



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

ELMER DA SILVA MARQUES

**DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA
EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
PRINCIPAIS TÓPICOS SOBRE SUA CONCESSÃO E EFETIVAÇÃO**

Londrina
2006

ELMER DA SILVA MARQUES

**DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA
EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
PRINCIPAIS TÓPICOS SOBRE SUA CONCESSÃO E EFETIVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Profº. Drº. Luiz Fernando Belinetti

Londrina
2006

ELMER DA SILVA MARQUES

**DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA
EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
PRINCIPAIS TÓPICOS SOBRE SUA CONCESSÃO E EFETIVAÇÃO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
Faculdade de Direito de Curitiba

Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli
Universidade Estadual de Londrina

Londrina, 19 de maio de 2006.

O que não somos nunca é ovelha - fiel ovelha do Santo Padre, de Sua Majestade o Rei, do Partido, da Convenção Social, dos Códigos da Moral Absoluta, do Batalhão, de tudo que mata a personalidade das criaturas.

Monteiro Lobato. *Carta a Godofredo Rangel*.

Marques, Elmer da Silva. **Da antecipação da tutela inibitória em face da fazenda pública**: principais tópicos sobre a sua concessão e efetivação. 2006. 182f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

RESUMO

Trata-se de estudo que estabelece o amplo acesso ao Poder Judiciário e a concessão da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva como princípio e direito fundamental do cidadão, apontando a necessidade de se prever, abstratamente, e de se aplicar, concretamente, as técnicas processuais que sejam necessárias para a concessão da tutela jurisdicional apta a promover o resguardo e efetiva utilização dos direitos. O presente estudo analisa a concessão da tutela antecipada e da tutela inibitória, de forma conjugada, para evitar a prática, repetição ou manutenção de um ato ilícito independentemente da ocorrência de dano, analisando os obstáculos que impediriam a concessão da tutela inibitória antecipada em face da Fazenda Pública, seja por meio da análise dos óbices legais, seja pela análise de casos concretos. Ao final, promove uma visão sobre a efetivação da tutela inibitória antecipada concedida em face da Fazenda Pública, com destaque para a ordem emitida, as conseqüências de seu descumprimento, e a resolução de casos concretos que necessitam da antecipação da tutela inibitória, concedida em desfavor da Fazenda Pública, para a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos em litígio contra o Estado.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Tutela jurisdicional. Técnica processual. Tutela antecipada. Tutela inibitória. Fazenda Pública.

MARQUES, Elmer da Silva. **The anticipation of the inhibitory jurisdictional protection face to the State:** principal topics about its concession and execution. 2006. 182f. Dissertation (Master in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

ABSTRACT

This study establishes the wide access to the Judicial Branch and the concession of the fair, appropriate and due time jurisdictional protection as a principle and citizen's fundamental right. It points the need to foresee, abstractly, and to apply, concretely, the procedural techniques that are necessary for the concession of the jurisdictional protection capable to promote the protection and the use of the rights. It analyzes the concession of the preliminary protection and of the inhibitory protection, in a conjugated way, to avoid the practice, repetition or maintenance of an illicit action independently of the damage occurrence. It analyzes the obstacles that would impede the concession of the preliminary inhibitory protection face to State, be through the analysis of the legal obstacles, be through the analysis of concrete cases. At the end, it promotes a vision on the execution of preliminary inhibitory protection granted against the State, with prominence for the emitted order, the consequences of its noncompliance, and the resolution of concrete cases that need the preliminary inhibitory protection, for the execution of the citizens' rights in litigation against the State.

Keywords: Access to justice. Jurisdictional protects. Procedural technique. Preliminary protection. Inhibitory jurisdictional protection. Public Finance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA TUTELA JURISDICIONAL	11
2.1 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	133
2.2 DA ABRANGÊNCIA DO ART. 5º, XXXV DA CF – PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3 TUTELA JURISDICIONAL JUSTA, ADEQUADA E TEMPESTIVA.....	23
2.4 O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS.....	26
2.5 DIVERSIDADE DE TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	28
3 DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	33
3.1 A TUTELA JURISDICIONAL E O CONCEITO DE SUA ANTECIPAÇÃO	34
3.2 TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR – BREVE DISTINÇÃO.....	39
3.3 PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E SEUS LEGITIMADOS.....	45
3.4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E CONTRADITÓRIO	49
3.5 REQUISITOS E ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	50
3.5.1 Decisão fundamentada.....	51
3.5.2 Irreversibilidade do provimento	53
3.5.3 Prova inequívoca.....	58
3.5.4 Verossimilhança das alegações	60
3.5.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	62
3.5.6 Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório.....	64
3.5.7 Pedidos incontroversos	66
3.6 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	70
3.6.1 Revogação e modificação da tutela antecipada	70
3.6.2 Fungibilidade das tutelas.....	72
3.6.3 Efetivação da medida antecipatória	74
3.6.4 Antecipação da tutela e eficácia das sentenças.....	77

4 TUTELA INIBITÓRIA	80
4.1 TUTELA INIBITÓRIA E TÉCNICA PROCESSUAL	84
4.2 A FIXAÇÃO DE MULTA NA TUTELA INIBITÓRIA	89
5 CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	96
5.1 DISPOSITIVOS LEGAIS QUE IMPEDEM A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – HIPÓTESES.....	104
5.1.1 Liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro	105
5.1.2 Reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens	112
5.1.3 Pagamento de vencimentos e vantagens asseguradas a servidor público	119
5.1.4 Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública em ações cautelares e de natureza preventiva. Extensão da proibição a outras espécies de ações	127
5.1.5 Limite temporal das liminares concedidas em face da Fazenda Pública – Lei n.º 4.862/65.....	136
5.1.6 Suspensão da concessão de medidas liminares – Lei n.º 8.076/90.....	137
5.2 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E EXIGÊNCIA DE PRECATÓRIOS	139
5.3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E REEXAME NECESSÁRIO.....	141
5.4 EXISTÊNCIA DE DANO E REQUISITO DO DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	144
5.5 OUTRAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	145
5.5.1 Tutela inibitória para garantia do direito constitucional de locomoção	145
5.5.2 Tutela inibitória para fornecimento de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos negativos	147
5.5.3 Tutela inibitória concedida em ação civil pública.....	148
5.5.4 Tutela inibitória concedida em ação popular	150
5.6 EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA ..	153
5.7 ORDEM À FAZENDA PÚBLICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES	159
6 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	174

1 INTRODUÇÃO

Poder-se-ia afirmar que, dentre as maiores conquistas da sociedade moderna, está a submissão do próprio Estado ao ordenamento jurídico vigente. O Estado deixa de ser o ente de poder ilimitado e absoluto, o Estado Leviatã de Hobbes, para estar ele próprio sujeito às normas e limites que visam a cercear seu poder, circunscrever sua atuação dentro de determinados parâmetros que servem de garantia à população submetida ao poder estatal.

Esse é o Estado de Direito, que lança suas amarras sobre todos indistintamente, inclusive sobre o próprio ente que produziu o Direito positivado: o Estado se submete ao Direito por ele estabelecido, se autolimita, impondo-se o respeito de valores superiores constantes da ordem jurídica.

O Estado, como promotor do bem público, cujas atividades são voltadas para o interesse da sociedade, não é mais encarado como um fim em si mesmo, e muito menos se confunde com o governante, nos moldes de Luís XIV (1661-1715) que se auto-afirmou como a personificação do Estado.

Passa o Estado a ter uma finalidade clara, a de perseguição do bem comum da sociedade que comanda, não com ordens, mandos e desmandos absolutamente discricionários, mas por meio de atividades vinculadas e submetidas à ordem jurídica.

Por outro lado, o Estado assumiu a função – que é, igualmente, um direito e um dever que lhe compete - de administrar a justiça com exclusividade, proibindo-se os titulares de direitos de utilizarem-se das vias de fato para a resolução dos conflitos de interesses, evitando que apenas o mais forte pudesse impor seus interesses sobre os mais fracos.

A administração da justiça e a composição dos conflitos de interesses tornam-se obrigações do Estado, que se submete à jurisdição para solucionar seus conflitos com os particulares, entre seus órgãos ou entre estes e os cidadãos.

A obrigação estatal de administrar a justiça não se resume ao aspecto formal, abrangendo o aspecto material, no sentido de que a jurisdição deve ser apta a proporcionar ao titular de um direito tudo aquilo que a ordem jurídica lhe concede abstratamente. Em um Estado de Direito, o Estado e o particular diante do

Estado devem receber a prestação jurisdicional apta e adequada a proteger seus direitos.

É sobre essas duas premissas básicas - Estado de Direito e obrigatoriedade de prestação da tutela jurisdicional adequada – que se fundamenta o presente estudo. Parte-se da análise do ordenamento jurídico, da tutela antecipada e da tutela inibitória para iniciar o estudo específico da antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública.

O presente estudo destina-se a um prévio exame sobre a antecipação da tutela e sobre a tutela inibitória, dirimindo controvérsias e discussões que se posicionam como verdadeiras questões prejudiciais ao objetivo que se procurará alcançar: a possibilidade ou não de concessão da tutela inibitória antecipada em face da Fazenda Pública.

Pretende-se identificar a possibilidade, os limites, os obstáculos e as particularidades da utilização da antecipação da tutela inibitória para a proteção e efetivação de um direito do cidadão diante da Fazenda Pública; como titular da pretensão, o cidadão, e no pólo oposto à relação jurídico-material, a Fazenda Pública, em suas três esferas – União, Estado-membro e Municípios.

O termo Fazenda Pública será utilizado como referência à pessoa jurídica de direito público, nos âmbitos federal, estadual e municipal, englobando suas autarquias, fundações de direito público e demais órgãos e pessoas jurídicas de direito público.

Adota-se o método dedutivo, partindo-se de noções gerais do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta de 1988, do papel dos princípios constitucionais nesta nova formulação estatal, principalmente do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional e, conexo a este princípio, das técnicas criadas pelo Processo Civil para que, adequada e tempestivamente, a tutela jurisdicional possa não somente ser concedida, mas concedida de forma justa, tempestiva, adequada e eficiente.

Dentre as técnicas utilizadas para a concessão da tutela jurisdicional, ater-se-á à técnica que se utiliza da cognição sumária, bem como da técnica consistente na emissão de ordem atrelada à cominação de multa. Tais técnicas, conjugadas, irão conceder a tutela inibitória em sua forma antecipada, ou seja, a concessão de uma ordem que visa a evitar a ocorrência, repetição ou continuação de um ato ilícito, concedida essa ordem antes da cognição exauriente.

Trata-se da concessão da tutela inibitória antecipada, aceitando-se ser essa a única maneira de proteger efetivamente o direito que se encontra em vias de ser violado.

Adverte-se sobre o momento de intensa modificação legislativa pelo qual atravessa o processo civil brasileiro. Ressalte-se, por oportuno, a modificação do processo de execução, bem como as disposições acerca da tutela inibitória coletiva previstas no anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo.

