sim, entender plausível o direito, mas os requisitos para a concessão de tutela antecipatória não se esgotam aí.

De modo que, a rigor, em vez de declarar inconstitucionais as vedações legais, optou-se por declará-las constitucionais, **ainda que inócuas em face de interpretação segundo a qual conclui-se que, na verdade, as decisões antecipatórias só estão vedadas naqueles casos em que elas já não poderiam ser concedidas** (por falta dos requisitos legais).

Assim sendo, é extremamente oportuna a proposta de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Juiz Federal em Maceió, segundo a qual, em sede de controle concentrado, deveria ser “fixada uma interpretação restritiva da aplicação dos dispositivos comentados, no uso da chamada **Interpretação Conforme à Constituição**, ou da **Declaração de Inconstitucionalidade sem Perda de Texto**, onde o Pretório Excelso deixasse claro que as vedações são constitucionais desde que não colidam, em cada caso, com a regra da inafastabilidade do controle (útil) do Judiciário”¹³⁰ [negrito e sublinha originais].

Conclusão

1. A tutela antecipatória consiste, basicamente, na entrega da prestação jurisdicional em momento anterior à formação da convicção definitiva do julgador, pela qual se autoriza ou determina a prática ou a abstenção de atos que têm como resultado a efetiva fruição de um direito provisoriamente reconhecido.
2. A tutela antecipatória representa um instrumento de harmonização, diante do caso concreto, dos princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, aquele decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e este, dos princípios da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal.
3. As tutelas provisórias, antecipatórias ou puramente cautelares, tanto quanto a tutela definitiva, têm dignidade constitucional.

¹³⁰ *Tutelas Provisórias*, p. 17.

4. A tutela antecipatória tem natureza satisfativa, isto é, volta-se à realização provisória do próprio direito finalisticamente buscado, não se confundindo com a tutela puramente cautelar, embora ambas tenham regime jurídico similar.
5. O direito positivo brasileiro expressamente prevê os seguintes tipos de tutela antecipatória: antecipação assecuratória, antecipação por comportamento abusivo e antecipação do pedido incontroverso, cada um com requisitos e características próprias.
6. A tutela antecipatória pode ser concedida em qualquer tipo de ação de conhecimento, a decisão que a veicula não tendo necessariamente a mesma eficácia preponderante do provimento final fundado em cognição exauriente.
7. No provimento antecipatório preponderam as eficácias mandamental e executiva *lato sensu*.
8. Por Poder Público deve-se entender os entes de direito público interno (União, Estados, Município e Distrito Federal e suas fundações e autarquias) e seus agentes.
9. A concessão de provimentos antecipatórios ou cautelares contra o Poder Público sempre encontrou resistências, o que nada mais é do que reflexo da pouca efetividade que em geral têm os comandos jurisdicionais proferidos contra o Poder Público quando encontram resistências por parte deste.
10. Os fundamentos da tutela antecipatória contra o particular são os mesmos que autorizam a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, bastando para isso que se façam presentes os seus requisitos legais, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.
11. Assim sendo, é possível a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, a qual, ademais, não é objeto de vedação genérica.
12. A tutela antecipatória não conflita e nem é afastada pelos institutos processuais que regem as ações judiciais envolvendo o Poder Público, como a remessa oficial e a exigência de que os pagamentos de quantia certa se submetam ao regime dos precatórios.
13. A efetivação da tutela antecipatória deve ocorrer no mesmo processo em que foi proferida, não sendo cabível falar-se em instauração de novo processo de “execução” porque a efetivação se dá, precipuamente, por meio de ordens

dirigidas à outra parte, seja ela particular ou o Poder Público. O juiz aplicará as regras do processo de execução que se mostrarem úteis e adequadas, como a possibilidade de exigência de medidas de contracautela.