2 DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA TUTELA JURISDICIONAL

No estágio em que se encontra o desenvolvimento da sociedade e das ciências humanas, não se pode admitir como existente o Direito fundado exclusivamente na razão iluminista, distante de toda ideologia, advindo exclusivamente do poder estatal e completo por sua própria natureza. Completo porque conteria as normas necessárias para regular todo conflito de interesses: ainda que não possuísse uma norma específica para a solução do conflito, este seria regulado por uma norma geral aplicável à generalidade dos casos;¹ em um segundo sentido, completo porque independeria de quaisquer ponderações de ordem filosófica, sociológica, política, religiosa ou ética. Interpretar e aplicar o direito dependeriam apenas do estudo exclusivo do complexo de normas que o compõem, sem necessidade de ponderações de natureza diversa.²

O desenrolar dos fatos demonstrou que a neutralidade do Direito não era tão “neutra” quanto se imaginava; sua completude deixava várias perguntas sem respostas; sua origem estatal, desvinculada das reivindicações e legítimas aspirações sociais, confundiu-se indevidamente com o interesse dos governantes.³ Ao procurar fugir de qualquer interferência externa, o Direito tornou-se por si próprio uma ideologia, ou expressão de uma ideologia, que dele se valia como instrumento aparentemente antiideológico. A visão positivada do Direito não foi capaz de esconder suas contradições internas, de tal forma que

¹ Sobre o dogma da completude do ordenamento jurídico, esclarecedora a lição de Norberto Bobbio: “Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha no mesmo passo que a monopolização do Direito por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o Direito do Estado deve servir para todo uso. Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; [...] A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 121.

² O ápice da separação entre o Direito e as ponderações das demais ciências sociais aconteceria com Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³ “O direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra”. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

a fragmentação, a especialização, a exaltada face do progresso mostrada por Comte e pelos positivistas, sem a retaguarda da dimensão ético-metafísica-espiritual trouxe uma cosmovisão parcial e tendenciosa. Parcial pela própria fragmentação que só viu no homem o aspecto racional, no afã de fazer ciência sem o conjunto de outras características e exigências que vêem o homem na sua totalidade. Tendenciosa, porque de otimista-positivista que era, deu lugar a uma outra, niilista e fatalista.⁴

O discurso positivista demonstrou-se progressivamente inapto para manter sua sustentabilidade, principalmente diante de diversos fatores: os Estados, com destaque para os europeus, tornaram-se legítimos representantes da falência do modelo então vigente; o surgimento do *Welfare State* nos países antes falidos (social e economicamente); a organização das classes operárias e de interesses diversos; no âmbito jurídico, o soerguimento do modelo constitucional de organização do Estado que, além de limitar o poder estatal, prescreve e eleva a dogma constitucional os direitos fundamentais e invioláveis da pessoa humana, não apenas em seu aspecto individual, mas social, coletivo.

Principalmente após a I Guerra Mundial, abateu-se um “sentimento de desconfiança nos postulados de neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, inerentes à conformação do Estado de direito legislativo” diante da realidade incontestável de que os princípios do Estado legalista e positivista eram “incapazes de acompanhar (e realizar) as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do Estado advindas do *politeísmo dos valores* imerso nos processos sociais”.⁵

O Estado legalista, fundamentado no Direito positivo, paulatinamente cede lugar ao Estado constitucional, democrático e de Direito, sujeito a limites não apenas formais, mas condicionado igualmente a limites materiais. Estes limites se apresentam como obstáculos à ingerência do Estado em um rol de direitos indisponíveis, fundamentais, tanto no que se refere à esfera individual do homem, quanto à sua esfera coletiva, atingindo, hodiernamente, o âmbito de direitos difusos, como os relativos ao meio ambiente.⁶

⁴ GONÇALVES, Jair. *Herança Jurídica de Hans Kelsen*. Campo Grande: UCDB, 2001, p. 31.

⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 43.

⁶ “Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa,

Como conseqüência, ocorre um “*empuxo* sobre todas as atividades do Estado, fazendo com que as mesmas fiquem submetidas à ‘força de atração’ da Constituição que regulará, inclusive, o caráter de validade da produção legislativa”.⁷

Ultrapassado o Estado legalista-positivista, é na esfera do atual Estado Democrático de Direito, de fundamento constitucional, que emergirá a força normativa das normas constitucionais, cuja direção da sociedade e da formulação das regras será gerida pelos princípios constantes (ou não) do texto constitucional.

A suplantação do Estado legalista-positivista pelo Estado Constitucional confere às normas constitucionais a força normativa que lhe é própria, fundada e legitimada nas aspirações da sociedade pela Constituição regulada, como será visto a seguir.

2.1 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O relacionamento entre os homens em sociedade é regulado por um conjunto de normas emanadas do Estado detentor do poder de estabelecê-las. Esse conjunto de normas, emanado do poder estatal soberano, constitui o ordenamento jurídico. Entretanto, as normas que o compõem não possuem necessariamente a mesma natureza. Para efeitos deste estudo, adotar-se-á o entendimento que divide as normas jurídicas em princípios e regras, ambas com caráter normativo jurídico.⁸

O ordenamento jurídico constitui-se em um sistema próprio, com suas características, idiosincrasias, natureza e, principalmente, princípios que o informam e lhe dão sustentação. Pode-se dizer, *prima facie*, que esses princípios são “valores” que orientam o conjunto, o substrato onde se acoplam as normas jurídicas que o compõem.

Possuem os princípios, assim como as regras jurídicas, e até mesmo mais do que estas, carga normativa. Esta carga normativa, por sua vez, não se dirige apenas a regular a atividade humana, mas lança sua normatividade sobre

impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”. PERELMAN, Chain. *Lógica Jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95.

⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso*, p. 49.

todas as demais normas jurídicas que compõem o sistema, de modo a informá-lo e regulá-lo.⁹ Trata-se da natureza normogénica dos princípios, que se apresentam como fundamento das regras.¹⁰

Superou-se a época em que o Estado se confundia com a pessoa do monarca ou grupo que o governava. Ainda que atualmente se possa identificar a confusão entre Estado e interesses de grupos privados, trata-se de enfermidade do sistema que não se identifica com a concepção de sociedade e Estado republicanos.

O Estado deve ser um instrumento dos homens em sociedade na busca do bem comum, o que pressupõe que exerça um controle sobre as atividades humanas, de modo a conciliá-las por meio de regras de conduta.

Não devendo se confundir com a pessoa do governante, nem com seu grupo de sustentação, o Estado deve encontrar suas raízes na sociedade como um todo, no corpo social por inteiro. É na sociedade que o Estado (e o ordenamento jurídico) vai buscar legitimidade para existir e atuar. Não encontrando essa legitimidade na sociedade, no conjunto de homens sobre o qual exerce seu poder, o Estado será ilegítimo; os governantes terão que se utilizar da força ou da alienação para se manter no poder. Sobre a legitimidade das normas que compõem a constituição, leciona CANOTILHO:

A Constituição não se legitima através da legalidade, pois não é pelo simples facto de se considerar a lei constitucional como produto da vontade de um “legislador constituinte” legalmente instituído que deixa de colocar-se com acuidade a “justificação” moral de tal produto. [...] A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico.¹¹

⁸ Sobre essa classificação, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 171 a 200.

⁹ Nesse sentido, Norberto Bobbio leciona que “costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”. Assim, ao lado das normas de comportamento existem as normas de estrutura, que são “as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 45.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 173.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 115.

Os princípios, tanto os positivados quanto os implícitos, do sistema jurídico-normativo, nada mais são do que anseios e valores que emergem do senso comum da sociedade; paradigmas que surgem na comunidade em determinado momento histórico, e que correspondem aos valores adotados pelo corpo social.¹² Assim, *verbi gratia*, os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do amplo acesso à justiça, ainda que não estivessem positivados na Constituição Federal, informariam o ordenamento jurídico como condição de legitimidade.¹³ Uma vez que as regras jurídicas elaboradas pelo legislador contrariem tais princípios, atacam igualmente o próprio fundamento de legitimidade do ordenamento, representado pelos princípios (positivados e/ou implícitos) que, por sua vez, representam os valores de determinada sociedade por ela adotados e cujo respeito é exigido perante os governantes.¹⁴ Conforme lição de DWORKIN, os princípios representariam *standards*, i. e., padrões que devem ser observados porque são exigências de justiça e equidade.¹⁵

De modo que também os princípios implícitos possuem carga de normatividade que atinge as demais normas jurídicas, restringindo-as e limitando-as, emoldurando-as dentro daquilo que a sociedade mesma, em seu acontecer coletivo, estabeleceu como valores a serem respeitados.¹⁶

¹² Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, com base em Ângelo Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, leciona no mesmo sentido: “[...] os valores humanos não pertencem apenas ao mundo ideal, mas têm um fundamento real, que é uma realidade da experiência histórica e social, não uma realidade metafísica. Só assim será possível estudar a positividade do direito como realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostas em função dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, jun. de 2005, n.º 836, p. 12-13.

¹³ “Os princípios reúnem em seu conteúdo idéias básicas ou valores mais gerais de normatividade de natureza centralizadora que as constituições recepcionam, como experiência jurídica socialmente comprovada, estejam eles positivados ou não pelo poder estatal, e, no caso, são fundamentos para a construção ou formulação das regras ou normas do ordenamento jurídico”. HESPANHA, Benedito. O direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, jul./set. de 2004, n.º 48, p. 22-23.

¹⁴ “Em todas as comunidades existe, difuso ou expresso, profundo ou superficial, um determinado *sentimento jurídico (Rechtsgefühl)*, um autônomo e pessoal ‘considerar justo ou injusto’, ‘ser direito ou não ser direito’ que é consagrado pela maioria dos membros da comunidade e influencia a resposta normativa do poder constituinte ao fixar os padrões básicos de justiça de uma ordem juridicamente organizada”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 121.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁶ Ao tratar dos direitos fundamentais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, desta vez com fundamento em Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, leciona que os direitos fundamentais constituem-se na base jurídica da vida humana em seu nível atual de dignidade, não se tratando apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, “mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”. OLIVEIRA, Carlos

Esses valores não se confundiriam, entretanto, com o Direito Natural, segundo a concepção que se dá ao Direito Natural no presente estudo,¹⁷ mas representaria os limites da “parcela de autonomia” que cada homem cede ao organismo estatal para que esse possa (legitimamente!) regular e atuar seu poder sobre cada um. Não se trata de uma visão romântica de determinada espécie do “contrato social”: trata-se, em verdade, de diferenciar a atuação despótica do poder estatal sobre os homens, por intermédio da força exercida sem o consentimento desses, do Estado Democrático de Direito, em que os homens admitem (querem!) a existência de um Estado que persiga o bem comum. No Estado Democrático de Direito, o povo cede “parcela de sua autonomia” que, tendo em vista o ordenamento jurídico como sistema, representaria os princípios implícitos que, por sua vez, apresentam ao legislador os parâmetros a serem seguidos quando da elaboração das normas jurídicas.

Parcela desses princípios de legitimação da atuação estatal foi, por sua vez, positivada, em fenômeno que encontrou seu ápice na Constituição brasileira de 1988, onde diversos princípios foram expressamente consignados no texto constitucional.¹⁸ Esses princípios, que teriam carga normativa ainda que não tivessem sido positivados, obtiveram sua aplicação e normatividade amplificadas.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, inúmeros princípios estão espalhados por seus dispositivos, ainda que não estejam dispostos sob essa rubrica. É o que ocorre, v. g., com o inciso XXXV do art. 5º da CF que, a par de estabelecer o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário como direito e garantia fundamental, institui, igualmente, o princípio da inafastabilidade e efetividade da tutela jurisdicional. Ainda que possa gerar controvérsias, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional advém inclusive do art. 37 da CF, ao dispor sobre a obediência ao princípio da efetividade do serviço público.

De tal forma que o Estado Democrático de Direito somente se legitima enquanto promove e efetua o respeito aos princípios fundamentais que

Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 78.

¹⁷ O Direito Natural pressupõe princípios unívocos de alcance universal e atemporal. O sentido adotado no texto, por sua vez, diz respeito a valores e princípios referentes a uma determinada sociedade, em um âmbito histórico-temporal delimitado.

¹⁸ “Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 262.

emergem da coletividade e dos valores primordiais por ela adotados. Implícitos ou positivados, possuirão carga normativa para direcionar todo o ordenamento jurídico, impondo limites ao Estado e aos cidadãos, orientando a elaboração de regras e a aplicação de princípios referentes aos subsistemas normativos.

2.2 DA ABRANGÊNCIA DO ART. 5º, XXXV DA CF – PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde que o Estado impediu a realização da justiça privada, assumiu o dever de conceder a tutela jurisdicional a quem, afirmando e demonstrando ser (ou ainda que, inicialmente, apenas aparentando ser por meio de alegações e demonstrações verossímeis) titular de um direito subjetivo, dirige-se ao Estado-juiz pleiteando proteção efetiva ao direito que lhe é concedido pelo ordenamento jurídico. Tornou-se não apenas função, mas dever do Estado proporcionar ao titular de um direito subjetivo a adequada proteção ao seu direito, utilizando-se de todos os meios legais permitidos para efetivar essa proteção de maneira tempestiva, adequada e justa.¹⁹

Não é apenas pela jurisdição que o Estado concede a tutela dos direitos do cidadão: a tutela pode ser promovida por atos do Poder Executivo, pela elaboração de novas normas de proteção e de garantias às quais se soma a atuação do Poder Judiciário. Cada Poder, dentro de sua competência própria, tem o dever de promover a tutela dos direitos dos cidadãos, respeitando-os e protegendo-os, de modo a assegurar o completo uso por quem deles é titular.

A atuação do Poder Judiciário é apenas uma das formas estabelecidas para a concessão da tutela dos direitos, postando-se ao lado da atuação das funções executivas e das funções legislativas. É a atuação jurisdicional que prestará, efetivamente, a tutela dos direitos, na hipótese em que os demais poderes mantiverem-se inertes ou forem insuficientes, ou serem eles próprios os violadores do direito protegido e estabelecido pelo ordenamento.

¹⁹ “È notazione comune che la giurisdizione statale, e il correlato diritto o potere di azione, rappresenta la contropartita del divieto di autotutela privata. Se così è, diviene alquanto semplice il comprendere come sai necessario che tale contropartita sai effettiva: cioè che tramite il processo l'attore che ha ragione possa ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello

Não se olvida que, apesar de caber ao Estado o estabelecimento das regras de convívio, outras normas regratórias coexistem na sociedade, como o conjunto de regras morais e religiosas. Dentre os diversos conjuntos de normas que regem uma sociedade, está o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas que, emanadas do Estado, rege a conduta humana, composto por normas gerais e abstratas, cujo descumprimento acarreta a possibilidade de aplicação de sanção sobre o infrator.²⁰

Se de um lado o ordenamento jurídico estabelece deveres e obrigações a serem cumpridos, estabelece também, respectivamente, a existência de direitos a quem se encontre em situação de ver determinado ato realizado. De tal modo que a ordem jurídica estabelece direitos e obrigações, criando um elo (jurídico) entre as pessoas.

Os titulares de um direito concedido pelo ordenamento jurídico têm a pretensão, juridicamente protegida, de vê-los satisfeitos ou, não o sendo, de dirigirem-se ao Estado para que este, como titular da administração da justiça, aplique a sanção ao infrator da norma jurídica, concedendo ao titular do direito subjetivo reconhecido em juízo a proteção necessária para vê-lo totalmente realizado.

Presta o ordenamento jurídico uma tutela a quem lhe está submetido: as pessoas agem de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas, tornando-se titulares de direitos e obrigações. O titular de um direito subjetivo encontra-se sob a guarda do ordenamento jurídico que abstratamente o tutela pelo estabelecimento de sanções e pela possibilidade de que estas venham a ser efetivamente aplicadas em caso de não satisfação daquele direito. Também o titular de uma obrigação recebe a tutela jurídica do ordenamento, uma vez que não está obrigado a prestar além daquilo que a ordem jurídica determina, nos moldes por esta estabelecidos. Há, assim, uma tutela jurídica abstrata a recair sobre as condutas humanas.²¹

che egli há diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale". PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Jovene, 2002, p. 591.

²⁰ A coercibilidade é característica da norma de direito, consistente no estabelecimento de uma sanção como conseqüência ou efeito jurídico do descumprimento da norma de direito, e não se confunde com a coatividade, que é a própria execução forçada da sanção imposta. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 32. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 35 e ss.

²¹ Para Dinamarco, também o vencido recebe tutela jurisdicional: "O vencido recebe a tutela consistente em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da

Quando a tutela jurídica abstratamente prevista não é suficiente para proteger um direito subjetivo ou, em outras palavras, a sanção estabelecida não produziu o efeito coercitivo esperado, caberá ao Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional que é, por sua vez, específica (e não geral), por intermédio da elaboração de uma norma concreta a regular determinada situação fática.

Neste ponto, percebe-se a importância de ser a tutela jurisdicional apta a conceder a proteção efetiva, adequada e tempestiva aos direitos. Para chegar até ela, ultrapassaram-se diversas tentativas de convivência pacífica, todas elas infrutíferas: o respeito ao próximo independentemente de quaisquer regras ou comandos; o respeito aos diversos códigos normativos societários, como o moral, o religioso etc.; o respeito às normas gerais e abstratas contidas no ordenamento jurídico, ainda que diante da possibilidade, em estado latente ou iminente, da imposição de atos punitivos. Diante do fracasso de todas essas etapas, pelas quais se procurou estabelecer um convívio harmonioso entre os integrantes da comunidade, resta, como última instância, a atuação da tutela jurisdicional, na formulação e aplicação efetiva da norma concreta que regerá o conflito de interesses trazido até o Estado-Juiz.

Está-se perante a última “instância” ou, em outras palavras, no último mecanismo estatuído pela sociedade para manter sua harmonia e possibilidade de convivência. Falhando a atuação jurisdicional, as partes em litígio estarão novamente no ponto de partida onde a sociedade começou: na iminência de realizar-se a “composição” do conflito de interesses pela justiça privada.

A inefetividade da atuação jurisdicional constitui a falência dos mecanismos criados para regular a vida em comunidade, voltando-se à “composição” dos litígios por meio da lei do mais forte, justamente aquilo que se procurou evitar com o estabelecimento e criação do Judiciário.

Ultrapassada sua fase positivo-legalista, o Direito posiciona-se diante de novos fundamentos de legitimidade e validade, desta vez fundados na Constituição, representante dos anseios populares cujo cumprimento e respeito se apresentam como requisitos legitimadores da submissão do cidadão ao poder estatal.

tutela devida ao vencedor. [...] Trata-se de limitações éticas e racionais à tutela concedida ao vencedor no Estado-de-direito – e, portanto, de regras ditadas para a *tutela ao vencido*”. (grifo no

Nesta seara, o acesso irrestrito do cidadão ao Poder Judiciário, pleiteando deste a proteção de seus direitos, sequer precisaria estar positivado no ordenamento jurídico para que se apresentasse com carga normativa vinculante das demais disposições normativas e legitimadora da ação estatal.

Utilidade alguma haveria no extenso rol de direitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico se o respeito e cumprimento dos mesmos não pudessem ser estabelecidos, impostos e efetivados pela ação estatal, de forma apta, tempestiva e adequada.

Desde cedo vislumbra-se que o simples acesso do cidadão ao Poder Judiciário não se caracteriza por si só no cumprimento da exigência de prestação da tutela jurisdicional. Esta deve ser prestada de maneira justa, adequada e tempestiva. Para tanto, deve estar à disposição das partes e devendo ser aplicado pelo Poder Judiciário, todo e qualquer instrumento que, respeitando os direitos e garantias individuais, seja necessário para a efetiva proteção do direito pleiteado em juízo.²² De tal forma que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece que “as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo”.²³ (grifo no original)

Os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em complementaridade com o direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, elevados a dogma constitucional pelo art. 5º, XXXV da CF, não são normas programáticas. Ao contrário, estão contidas no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo que elenca os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, cujas normas definidoras dos direitos e garantias possuem aplicação imediata, conforme determinação do § 1º do art. 5º da Carta Magna. Assim, o direito fundamental de receber uma tutela jurisdicional adequada, justa e tempestiva é norma jurídica de natureza constitucional, pública, cogente e de

original) DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, ano 21, jan./mar. 1996, p. 64-65.

²² “Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 261.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 199.

aplicação imediata.²⁴ Qualquer outra norma infraconstitucional (ou constitucional, advinda de reforma ou emenda ao texto constitucional) não poderá contrariar esse direito fundamental e seus princípios correlatos – acesso à justiça e inafastabilidade da tutela jurisdicional -, ainda que pela exigência do cumprimento de requisitos infundados e desproporcionais para o amplo acesso à justiça e obtenção da tutela jurisdicional que o titular de um direito subjetivo tenha direito.²⁵

O legislador não poderá criar, nem mesmo por meio de Emenda Constitucional – uma vez que o direito à obtenção da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva se consubstancia em direito e garantia individuais, estando, portanto, no elenco das cláusulas pétreas constante do art. 60, § 4º da CF – qualquer norma que obstaculize a concessão da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva.

Os princípios e direitos fundamentais apresentam uma outra face, diversa da obrigatoriedade do legislador e do aplicador da lei em proteger efetivamente os direitos fundamentais. Trata-se da chamada “liberdade negativa”, isto é, na obrigatoriedade de legislador e aplicador da lei omitirem-se na elaboração de normas e na sua aplicação em dissonância com aqueles princípios e direitos fundamentais. Com efeito, o ordenamento jurídico, segundo o legado de HANS KELSEN, possui estrutura piramidal.²⁶ De acordo com essa concepção, o ordenamento jurídico possui a forma de uma pirâmide, de modo que as normas possuem necessariamente uma estrutura hierárquica de obediência: as normas que se encontram na base da pirâmide devem obediência, *rectius*, devem estar em consonância com o conteúdo das normas que estão em nível mais elevado na pirâmide. No mais elevado lugar da pirâmide encontra-se a Norma Hipotética Fundamental, cuja função é dar validade a toda a estrutura.

As normas encontram-se ligadas umas às outras por um vínculo hierárquico de obediência, não podendo as que se encontram em um plano inferior dispor de modo contrário ou em desrespeito aos valores das de nível superior.

²⁴ “[...] na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 79.

²⁵ CANOTILHO conceitua os princípios fundamentais como sendo “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 177.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 246 e ss.

Estando a Constituição de um Estado no topo do ordenamento jurídico (em tempo: a Constituição não se confunde com a Norma Hipotética Fundamental), todas as demais normas do ordenamento jurídico devem dispor de modo a não desrespeitar as normas constantes na Constituição, sob pena de desrespeito à hierarquia básica do ordenamento. As normas que desrespeitarem os preceitos constitucionais não possuem validade jurídica, não devendo ser aplicadas. Nesse sentido, KELSEN leciona que “a Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos”.²⁷

Acerca da “liberdade negativa”, ensina CANOTILHO que os princípios e direitos fundamentais estabelecem uma fundamentalidade formal que se expressa em quatro dimensões, a saber:

(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288º./d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.²⁸

Nesse ponto, deve-se retornar ao inciso XXXV do art. 5º da CF que, ao elencar como princípios e direitos fundamentais o acesso à justiça, a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a obrigatoriedade de o Estado prestar a tutela jurisdicional idônea (tempestiva, justa e adequada), proíbe que o legislador infraconstitucional elabore regras que vão de encontro àquele princípio,

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 249. Igualmente em outras passagens: “O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”. (p. 249) “A norma superior pode não só fixar o órgão pelo qual e o processo no qual a norma inferior é produzida, mas também determinar o conteúdo desta norma”. (p. 261)

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 509.

desrespeitando-o. Tais normas devem ser extirpadas do ordenamento jurídico, uma vez que inconstitucionais.²⁹

Resta evidente que o legislador infraconstitucional, e até mesmo o legislador dotado de poder constituinte derivado e decorrente, devem estrita obediência aos parâmetros constitucionais, não somente para respeitá-los, mas agindo de modo a dar-lhes eficácia.