14. No caso de pagamento de quantia certa, há que se dispensar o precatório, devendo as entidades públicas buscar todos os meios idôneos para cumprir sem delongas as decisões judiciais, constituindo, por exemplo, provisões orçamentárias com este fim.
15. São as seguintes as leis que proíbem, em determinados casos, a antecipação de tutela contra o Poder Público: Leis n^{os} 2.770/56; 4.348/64; 5.021/66; 7.969/89; 8.076/90; 8.437/92 e Lei n^o 9.494/97.
16. As leis citadas revelam casuísmo no trato da matéria, o que trouxe, como conseqüência, uma despreocupação com a técnica processual, exigindo-se dos operadores do direito o máximo de atenção no trabalho hermenêutico.
17. As considerações que fiz a respeito dos fundamentos da tutela antecipatória autorizam, por si sós, a conclusão de que as vedações legais à sua concessão padecem de insanável inconstitucionalidade, independentemente de qualquer consideração sobre a parte em face de quem se opera essa concessão.
18. Qualquer tentativa de sistematizar aprioristicamente hipóteses de não cabimento de tutela antecipatória não será bem sucedida porque é impossível ao legislador conhecer em toda a sua riqueza as situações de litigiosidade da vida.
19. O legislador não pode construir um conjunto de regras abstratas de tomada de decisão de modo a determinar, sem a consideração das características do objeto concreto de exame, o próprio conteúdo desta decisão.
20. Sob a fachada de regulamentação legal de matéria atinente ao direito processual, prescrições como as veiculadas na Lei n^o 9.494/97, na verdade, acabam por definir contornos ao próprio direito material, limitando-o sem o necessário fundamento constitucional.
21. As leis proibitivas de tutelas antecipatória ou cautelar também ofendem ao princípio da harmonia entre os Poderes porque o Legislativo (ou o Executivo atuando por medidas provisórias) não está autorizado a dizer como o Judiciário deve julgar.

22. As vedações à tutela antecipatória não se justificam com base no interesse público porque este não se confunde com a defesa intransigente dos interesses do próprio Estado.
23. As vedações à tutela antecipatória não podem ser inseridas entre as prerrogativas processuais do Poder Público.
24. A maior parte dos processualistas adota, hoje, uma de duas posições: ou defendem peremptoriamente a inconstitucionalidade das normas proibitivas ou aceitam a sua constitucionalidade, dando-lhes interpretação que, entretanto, impõe que o juiz, diante do caso concreto, se necessário, as afaste. Mas também existem vozes autorizadas que seguem orientação diversa das duas correntes citadas, aduzindo que, porque a matéria não tem dignidade constitucional, a lei pode proibir a concessão da tutela cautelar *lato sensu* sem incidir em inconstitucionalidade.
25. Não é defensável a generalizada concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, devendo-se evitar a tentação de construir seja um processo civil do autor, seja um processo civil do réu. O que defendo é a possibilidade e a necessidade de a solução adequada ser dada pelo magistrado, diante do caso concreto.
26. O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade de vedações legais à concessão de tutela cautelar ou antecipatória contra o Poder Público em várias oportunidades, entre elas os julgamentos nas ADINs 223, 975 e 1576, na ADC 4, na qual foi deferida medida cautelar, e em inúmeras reclamações.
27. Mesmo após a decisão cautelar na ADC 4, continuam sendo concedidas tutelas antecipatórias contra o Poder Público, seja em razão da interpretação restritiva dada, na esteira do posicionamento do STF em sede das reclamações, às hipóteses legais proibitivas, seja em virtude de situações excepcionais em que, a bem de proteger elevados valores jurídico-constitucionais, simplesmente afasta-se a aplicação das proibições legais.
28. A análise das várias decisões que o STF têm tomado sobre o tema das proibições legais relativas a decisões judiciais cautelares e antecipatórias revelam que, como princípio, a Corte Maior admite, sim, a antecipação de tutela

contra o Poder Público em qualquer caso, desde que estejam presentes todos os seus pressupostos legais e tenha-se em mente a excepcionalidade da medida, devendo o magistrado sopesar todos os valores e riscos envolvidos. O que o STF quer evitar é o abuso na concessão de liminares, que, realmente, vinha ocorrendo. Assim sendo, em vez de declarar inconstitucionais as vedações legais, optou-se por declará-las constitucionais, ainda que inócuas em face de interpretação segundo a qual conclui-se que, na verdade, as decisões antecipatórias só estão vedadas naqueles casos em que elas já não poderiam ser concedidas (por falta dos requisitos legais).