2.3 TUTELA JURISDICIONAL JUSTA, ADEQUADA E TEMPESTIVA

O amplo acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição constituem-se em princípios processuais elevados à categoria constitucional, configurando-se princípios fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Correlatamente a esses princípios, tem o cidadão o direito fundamental de receber do Estado tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva.³⁰ Rapidamente, é importante que se verifique o que se entende por esses três qualificativos concedidos à tutela jurisdicional, atendo-se mais pormenorizadamente à tempestividade, objeto primário deste estudo.

O qualificativo mais tormentoso diz respeito à justiça da tutela jurisdicional concedida. Seria possível escrever centenas de páginas sobre as teorias de justiça e do que seria justo, sem que fosse possível se chegar, ainda assim, a um entendimento satisfatório. Para efeitos deste estudo, considerar-se-à justa a tutela que promova a composição do conflito de interesse, atingindo a pacificação social, não somente aplicando o direito positivado, mas aplicando-o em consonância com os princípios e direitos fundamentais que fundamentam e legitimam o aparato estatal e o próprio ordenamento jurídico. Tutela jurisdicional justa é aquela que, ao ser concedida, apóia-se nos fundamentos da República, ou seja, na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no pluralismo político (CF, art. 1º), dirigindo-

²⁹ Trata-se da função normogênica dos princípios, conforme exposição de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 173.

³⁰ “É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos

se a alcançar os objetivos fundamentais do País, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º). Trata-se de valores que representam o fim último da própria existência estatal (legitimamente concebido nos termos do Estado Democrático de Direito).

Por tutela jurisdicional adequada entende-se aquela que dispõe dos mecanismos (técnicas) adequados e suficientes para promover efetivamente a proteção dos direitos concedidos pela ordem jurídica. Para cada espécie de proteção que os direitos reclamem, deve o processo civil conter uma técnica própria, adequada, suficiente a promover o resguardo e o efetivo gozo do direito a quem o mesmo é concedido pela ordem jurídica. Assim, diversas técnicas são previstas, como, v. g., a sentença condenatória, os atos executivos de expropriação, a ordem atrelada à cominação de multa a ser aplicada nas hipóteses de descumprimento, a ordem incidental de exibição de documento prevista no art. 355 do CPC, os provimentos cautelares e antecipatórios, as medidas executivas de sub-rogação etc. São instrumentos previstos aptos a conceder, de acordo com a proteção reclamada pelo direito, o efetivo resguardo, proteção, concessão e efetivação do direito reconhecido em juízo como pertencente à parte vitoriosa (ou que se demonstra, ainda que em exame superficial, como provável titular do direito afirmado em juízo).

A tutela jurisdicional tempestiva pode ser considerada como uma variante da tutela jurisdicional adequada, na medida em que a tutela jurisdicional, para ser adequada, deve ser, necessariamente, tempestiva. Contudo, é possível (e até mesmo desejável) proceder à separação conceitual, uma vez que a tempestividade da tutela jurisdicional diz respeito ao lapso temporal em que a mesma será concedida, lapso este que deve ser apropriado a promover a proteção do direito em tempo hábil, antes que o mesmo sofra um dano irreparável ou de difícil reparação.

Tutela jurisdicional tempestiva é aquela concedida em tempo hábil a promover a efetiva e adequada proteção do direito. Vislumbra-se, por este conceito, o intenso liame que une os conceitos de tempestividade e adequação. Para ser

adequada, a tutela jurisdicional deve ser, necessariamente, tempestiva. O reverso não é verdadeiro: a tutela jurisdicional pode até ser concedida em tempo hábil, utilizando-se, entretanto, de um instrumento que não seja adequado para a efetiva proteção e efetivação do direito. Exemplifica-se: a concessão de antecipação de tutela para pagamento de soma em dinheiro, se fosse necessário seguir o rito previsto para a execução por quantia certa, por atos executivos expropriatórios, seria exemplo clássico de tutela jurisdicional concedida tempestivamente, mas que não se utiliza da técnica adequada. Utilizando-se de outros instrumentos, como o desconto em folha de pagamento, ou meios de coerção (execução indireta), estar-se-ia mais próximo de instrumentos adequados para a efetivação daquela antecipação de pagamento de quantia pecuniária, unindo-se, na hipótese, a tempestividade com a adequação da tutela concedida.³¹

A tempestividade da tutela jurisdicional, a partir da Emenda Constitucional n.º 42/2004, é elevada a dogma constitucional, na medida em que o art. 5º, LXXVIII assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Um Estado verdadeiramente democrático e de Direito tem como princípios – implícitos e/ou positivados – o amplo acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, conferindo aos cidadãos o direito fundamental de receber uma tutela jurisdicional que seja justa, adequada e tempestiva. Para tanto, deve-se conceber um “processo civil de resultados” que se valha de toda e qualquer técnica processual que seja necessária para atingir seus objetivos, desde que respeitados os direitos igualmente importantes da parte contrária, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal etc., conforme será visto a seguir.

fundamentais, p. 84.

³¹ “Di qui l’esigenza, si può dire avvertita da sempre e in tutti i sistemi giuridici, che l’ordinamento intervenga allo scopo di neutralizzare il pregiudizio (irreparabile o comunque grave) derivante all’attore dalla durata del processo: si tratta di un intervento necessario a garanzia della effettività del diritto di

2.4 O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

O País apresenta-se (ou deveria se apresentar) como um Estado Democrático de Direito, que possui, como um de seus princípios fundamentais, o amplo acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça de lesão a um direito estabelecido pela ordem jurídica. Estabeleceu-se, por conseguinte, como direito fundamental do cidadão e, por outro lado, como obrigação/dever do Estado, a concessão de tutela jurisdicional que seja justa, adequada e tempestiva para a proteção do direito lesado ou ameaçado de lesão.

A tutela jurisdicional será concedida pelo Poder Judiciário do Estado, que será incitado a prestá-la a partir da veiculação de uma pretensão com o manejo de uma ação, que dará início a um processo. Após o trâmite regular do processo estabelecido, a tutela jurisdicional será concedida, seja por meio de uma sentença, seja pela realização de atos executivos (*lato sensu*).

Para cumprir com os adjetivos de justiça, adequação e tempestividade, as partes e o Estado-juiz devem ter à disposição instrumentos apropriados para o efetivo resguardo dos direitos. Trata-se das técnicas processuais.³²

O processo civil é instrumento do direito material, i. e., possui sua razão de ser na efetivação, no resguardo, na aplicação das normas de direito material que estipulam direitos e obrigações. Deve o processo civil ser criado, estudado e aplicado tendo sempre por finalidade atingir seus objetivos, quais sejam: promover a efetiva aplicação e proteção dos direitos e obrigações estabelecidas pelo direito material, promovendo a pacificação social mediante a composição justa dos conflitos, tendo sempre por substrato os princípios, fundamentos e objetivos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a construção de uma

azione e della tutela giurisdizionale, onde evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione". PISANI, Andrea Proto. *Lezione*, p. 593.

³² "Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 269.

sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a prevalência dos direitos humanos etc.

Conforme lição apropriada de SÉRGIO BERMUDES,

Reconhecer a natureza instrumental do processo não implica negar-lhe o valor; antes, significa compreender-lhe a exata utilidade, mas sem perder a perspectiva de que ele não se esgota em si mesmo, devendo, por isso, ser manejado por seus operadores com olhos postos na projeção dos seus efeitos na vida social.³³

Tem-se a formação da seguinte seqüência de elos, indissociáveis e conseqüenciais entre si: um Estado Democrático de Direito; que tem como princípios fundamentais e legitimadores o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela jurisdicional ante a lesão ou ameaça de lesão a direito; estabelecendo-se a positivação do direito fundamental e da obrigação do Estado em conceder tutela jurisdicional que seja justa, adequada e tempestiva à efetiva proteção dos direitos; valendo-se as partes e o Estado-Juiz de um processo civil que esteja orientado teleologicamente à obtenção dos resultados estabelecidos constitucionalmente e aguardados ansiosamente pela coletivamente, valendo-se, para tanto, dos instrumentos (técnicas) necessários para a obtenção de tais resultados, sempre respeitando outros princípios e direitos, como os do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal etc.³⁴

Esse liame teleológico entre Constituição e processo civil foi sentido por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, que assim se manifesta:

Nesse aspecto, diga-se em primeiro lugar que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, XXXVII, LIII, LIV e LV, LVI), determina também uma garantia 'de resultado', ressaltando o nexo teleológico fundamental entre o 'agir em juízo' e a 'tutela' do direito afirmado.³⁵

³³ BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 98.

³⁴ O processo civil deve se valer de "mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*". ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, ano 2, jan./abr. 1997, n.º 2, p. 111

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, p. 32.

Está-se diante da obrigatoriedade imposta aos juristas, legisladores e magistrados em criar a aplicar o processo civil dirigindo-o teleologicamente ao resultado a que se destina, de acautelamento, resguardo, gozo, efetivação e outras ações protetivas dos direitos estabelecidos. Tornar o processo efetivo significa, ante os preceitos constitucionais expostos em diversos locais deste estudo, em assegurar a justiça que ele busca realizar, de modo mais rápido possível, sem negar às partes o mais amplo direito de defesa.³⁶

2.5 DIVERSIDADE DE TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Conforme foi visto anteriormente, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, emanadas do Estado, que visa a regular a atividade e a convivência humana. As normas jurídicas podem-se apresentar como regras ou princípios. Sob outro aspecto, as normas jurídicas podem ser classificadas conforme distribuem os direitos e obrigações ou regulem a atividade processual: aquelas que efetivamente conferem um direito ou uma obrigação aos cidadãos, ditas normas materiais, e as que dizem respeito à atividade jurisdicional em si mesma, regulando o processo jurisdicional, seu procedimento, sujeitos etc. São as normas processuais.³⁷

As normas processuais não possuem completa autonomia, uma vez que sua existência possui uma finalidade precípua: garantir a efetiva aplicação das normas de direito material. Exercem uma função instrumental, na medida em que apenas são atuadas visando à efetivação dos direitos.

Por meio das normas processuais, o legislador regula a atividade jurisdicional. Para tanto, escolheu um método próprio chamado “processo”. O processo é, assim, o método pelo qual a jurisdição opera, o método escolhido para a

³⁶ BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*, p. 99.

³⁷ “As normas substanciais compete definir modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas (*fattispecie*), além de estabelecer as conseqüências específicas da ocorrência desses fatos (*sanctiones juris*). As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles, com vista à efetivação prática das soluções ditas pelo direito material”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 42.

atuação da jurisdição na sua função de composição dos conflitos de interesses. Não se olvida, entretanto, que o processo é, antes de tudo, instrumento para a realização dos direitos.³⁸

Esse “método” desenvolve-se por meio de uma série de atos, interligados e interconectados, que se dirigem teleologicamente para a composição dos conflitos de interesses. A essa série de atos dá-se o nome de procedimento, que é a forma, o aspecto exterior do processo, determinado pela ordem de sucessão dos atos ou pela existência de atos especiais.³⁹

Cabe indagar: quais são esses atos que compõem o processo? Como são escolhidos? Para responder a essas indagações, deve-se, primeiramente, lembrar que o processo é um método utilizado pelo Estado cuja finalidade principal é a composição dos conflitos surgidos em sociedade, mediante a atuação (proteção) dos direitos.⁴⁰ De modo que os atos escolhidos para dar vida ao processo devem ser aptos a promover, efetivamente, a proteção e a atuação dos direitos. De nada adiantaria se o legislador estabelecesse o procedimento, preenchendo-o com atos estéreis e inúteis para a efetiva proteção do direito. Torna-se evidente que os atos escolhidos devem ser idôneos, assim, para atingir o fim máximo do processo.

Alguns desses atos que preenchem o procedimento são atos que dão movimento ao processo, como as intimações, audiências, contestação, impugnações etc. Outros atos, por sua vez, são capazes de conceder, em parte ou totalmente, a tutela jurisdicional: esses últimos são, na verdade, técnicas que recebem o qualificativo de “processuais”, uma vez que são técnicas utilizadas dentro do processo. As técnicas processuais são atos que efetivamente podem conceder a tutela jurisdicional, seja por meio de declaração, constituição, antecipação dos efeitos, atos executivos, sentença condenatória, procedimento executivo por desapropriação, ordem atrelada a multa etc., e devem ser escolhidas tendo em vista a capacidade de promover, efetivamente, a proteção e efetivação dos direitos.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer*, p. 111.

³⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 195.

⁴⁰ Anote-se que a visão de processo civil utilizada no texto constitui apenas uma das facetas pela qual o processo pode ser analisado, de modo a facilitar o entendimento da exposição. Hodiernamente, uma visão mais ampla entende que o processo constitui toda forma de instrumentalização do exercício do poder; em outras palavras, seria um elemento do ordenamento jurídico que permite a sua própria criação e implementação.

Diante do dever do Estado em promover a pacificação social mediante a composição dos conflitos de interesses, o que deve ser feito pela efetivação dos direitos, tem o legislador o dever, perante o direito fundamental do cidadão de receber tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, de instituir técnicas processuais idôneas e aptas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material.⁴¹

Técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados, de natureza instrumental, uma vez que somente se justifica em razão de uma finalidade a ser cumprida ou atingida.⁴² “À técnica processual cabe a oferta de meios operacionais com os quais o juiz possa buscar os resultados assim definidos pelo direito substancial”.⁴³

São exemplos de técnicas processuais previstas em nosso ordenamento jurídico: a sentença, a utilização da cognição sumária, a ordem atrelada à cominação de multa, os atos executivos de sub-rogação constantes do processo de execução, os atos executivos constantes de uma ação de despejo ou reintegratória de posse, o sistema de pagamento por precatórios, dentre inúmeras outras técnicas.

Diversas outras técnicas poderiam ter sido escolhidas pelo legislador, v. g., a técnica do sorteio, a técnica do parecer do perito (em substituição da sentença proferida por juiz), a técnica dos atos executivos praticados pelo particular vencedor da ação etc. Tais técnicas não foram adotadas por nosso ordenamento jurídico, uma vez que foram concebidas como incompatíveis com os valores e princípios constantes da sociedade e da ordem jurídica brasileiras.

A instituição de técnicas processuais deve levar em consideração a finalidade do processo e a efetiva aplicação e proteção dos direitos: “como *conjunto de meios preordenados à obtenção de resultados desejados*, toda técnica precisa

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33: “[...] o legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material. [...] Entretanto, esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador, pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional”.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 273-274. Para Aroldo Plínio Gonçalves, “a noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 23.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*, p. 78.

ser informada pela definição dos resultados a obter”.⁴⁴ (grifo no original) Como foi exposto acima, tem o legislador inclusive a obrigação constitucional de prever e estabelecer as técnicas processuais que se fizerem necessárias para a proteção dos direitos.

Resta evidente a importância da existência e disposição das técnicas processuais adequadas para a proteção dos direitos, de modo que estes somente poderão ser efetivamente aplicados e efetivados na medida em que o magistrado tiver à sua disposição técnicas processuais idôneas.⁴⁵ É por meio das técnicas processuais que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, concederá a tutela jurisdicional pleiteada.

Conforme foi visto no item anterior, a disposição constante no art. 5º, XXXV da Constituição Federal obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Anote-se que, ainda que não houvesse sido positivado o que hoje se encontra no inciso XXXV do art. 5º da CF, esse dever do Estado restaria incólume, uma vez que resulta do próprio monopólio da administração da justiça e do Estado de Direito.

Para conceder a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, deverá o Estado dispor de todos os meios que se fizerem necessários para a efetiva proteção dos direitos.⁴⁶ Quanto à obrigatoriedade da disposição desses meios, podem-se diferenciar duas esferas de deveres. A primeira, o dever do Estado-legislador de prever, no ordenamento jurídico, os mecanismos (técnicas) que se fizerem necessários para a concessão da tutela jurisdicional. A segunda esfera diz respeito ao dever do Estado-juiz em aplicar as técnicas previstas para obter o máximo de efetividade da tutela concedida.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 136.

⁴⁵ “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 147. Conforme lição de Flávio Luiz Yarshell, “quando a doutrina fala, por exemplo, de uma *tutela jurisdicional ‘diferenciada’*, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos *meios* predispostos à consecução desse resultado”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31. (grifo no original)

⁴⁶ Este não é o momento adequado para se adentrar na discussão de qual seria o objeto da tutela jurisdicional: o direito ou as pessoas. Embora seja atraente a posição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e sua ferrenha defesa pela tutela jurisdicional das pessoas (cf., por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*, p. 54-81), falar sobre antecipação de tutela requer que se fale em proteção aos direitos, uma vez que é este que corre o risco de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tal dano tenha reflexo da vida das pessoas, como efetivamente o tem.

Trata-se de dever constitucional do Estado a previsão e a aplicação de todas as técnicas indispensáveis para a adequada, efetiva e tempestiva proteção dos direitos, garantindo que seus titulares dele usufruam em todo o seu vigor. Assim como ao juiz é obrigatório o julgamento ainda que não exista norma de direito material a regular abstratamente o caso, também ao magistrado é obrigatório que se utilize das técnicas necessárias para a proteção dos direitos, ainda que não haja previsão no ordenamento, desde que respeitados os direitos e garantias básicas constitucionalmente previstas como o contraditório, a ampla defesa, o princípio do menor sacrifício e, em geral, todos os princípios e garantias que decorrem do devido processo legal.⁴⁷

Com maior razão deverá o Estado utilizar-se das técnicas previstas no ordenamento jurídico, valendo-se inclusive do conhecido adágio de que “quem pode o mais, pode o menos”. Se pode (deve!) o magistrado aplicar as técnicas que entender necessárias para a efetiva proteção do direito alegado em juízo – é o caso, v. g., do poder geral de cautela, bem como da atipicidade das formas de efetivação das sentenças mandamentais e executivas – deverá aplicar com maior efeito as técnicas efetivamente positivadas, como deve ocorrer, v. g., com a técnica que enseja a concessão da tutela antecipada.

⁴⁷ Sobre os princípios e garantias que decorrem do devido processo legal, cf., por todos, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3 DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A modificação da redação do art. 273 do CPC pela Lei n.º 8.952/1994 introduziu o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua concessão para todo processo de conhecimento. Entretanto, não representou uma novidade absoluta no ordenamento, uma vez que a tutela antecipada já era permitida em disposições esparsas no ordenamento: liminar na ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei n.º 911/64, a liminar na ação civil pública prevista na Lei n.º 7.347/85, a liminar em ação de despejo regulada na Lei n.º 8.245/91, dentre outras previsões. Tais disposições sempre foram tratadas como sendo normas de caráter especial, uma vez que, segundo o entendimento do processo civil clássico, a execução deveria ser sempre precedida de cognição exauriente, ou seja, eram disposições que excepcionavam a regra geral que somente admitia a prática de atos coativos/executivos após a sentença que declarasse o direito.⁴⁸

Com a reforma do art. 273 que introduziu, em caráter geral, o instituto da tutela antecipada, pode-se admitir, desde então, a antecipação de tutela inclusive para os procedimentos especiais que não possuam disposição específica sobre liminares ou, ainda que o possuam, após o momento adequado ou ainda que não estejam presentes os requisitos específicos exigidos para o procedimento especial. Explica-se, para melhor entendimento. É possível a reintegração de posse liminar, que nada mais é do que hipótese de antecipação de tutela, preenchidos os requisitos do art. 927 do CPC. Pode acontecer que o autor, quando do ingresso da ação de reintegração de posse, não preencha os requisitos previstos no art. 927, não lhe sendo concedida a reintegração liminar. Superada essa fase inicial, o processo seguirá o rito ordinário, a teor do que dispõe o art. 931 do CPC. Iniciada a fase ordinária, poderá o autor requerer tutela antecipada para reintegrá-lo na posse do bem, requerendo a antecipação, desta vez, com fundamento no art. 273 do CPC. Com efeito, diversos são os fundamentos da liminar possessória e da tutela antecipada, de tal forma que a negativa da primeira não impede a concessão da

⁴⁸ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 38.

segunda.⁴⁹ Não se cuidará mais de liminar possessória, mas de antecipação de tutela com fundamento em uma das hipóteses do art. 273, v. g., o abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O que não é possível é o autor formular pedido bifronte, requerendo a tutela antecipada ou a liminar possessória com fundamento em ambos os artigos: 273 e 927.

Apesar da modificação legislativa ocorrida em 1994 que introduziu definitivamente o instituto da tutela antecipada no processo civil brasileiro, diversas questões ainda provocam discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, como será visto a seguir.

3.1 A TUTELA JURISDICIONAL E O CONCEITO DE SUA ANTECIPAÇÃO

A tutela jurisdicional é concedida, em regra, por meio da prolação de uma sentença, que é a técnica processual adotada na qual se formulará a norma concreta que regerá determinada relação jurídica. Entretanto, conceder a tutela jurisdicional representa não só entregar ao jurisdicionado a formulação da norma que incidirá sobre uma relação jurídica concreta, estabilizando-a, tornando-a livre de dúvidas e incertezas, mas também proporcionar a realização fática dessa norma concreta elaborada ou adotar as medidas necessárias para o acautelamento e preservação da utilidade da atividade jurisdicional.

A concessão da tutela jurisdicional e a conseqüente formulação da norma concreta que regerá determinada relação jurídica têm por objetivo pacificar as relações sociais, seja declarando a certeza sobre dada relação ou situação jurídica, seja constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas, seja ainda outorgando a quem for titular de um direito subjetivo aquilo que a ordem jurídica lhe concede como, *verbi gratia*, uma coisa, dinheiro, um fazer ou um não fazer, utilizando-se para tanto das técnicas processuais disponíveis em nosso ordenamento jurídico para efetivar essa outorga (execução por sub-rogação,

⁴⁹ Nesse sentido, cf. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 92: “Superada a fase inicial e tomando o processo o curso ordinário (art. 931), é possível a concessão da tutela antecipada, que, porém, a toda evidência, não terá mais caráter liminar. Diversos são os fundamentos da liminar possessória e da tutela antecipada: a negativa da primeira não impede a concessão da segunda”.

execução por desapropriação, desconto em folha de pagamento, precatório, ordem etc.).

A sentença, sendo, em regra, a técnica processual instituída para a concessão da tutela jurisdicional, é dotada de eficácia, que pode ser conceituada sob dois aspectos: como a aptidão, *in abstracto*, para produzir efeitos próprios; e como a aptidão para produzir, *in concreto*, seus efeitos ou, em outras palavras, a própria aptidão “em ato” para produzir efeitos no momento atual.⁵⁰ É sobre esse último aspecto, ou seja, a capacidade de produzir concretamente seus efeitos, que interessa ao presente estudo, de modo a determinar em que momento a sentença estará apta a produzir seus efeitos *in concreto*, i. e., em que momento será eficaz e, por isso mesmo, em que momento a tutela jurisdicional estenderá seus efeitos sobre os jurisdicionados e sobre a relação jurídica da qual fazem parte.