29. Em sede de controle concentrado, o STF deveria utilizar-se dos mecanismos de interpretação conforme à constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem perda de texto para deixar claro que as vedações são constitucionais, desde que harmonizadas, em cada caso, com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Referências bibliográficas

- BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BENUCCI, RENATO LUÍS. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. *O Poder Público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil*. Trad. 2ª ed. italiana J. GUIMARÃES MENEGALE. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CLÈVE, CLÉMERSON MERLIN. *Medidas provisórias*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- DIAS, FRANCISCO BARROS. *Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares*. In: Revista de Processo nº 59, julho-setembro de 1990, pp. 125-134.
- DIDIER JÚNIOR, FREDIE. *Processo cautelar: ainda é útil?* In: Jus Podium [Internet]. <http://www.juspodivm.com.br> [capturado em setembro de 2002]
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed., vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Execução de liminar em mandado de segurança – Desobediência – Meios de efetivação da liminar*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 200, abril/junho 1995, pp. 309-325.
- FAGUNDES, SEABRA. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

- FARIAS, EDILSON PEREIRA DE. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- FERREIRA FILHO, MANOEL CAETANO. *Comentários ao Código de Processo Civil. V. 7: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565* (coordenação de Ovídio Araújo Baptista da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FIGUEIRA JÚNIOR, JOEL DIAS. *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FUX, LUIZ. *Tutela de segurança e tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUIMARÃES, JOSÉ LÁZARO ALFREDO, *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*. 2ª ed. rev. e ampl.. Salvador: Panorama Gráfica e Editora, 1993.
- GUSMÃO JÚNIOR, MAURÍCIO SANTOS. *Aspectos relevantes da Fazenda Pública em juízo*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol.1, n. 1, out./dez. 1989, pp. 18-30.
- LACERDA, GALENO. *Comentários ao Código de Processo Civil. T. I, vol. VIII*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- LIMA, PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA. *Tutelas provisórias. Liminares*. In: Teia Jurídica [Internet] <http://www.teiajuridica.com.br>, Curso Virtual de Direito Processual Civil [capturado em maio de 2000].
- LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME. *A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)*. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil nº 1, janeiro/abril de 1996, pp. 85-95.
- _____. *A antecipação da tutela*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *A tutela antecipatória contra a Fazenda Pública*. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil nº 2, maio/agosto de 1996, pp. 465-471.
- MEDAUAR, ODETE. *Direito administrativo moderno*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. In: Revista de Processo nº 104, outubro/dezembro de 2001, pp. 101-110.
- _____. *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NERY JÚNIOR, NELSON. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Procedimentos e tutela antecipatória*. In: *Aspectos polêmicos da tutela antecipada* (org. TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE. *Alcance e natureza da tutela antecipatória*. In: *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE. *Da antecipação da tutela*, In: *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

- QUEIROZ NETO, LUIZ VICENTE DE MEDEIROS. *Suspensão de segurança. Uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência*. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, maio/2002, pp. 22-37.
- ROSA, DÊNÉRSO DIAS. *Tutela antecipada contra a Fazenda. Lei Complementar nº 104/01 – Reconhecimento da possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em matéria tributária*. In: Direito.com.br [Internet] <http://www.direito.com.br/doutrina.asp?O=1&T=1672> [capturado em agosto de 2002].
- SANDIN, EMERSON ODILON. *Da antecipação de tutela frente às demandas previdenciárias e, também, em direção à Fazenda Pública lato sensu, ressalvada a questão precatorial*. In: Jus Navigandi [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=879> [capturado em março de 2002]
- _____. *Tutela antecipada contra a Administração Pública e dispensa de precatório*. In: Jus Navigandi [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=880> [capturado em março de 2002]
- SILVA, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA. *Do processo cautelar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SOUZA, WILSON ALVES DE. *Normas proibitivas de concessão de liminares: inconstitucionalidade*. In: Revista de Processo nº 66, abril/junho de 1992, pp. 104-109.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ decide disputa judicial de 27 anos*. In: Notícias do Superior Tribunal de Justiça – 27/08/2002 [Internet] <http://www.stj.gov.br>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública*. In: Informativo STF nº 167, de 18 a 22 de outubro de 1999 [Internet] <http://www.stf.gov.br>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tutela Antecipada e Matéria Previdenciária*. In: Informativo STF nº 278, de 19 a 23 de agosto de 2002 [Internet] <http://www.stf.gov.br>

TALAMINI, EDUARDO. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela*. In: Revista de Informação Legislativa / Senado Federal nº 34, julho/setembro de 1997.

_____. *Saneamento do processo*. In: Revista de Procsso nº 86, abril/junho de 1997, pp. 76-111.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. In: Revista de Processo nº 94, abril/julho de 1999, pp. 24-33.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In: Jus Podium [Internet] <http://www.juspodivm.com.br> [capturado em agosto de 2002]