Em regra, a sentença será eficaz no momento em que o ordenamento jurídico assim dispuser, de modo que somente começará a produzir seus efeitos no momento fixado pela lei, ou por quem a lei autorize a fixá-lo.⁵¹ No sistema processual pátrio, a sentença será apta a produzir seus efeitos com o seu trânsito em julgado, i. e., com a preclusão das vias recursais ou, se preferível for, com o não cabimento de recursos que possuam efeito suspensivo ou que não possam com esse efeito ser recebido. É possível dizer que a sentença terá eficácia – na perspectiva concreta neste estudo adotada – com o seu trânsito em julgado, com o recebimento de recurso apenas no efeito devolutivo ou, ainda, após o julgamento do reexame necessário nas hipóteses previstas em lei.

Como foi visto acima, em determinadas hipóteses a tutela jurisdicional visa a conceder ao indicado pelo direito material o que a ordem jurídica abstratamente lhe concede, como uma coisa, dinheiro, um fazer ou um não-fazer. Nestes casos, a tutela jurisdicional não está cumprida e acabada com a simples publicação da sentença de mérito, como dispõe o art. 463 do CPC.⁵² Fazem-se

⁵⁰ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1984, n.º 34, p. 273.

⁵¹ Cf., por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, p. 274.

⁵² Ao que parece, a redação do art. 463 do CPC quis indicar ao intérprete, quando se refere ao cumprimento do ofício jurisdicional, a aplicação do princípio da inalterabilidade da sentença pelo juiz prolator, e não o encerramento, em definitivo, da concessão da tutela jurisdicional. A favor desse entendimento, o próprio dispositivo, que em seus incisos subseqüentes traz exceções ao princípio da imutabilidade da sentença pelo juiz. Tendo em vista a impropriedade contida no art. 463 do CPC, a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterou a redação do *caput* do art. 463 do CPC, que

necessários ainda os atos de efetivação/execução do comando proferido, estes sim que efetivamente concederão ao jurisdicionado, portador de um direito subjetivo que lhe é outorgado pela ordem jurídica, o bem (prestação!) que lhe é devido. Deste modo, a tutela jurisdicional, nestas hipóteses, somente estará cumprida e acabada com a efetiva entrega ao jurisdicionado daquilo que lhe é outorgado pelo ordenamento jurídico.

Feitas estas considerações, é possível conceituar o instituto da antecipação da tutela⁵³ como sendo aquele que, utilizando-se de técnica processual adequada, antecipa os efeitos concretos que adviriam da prestação da tutela jurisdicional antes do momento em que normalmente esses efeitos seriam concedidos e realizados.

Esses efeitos da tutela jurisdicional são, na verdade, os efeitos que seriam produzidos pela sentença, que os pode produzir devido à sua eficácia. Entretanto, não basta a existência de uma sentença com eficácia, ou seja, uma sentença que produza efeitos. Faz-se necessário que esses efeitos sejam viabilizados, realizados. É somente com a conjugação da formulação da regra concreta pela sentença, produtora de efeitos, com a realização destes, que a tutela jurisdicional será completamente concedida.

Mas algumas observações importantes devem ser feitas sobre a questão terminológica: trata-se de antecipação dos efeitos da tutela, antecipação dos efeitos da sentença ou antecipação da eficácia da sentença?

De antecipação da eficácia da sentença não se trata, uma vez que não é possível antecipar a eficácia de algo que ainda não existe (a sentença). Não se olvide que, neste estudo, utiliza-se o conceito de eficácia como a aptidão de produzir efeitos concretos, conforme exposto acima. Ademais, é possível, como será visto adiante, a antecipação de tutela em ações declaratórias. Se a ação é

passa a ter o seguinte enunciado: “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la [...]”, reconhecendo, definitivamente, que a sentença proferida não acaba o ofício jurisdicional.

⁵³ SÉRGIO SAHIONE FADEL anota que a expressão “tutela antecipatória” não é correta, uma vez que nem os dicionários de Língua Portuguesa e nem mesmo o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa aprovado pela Lei n.º 5.761/71 registram o vocábulo “antecipatório”. FADEL, Sérgio Fahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 9. Entretanto, o dicionário Houaiss da língua portuguesa registra o vocábulo “antecipatório” como sendo o adjetivo daquilo “que se antecipa; que visa às providências para a execução de determinada ação ou à previsão de problemas, necessidades e alterações futuras; proativo”. Registra o dicionário ainda que o vernáculo em questão vem registrado desde 1970 na Grande Enciclopédia Delta Larousse, publicada pela Editora Delta do Rio de Janeiro naquele ano. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de

declaratória, segundo lição de PONTES DE MIRANDA, é porque sua eficácia preponderante é declaratória.⁵⁴ Todavia, a antecipação de tutela nas ações declaratórias não antecipa a eficácia declaratória, mas os efeitos práticos que decorrem da declaração. A certeza, em si mesma, não é possível de se antecipar.⁵⁵

Restaria a dúvida em se saber se se trata de antecipação dos efeitos da tutela ou dos efeitos da sentença. Muitas vezes, a simples prolação da sentença não é suficiente para a concessão da tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a sentença que condena alguém ao pagamento de quantia em dinheiro possui a eficácia principal de criar um título executivo que, salvo o cumprimento espontâneo do devedor, o que raramente acontece, terá que ser objeto de um processo de execução, submetendo-se ao procedimento de execução por desapropriação. Nesta hipótese, antecipar-se-á o pagamento de quantia pecuniária por meio de ordem ou atos executivos sub-rogatórios, que de nenhuma forma seria efeito de uma sentença condenatória. Denota-se, já neste momento, que antecipar os efeitos da sentença não seria suficiente para afastar o perigo de dano irreversível ou de difícil reparação.

Em outro exemplo: proferida sentença com eficácia mandamental preponderante, seu comando contém ordem para que determinada empresa retire *outdoors* instalados em local proibido pela postura municipal. Não cumprida a ordem, o juízo poderá valer-se de outras medidas executivas, como a retirada dos referidos *outdoors* por terceiros, a custo da empresa ré. A tutela jurisdicional, nas hipóteses apresentadas, não é concedida exatamente pela sentença, mas pelos atos executivos que se lhe seguem, e que também são atos jurisdicionais. É por esta razão que se falou acima que apenas em regra a tutela jurisdicional é concedida pela sentença. Em determinados casos, a tutela jurisdicional necessita de vários atos jurisdicionais posteriores, ainda que estes sejam efeitos da sentença. Conceder a tutela jurisdicional, conforme o conceito adotado neste estudo, não é apenas

Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 229, verbete “antecipatório”.

⁵⁴ A base da teoria da eficácia preponderante de PONTES DE MIRANDA está contida em: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, p. 1 a 241.

⁵⁵ “[...] o que se antecipa são, exclusivamente, os *efeitos práticos* da providência jurisdicional pleiteada, ou seja, as conseqüências de ordem *satisfativa* pertinentes ao mundo dos fatos, sendo impossível qualquer abreviamento de proteção no plano formal ou jurídico. Inviável juridicamente antecipar-se, de maneira total ou parcial, providência de natureza *declaratória, constitutiva* ou *condenatória*. Eventuais efeitos fáticos ou práticos é que poderão ser antecipados mediante *ordem e efetivação coercitiva*, se necessário”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento*, arts. 270 a 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163. (grifos no original)

formular a norma concreta que regerá determinada relação jurídica, mas também entregar ao jurisdicionado, titular de um direito subjetivo, o bem (coisa, dinheiro etc.) e/ou pô-lo na situação jurídica que o direito material lhe concede, permitindo-lhe usufruir dessa situação que lhe é garantida abstratamente.

Antecipam-se, portanto, os efeitos práticos da tutela jurisdicional; os efeitos que adviriam da futura declaração, decretação ou condenação, colocando-se o autor na situação de fato, ainda que parcial, que somente adviria após a concessão da tutela jurisdicional pela sentença e sua efetivação. Nesse sentido, apropriada a lição de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

A rigor, não há como se antecipar os efeitos da sentença: não se constitui, declara, condena, de plano; isso só será possível com o advento da sentença. O que se dá é que o juiz *antecipa* efeitos fáticos inerentes à tutela jurisdicional pretendida, fornecendo-se ao autor uma situação jurídica que, conquanto talvez não seja a própria tutela pretendida, eqüivale aos efeitos que terá ou teria a tutela jurisdicional postulada, se de plano concedida. Assim sendo, não se pode entender que a decisão que antecipa a tutela tenha o mesmo conteúdo da própria sentença pretendida.⁵⁶

Diante das premissas lançadas, a própria natureza e finalidade do instituto em estudo, impende concluir que se trata de antecipar os efeitos práticos da tutela jurisdicional, de modo a realizá-los antes do momento em que normalmente seriam alcançados.⁵⁷ Quanto ao porquê de apenas os efeitos práticos serem antecipados, remete-se ao item 3.6.4, que tratará acerca das eficácias da sentença e antecipação de tutela.

⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, n.º 86, abr./jun. 1997, p. 26-27. Conforme lição de Teresa Arruda Alvim, “ainda que *materialmente* a providência concedida através da liminar possa coincidir com a pretendida pelo autor, *principaliter*, esta coincidência se restringe ao aspecto concreto”. ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38.

⁵⁷ “Se a tutela interinal é *antecipada*, significa dizer, em outras palavras, que a proteção jurisdicional pretendida pelo autor haverá de ser concedida *antes do momento ordinariamente previsto*”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 168. (grifos no original)

3.2 TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR – BREVE DISTINÇÃO

Diante do conceito de antecipação da tutela exposto acima, deve-se diferenciar este instituto da tutela cautelar, que com a tutela antecipada não se confunde.

Parte da confusão existente provém do fato de que, antes da reforma do art. 273 pela Lei n.º 8.952/94, o processo cautelar era utilizado para a concessão de medidas com caráter antecipatório. Foi a maneira encontrada pelos juristas para promover a efetiva proteção dos direitos que se viam na iminência de sofrerem dano irreparável ou de difícil reparação.⁵⁸ Isso se deve, primordialmente, pelo fato de os artigos 798-799 do Código de Processo Civil ter como inspiração o art. 700 do Código de Processo Civil italiano que sofreu nítida influência do entendimento de CALAMANDREI sobre os provimentos cautelares.

CALAMANDREI dividia os provimentos cautelares em quatro grupos: a) providências instrutórias antecipadas; b) medidas que servem para facilitar o resultado prático de uma futura execução forçada, tais como o arresto e o seqüestro. Para CALAMANDREI, as medidas do item “b” teriam sentido antecipatório, pois o arresto seria, v. g., um “início antecipado” do processo executivo; c) medidas que decidem interinamente uma relação controvertida sempre que a espera da decisão definitiva, a ser tomada depois, possa causar ao direito de uma das partes um dano irreparável. São as decisões antecipadas e provisórias de mérito; d) cauções processuais.

CALAMANDREI desconhecia o poder geral de cautela, de modo que as medidas das letras “a” e “b” acima estavam sujeitas ao *numerus clausus*. Entretanto, ensina o professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, as medidas do grupo “c”, apesar de inexistir também quanto a elas o poder cautelar geral, destinavam-se a antecipar a decisão de mérito, permitindo que o juiz desse regulação provisória à relação controvertida. Isto abrangeria toda e qualquer demanda, de modo que o “poder cautelar geral que CALAMANDREI supunha inexistente surge agora

⁵⁸ “No CPC de 1973, à falta de previsão legal específica, as medidas ‘satisfativas’ de urgência, a maior parte delas surgidas sob o impacto das novas realidades sociais e econômicas do país, se foram inserindo no dia-a-dia das realidades forenses debaixo do amplo manto de ‘cautelares inominadas’ ou de ‘cautelares satisfativas’. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

milagrosamente, através das medidas antecipatórias do grupo c. Surge, no entanto, como poder ‘cautelar’ *antecipatório*’.⁵⁹ Continua ainda o professor gaúcho que, na doutrina de CALAMANDREI, “enquanto as medidas dos grupos “a” e “b” serão sempre casos de provimentos típicos, ou nominados, as medidas do grupo “c” abrem uma porta muito ampla para a introdução das cautelares inominadas que o Código de Processo Civil italiano, alguns anos depois, consagrou sob a denominação de ‘provvedimenti d’urgenza’[...]”.⁶⁰

Entretanto, os provimentos antecipatórios não se confundem com as medidas cautelares. Com efeito, a Lei n.º 8.952/94 veio suprir uma lacuna do direito processual civil, ao criar um instituto específico para a concessão de provimentos antecipatórios dos efeitos práticos da tutela jurisdicional de efeitos reversíveis. Todavia, a lacuna ainda existe para os provimentos de urgência para proteção de direitos que somente podem ser resguardados utilizando-se de provimentos irreversíveis. É a chamada tutela satisfativa de urgência, cuja necessidade de regulamentação foi sentida por LUIZ FERNANDO BELINETTI.⁶¹

Não se pode negar que as tutelas cautelar e antecipatória possuem pontos em comum. Assim, v. g., ambas são baseadas em cognição sumária. Do mesmo modo, ambas as tutelas surgiram da necessidade de tutelar direitos que se viam na iminência de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação – o chamado perigo da demora. Ainda que hoje existam espécies de antecipação de tutela que não são fundadas na urgência, as técnicas utilizadas que possibilitam a antecipação da tutela foram criadas tendo em vista a urgência da concessão da tutela dos direitos.

Entretanto, parte da doutrina vem entendendo, com fundamentos na doutrina italiana – em particular à doutrina de CALAMANDREI⁶² - que a tutela

⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 71.

⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 71.

⁶¹ Cf. BELINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 246-266.

⁶² “Per *pericolo da tardività* si intende il pericolo che sia la mera durata del processo, col protrarre nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto, ad essere causa di pregiudizio. [...] Scriveva Calamandrei: in questi casi il provvedimento cautelare mira ad accelerare la soddisfazione in via provvisoria del diritto, poiché il *periculum in mora* è costituito non da un mutamento della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza a cognizione piena, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel giudizio di merito a cognizione piena”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni*, p. 602

antecipada teria, igualmente, natureza cautelar.⁶³ Nesse sentido, contundente a exposição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

Ora, se temos modalidade de providência destinada a satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução possa ocorrer de forma útil e eficaz, não se lhe pode negar o caráter acautelatório, ainda que provisoriamente satisfativo. A característica essencial dessa espécie de tutela jurisdicional está na inaptidão para representar a solução definitiva para o litígio. Com ela, satisfaz-se faticamente, mas apenas para garantir a efetividade da satisfação jurídica. São cautelares, portanto, não apenas as conservativas, mas também aquelas destinadas a regular provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final. [...] A tutela cautelar pode implicar, pois, a antecipação de efeitos ligados ao provimento final. A segurança quanto ao resultado pode ser garantida não apenas por medidas conservativas, mas também antecipatórias.⁶⁴

Esse entendimento parte da seguinte premissa: será tutela sumária, não cautelar, se puder se tornar definitiva, não tendo a função instrumental; será tutela sumária cautelar quando tiver essa instrumentalidade, de modo que será sempre provisória. De tal modo que, sendo a tutela antecipada provisória e visando a “proteger” a tutela final, isto denotaria sua instrumentalidade, possuindo, portanto, as duas características básicas da tutela sumária cautelar.⁶⁵

Essa corrente doutrinária, seguidora dos ensinamentos de CALAMANDREI, contrapõe a noção de cautelaridade com o conceito de definitividade.⁶⁶ Ora, se todo provimento não definitivo fosse cautelar, a sentença não transitada em julgado e que fosse objeto da chamada execução provisória regulada pelo art. 588 teria igualmente natureza cautelar.⁶⁷ Todavia, não é possível

⁶³ “Corrispondentemente a queste due specie di *pericula in mora*, è possibile distinguere i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: a) provvedimenti cautelari *conservativi* della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; b) provvedimenti cautelari *anticipatori* della soddisfazione del diritto”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni*, p. 602.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 123-124.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 131.

⁶⁶ “É muito interessante observar que a distinção entre a tutela cautelar e as tutelas de conhecimento, segundo as palavras do próprio Calamandrei, não reside na qualidade dos efeitos da primeira, mas sim na sua ‘limitação no tempo’. Em outras palavras, e confirmando o que já havia sido dito, a tutela cautelar se contrapõe à tutela definitiva em razão da sua peculiar provisoriedade, pouco importando o significado da sua atuação no plano do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.

⁶⁷ “A doutrina de Calamandrei nega a diferença entre a tutela que satisfaz antecipadamente um direito e a tutela que se limita a assegurá-lo. É por esta razão que, havendo *periculum in mora*, não há

identificar qual seria a instrumentalidade dessa execução provisória que, por ser provisória, seria cautelar e, se é cautelar, é necessariamente instrumento de algo.

Ainda para essa corrente doutrinária, as medidas antecipatórias teriam natureza cautelar, uma vez que também teria por objetivo assegurar a efetividade e adequação da prestação jurisdicional entregue ao final do processo. Sintomática a exposição feita por JOAQUIM FELIPE SPADONI que, assim como CALAMANDREI e BEDAQUE, considera que a tutela antecipada tem por objetivo tutelar a utilidade da prestação jurisdicional,

[...] um *direito constitucional processual* do autor da demanda, sendo a satisfação do direito material nele discutido meio necessário para o alcance dessa tutela. Por meio dela procura-se evitar a lesão a este direito processual, protegendo-se, por conseqüência inevitável, também o direito material sob discussão. [...] Embora a antecipação de tutela incida diretamente no direito material discutido no processo, tal incidência é apenas a *técnica* utilizada para o atingimento do fim da medida, que é a proteção da eficácia do processo.⁶⁸ (grifos no original)

Contudo, o que diferencia os provimentos cautelares e antecipatórios é a própria natureza das medidas concedidas. Os provimentos cautelares apenas assegurarão a futura utilização do direito que vier a ser reconhecido, seja ao requerente da medida cautelar, seja ao requerido no processo acautelatório. A medida cautelar outorgada não permite ao autor do processo cautelar usufruir do bem arrestado ou seqüestrado, por exemplo, mas apenas colocará a salvo o bem sob litígio que, ao final, será entregue para o uso e gozo do vencedor do chamado “processo principal”, que pode ser tanto o autor quanto o réu do processo cautelar.

Não é o que ocorre com os provimentos antecipatórios dos efeitos concretos da tutela jurisdicional. O autor que receber a proteção pela antecipação de tutela passará a usufruir, ainda que provisoriamente, dos efeitos que seriam obtidos com a concessão da tutela jurisdicional apenas ao final, mas que foram concedidos imediatamente diante do perigo da demora de sua concessão, dentre outras

distinção, na clássica doutrina italiana, entre tutela antecipatória de cognição sumária e execução provisória da sentença: tudo isso é tutela cautelar”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 199.

⁶⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, abr./-jun. de 2003, n.º 110, p. 79-80.

hipóteses previstas em lei. Aqui, o que ocorre é um perigo na demora da realização do próprio direito; não se trata apenas de acautelá-lo.

É verdade que o autor, obtendo o provimento antecipatório, não está totalmente “satisfeito”, uma vez que não obteve, em definitivo, a norma individualizada que regerá aquele conflito de interesses. Entretanto, satisfaz-se, ainda que provisoriamente, com o gozo dos efeitos concretos da tutela jurisdicional, ou seja, com o usufruto do direito alegado e que se apresentou com alta probabilidade de ser verdadeiro e que, com o perigo na demora da prestação jurisdicional, é concedido antecipadamente.

Poder-se-ia argumentar que essa posição é contraditória, no sentido de adotar-se a expressão “satisfação provisória”, e que se estaria endossando o entendimento de CALAMANDREI devido à utilização do termo “provisório” ao provimento antecipatório. Entretanto, trata-se apenas de uma satisfatividade fática, uma vez que se apresenta inegável que o autor que usufrui da concessão da tutela antecipada está, ao menos no plano dos fatos, satisfazendo-se enquanto desfruta do direito que lhe foi concedido (antecipada e provisoriamente).⁶⁹

A noção de satisfatividade somente serve para separar as medidas cautelares das antecipatórias quando se tem em vista o aspecto fático das mesmas. Tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipada são tutelas jurídicas não satisfativas, uma vez que se trata de tutelas que necessitam, impreterivelmente, da complementação, ou superveniência, de uma tutela posterior, dita satisfativa, que confirmará ou não a tutela anteriormente concedida, revogável e provisória por sua própria natureza.

Assim, em termos de classificação das tutelas, tanto a cautelar, quanto a antecipatória são tutelas não satisfativas, uma vez que não definitivas. Enquanto a tutela cautelar apenas assegura, garante o que a doutrina dominante chama de “eficácia da tutela jurisdicional”, a tutela antecipada concede imediatamente os efeitos práticos da tutela jurisdicional que somente seria concedida mais tarde, em momento adequado, após a realização da cognição

⁶⁹ Nesse sentido, Alberto Camiña Moreira: “É perfeitamente possível existir, entretanto, uma espécie de satisfação que não derive necessariamente da decisão definitiva e sim de uma decisão provisória que antecipe os efeitos da tutela principal. Não estamos aqui a defender a satisfação jurídica, somente atingível por meio de cognição plena do juiz e decisão definitiva, mas a satisfação material proporcionada com a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, plenamente verificável ainda que concedida por meio de uma decisão provisória baseada em cognição sumária”. MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Método, 2003, p. 120.

exauriente pelo magistrado. Mas ambas as tutelas não são satisfativas, uma vez que não concedem, em definitivo, a proteção ao direito alegado em juízo, ao qual se pede a tutela jurisdicional.⁷⁰

De tal modo que, quem obtém um arresto, não satisfaz sua pretensão (principal) nem lhe entrega definitivamente o bem arrestado, ainda que temporariamente, mas apenas obtém um provimento que assegurará que, no futuro, o direito possa ser plenamente usufruído. Por outro lado, quem obtém tutela antecipada de soma em dinheiro não está apenas assegurando, mas está, de fato, adiantando-a, obtendo alguns dos seus efeitos antes do momento em que seriam normalmente obtidos. Entretanto, não está totalmente satisfeito, uma vez que ainda necessita da confirmação da tutela concedida antecipadamente, o que somente ocorrerá com a prolação da sentença, ao final, após cognição exauriente.

Não se confunde tutela cautelar e tutela antecipada, como foi visto. Atente-se, entretanto, para a afirmação de que, se a tutela antecipada visa a conceder os efeitos da tutela jurisdicional antes do momento em que seria normalmente concedida, é possível afirmar que se possa antecipar os efeitos práticos da tutela cautelar, produzindo antecipadamente os efeitos práticos que se obteria com a concessão, ao final, da medida cautelar pleiteada.

Assim, o que se deve diferenciar é a antecipação da tutela interinal, concedida com fulcro no art. 273 do CPC, da tutela cautelar, concedida antecipadamente ou não. Conforme lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR,

É, pois, a imediatidade do risco de lesão grave que justifica tanto a liminar cautelar como a liminar satisfativa antecipatória. A diferença está em que a liminar cautelar antecipa medida de natureza puramente processual, qual seja a providência de prevenção que se espera atingir com a procedência do pedido cautelar. Já a medida do art. 273 do CPC prevê a realização antecipada de providência relativa ao plano do direito material, envolvendo de forma provisória a satisfação do próprio direito subjetivo objeto do litígio principal, direta ou indiretamente, no todo ou em parte.⁷¹

⁷⁰ “Inquestionável a conclusão que aponta somente estar satisfeito juridicamente o litigante quando recebe a tutela definitiva, pois somente aí estar-se-á entregando de forma definitiva o bem da vida perseguido. É com a decisão definitiva que a declaração buscada pelo autor lhe é entregue, a relação jurídica constituída, ou o réu é condenado à prestação de uma obrigação”. MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*, p. 120.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. *Genesis: Revista de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, ano 3, jul./set. de 1998, p. 480.

Deste modo, pode-se concluir com as seguintes afirmações: tutela cautelar não se confunde com tutela antecipada interinal prevista no art. 273 do CPC e em outras disposições legais esparsas: enquanto aquela apenas assegura, esta última concede e oportuniza a realização dos efeitos práticos da tutela jurisdicional que somente seriam concedidos ao final da ação, ainda que provisoriamente.

3.3 PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E SEUS LEGITIMADOS

Para que a tutela antecipada possa ser concedida é imprescindível que haja pedido expresso da parte cuja antecipação interessa. O *caput* do art. 273 do CPC é expresso nesse sentido, ao indicar que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida mediante pedido da parte. Trata-se, *in casu*, de evidente respeito ao princípio dispositivo, ficando o juiz na dependência de pedido da parte para a concessão da tutela antecipada.

Parte da doutrina entende que seria possível ao juiz conceder a tutela antecipada sem que houvesse pedido expresso da parte, quando verificasse o magistrado que, em não sendo antecipada a tutela, e tendo-se convencido da verossimilhança das alegações, vislumbresse fundado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, o *caput* do art. 273 do CPC é expresso ao condicionar a antecipação da tutela ao pedido da parte. Esta exigência resulta do próprio princípio dispositivo, que é princípio informador de nosso ordenamento jurídico processual.⁷² Ademais, a antecipação da tutela gera ao seu beneficiário – em geral, o autor – a responsabilidade objetiva pelos danos que a antecipação causar ao réu, na hipótese de, ao final, a demanda ser julgada improcedente (CPC, art. 273, § 3º, c/c art. 588, III). Como poderá o autor ser responsável pelos danos oriundos da antecipação da tutela se esta foi concedida de ofício pelo juiz, sem que o autor tenha feito pedido para tanto?⁷³

⁷² No mesmo sentido: LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 55-56; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998, p. 523.

⁷³ Excetuam-se as hipóteses de antecipação de medidas cautelares que possam ser concedidas de ofício pelo magistrado. Todavia, o objetivo do presente estudo é a antecipação de tutela interinal

Não podendo ser concedida *ex officio* pelo magistrado, ficando na dependência de pedido da parte, quais seriam os legitimados a formularem o pedido de antecipação da tutela?

O maior interessado na antecipação é o autor que, deste modo, não terá que esperar até o final do processo para usufruir dos efeitos práticos que somente adviriam anos depois. Mas não é somente o autor que está legitimado a tanto.

O réu também poderá pedir que se antecipe a tutela jurisdicional a seu favor sempre que o ordenamento jurídico permitir-lhe formular pedido contraposto na contestação, como na hipótese das ações possessórias e no procedimento sumário. Poderá o réu igualmente formular pedido pleiteando a tutela antecipada quando ingressar com reconvenção; entretanto, não o estará formulando como réu do processo principal, mas como autor da reconvenção.

O oponente poderá igualmente pedir a antecipação da tutela a seu favor, visto que é autor da ação de oposição. Quanto ao assistente litisconsorcial, trata-se na verdade de litisconsorte que ingressou no processo após o momento adequado. Sendo assistente litisconsorcial do autor, poderá igualmente pedir a antecipação da tutela, visto que é, por natureza, litisconsorte ativo. Se ingressar no processo como assistente litisconsorcial do réu, somente poderá pedir a antecipação da tutela se o réu originário do processo tiver formulado pedido contraposto nas hipóteses cabíveis, ou interposto reconvenção, hipótese em que será, todavia, litisconsorte ativo da reconvenção.

Também o representante do Ministério Público poderá formular pedido de antecipação de tutela quando atuar no processo como parte. Nada há que o impeça de pedir a antecipação; ao contrário, tudo indica que a ele mais do que a ninguém deve ser possível pedir a tutela antecipada, uma vez que atua como defensor de direitos públicos indisponíveis, em grande número de casos na defesa de interesses coletivos *lato sensu*. Nesse sentido o art. 81 do CPC é expresso ao determinar que o Ministério Público poderá exercer o direito de ação nos casos que a lei lhe permite, cabendo-lhe os mesmos ônus e poderes que às partes.

Divergência poderia haver quanto à possibilidade de pedido, pelo Ministério Público, de concessão da tutela antecipada quando atuar como *custos*

prevista no art. 273 do CPC, conforme diferenciação feita no item 3.2, cuja necessidade de expresso

legis. Ao que tudo indica, não seria possível ao membro do Ministério Público formular pedido de antecipação de tutela a favor, em regra, da parte autora, uma vez que sua função no processo é de fiscalizar o respeito e a aplicação das leis. Estabelece o art. 83, II, *fine*, do CPC que o Ministério Público, intervindo como fiscal da lei, poderá requerer medidas e diligências necessárias ao descobrimento da verdade. Conceder a antecipação da tutela não é uma medida necessária ao descobrimento da verdade, mas de favorecimento a uma das partes que, em regra, é a parte autora.⁷⁴ Atuando como *custos legis*, não é apenas a tutela antecipada que o Ministério Público não poderá pedir, estando proibido de praticar qualquer ato próprio da parte,⁷⁵ como reconvir, ajuizar ação declaratória incidental, denunciar a lide, ajuizar oposição, chamar ao processo, opor exceção declinatória de foro, renunciar, reconhecer juridicamente o pedido etc.

Outra questão por demais controvertida é saber se o denunciante da lide poderá pedir antecipação de tutela. Conforme a lição de ARRUDA ALVIM, o denunciado, em relação ao denunciante, é réu, uma vez que a denunciação da lide promovida pelo denunciante ao denunciado é verdadeira ação, diversa da ação principal movida em face do denunciante: ter-se-á, com a denunciação da lide, duas ações tramitando simultaneamente.⁷⁶ Em tese, é possível que o denunciante da lide peça antecipação de tutela em face do denunciado, podendo ser concedida pelo juiz desde que estejam presentes todos os requisitos autorizadores. Todavia, a doutrina elenca um requisito específico para esta hipótese: de que, na ação movida pelo autor em face do denunciante, a tutela antecipada tenha sido concedida em favor daquele. Somente assim haveria interesse e necessidade de o denunciante requerer antecipação de tutela em face do denunciado.⁷⁷

A lei não estabelece prazo para que se peça a antecipação de tutela, não podendo falar que tenha havido preclusão na hipótese de o autor não pedir a tutela antecipada logo na inicial. CALMON DE PASSOS entende que cabe ao autor

pedido da parte não comporta exceção.

⁷⁴ Em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de o Ministério Público, atuando como *custos legis*, requerer a antecipação de tutela, cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 467, nota 1 ao art. 83.

⁷⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, p. 163;169.

⁷⁷ Entendendo ser necessário este requisito específico, cf. FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*, p. 25.

pedir a tutela antecipada na inicial, sob pena de preclusão, para que não se torne em “instrumento de coação sobre seu adversário, para lograr acordos que o favoreçam privilegiadamente”.⁷⁸ Sob fundamento diferente, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO entende que o autor deverá pedir a tutela antecipada na petição inicial, sob pena de desaparecimento ou até mesmo inexistência do *periculum in mora*. Para este autor, se há perigo na demora da concessão do provimento, o pedido deve ser feito imediatamente na petição inicial. Se isto não foi feito pelo autor, deve-se entender que o provimento não é tão urgente.⁷⁹

Não é possível concordar com esse entendimento. A lei não impõe que o autor deva pedir a tutela antecipada na inicial. Não havendo prazo previsto, não há que se falar em preclusão. Por outro lado, não há como saber em que exato momento surgiu para o autor a necessidade de receber a antecipação de tutela, uma vez que somente a ele cabe decidir pelo momento adequado, oportuno e necessário para formular tal pedido.⁸⁰

Igual raciocínio pode ser formulado para a hipótese de tutela antecipada sancionatória, aquela que se fundamenta no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Não há prazo definido para isso. Tampouco se pode dizer que a tutela antecipada fundada no inciso II do art. 273 seja a impugnação da contestação prevista no art. 326 do CPC. O autor deve pedir essa espécie de tutela antecipada assim que entender que estão previstos os requisitos necessários para a concessão. O momento em que os requisitos se perfazem será analisado, para o fim de saber qual o momento apropriado para o pedido, exclusivamente pelo autor. Ao juiz caberá apenas verificar se, feito o pedido, os requisitos necessários estão presentes.

O pedido de antecipação de tutela pode ser formulado oralmente, seja na audiência preliminar de que cuidam os arts. 331 e 227, seja na própria audiência de instrução e julgamento. Para se admitir a possibilidade de pedido oral da antecipação em audiência não é possível que se admita a preclusão da

⁷⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 21-22.

⁷⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*, p. 536.

⁸⁰ “Em verdade, razão alguma existe para se estabelecer limite temporal à concessão da tutela antecipada. O adjetivo *antecipada* não significa que a tutela deva ser concedida liminarmente. Indica, sim, que a providência está sendo concedida antes do momento normal, em razão da urgência”. (grifo no original). LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 76.

possibilidade de pedi-la, como fazem os autores supracitados, uma vez que, se o pedido deveria ter sido feito na petição inicial e não o foi, estaria preclusa a faculdade de exercê-lo, não podendo ser feita nas audiências que se seguem.

Como foi visto, não se compartilha deste entendimento, razão pela qual se admite a possibilidade de pedir a tutela antecipada, oralmente, nas audiências que se realizarem. Assim, v. g., poderá o autor pedir a antecipação de tutela na audiência preliminar do procedimento sumário, constatando o autor que da contestação apresentada resultam pedidos incontroversos.⁸¹

3.4 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E CONTRADITÓRIO

Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, não há que se dizer que a antecipação da tutela afrontaria as garantias do contraditório e da ampla defesa concedidas pela própria Constituição Federal ao réu de um processo jurisdicional e administrativo (CF, art. 5º, LV). Concedida a antecipação da tutela, na maioria das vezes antes mesmo da citação do réu, poder-se-ia alegar infração ao art. 5º, LX da CF por desrespeito às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que, concedida a antecipação da tutela, o contraditório será apenas postecipado, i. e., o réu terá a oportunidade de exercer o contraditório, ainda que depois do provimento que concedeu a antecipação.⁸² Conforme ensina HUMBERTO THEODOR JUNIOR,

É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática que a tutela jurisdicional atinja, com propriedade, sua tarefa de fazer justiça a quem a merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.⁸³

⁸¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 62.

⁸² A Corte Especial do STJ decidiu no seguinte sentido: “2. A antecipação de tutela, assim como as medidas liminares (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo de prévia oitiva da parte contrária”. (STJ - AgRg na SLS 18 / RJ; Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença 2004/0133212-4 – Corte Especial – rel. Min. Edson Vidigal – j. em 25.10.2004 – DJ 06.12.2004, p. 170)

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária*, p. 477.

Não há que se alegar, igualmente, que a garantia de ampla defesa estaria sendo desrespeitada. O direito de ampla defesa não se confunde com o direito ao contraditório. O contraditório diz respeito à bilateralidade da audiência, ao princípio da igualdade e da paridade de forças no processo; refere-se à obrigatoriedade de se conceder a ambas as partes em litígio oportunidade de se defenderem das alegações que lhe são lançadas. A ampla defesa, contudo, relaciona-se em assegurar à parte que lhe seja possível fazer todas as alegações em seu favor, produzindo as provas (desde que pertinentes) que entenda necessárias para a comprovação de suas alegações. A antecipação da tutela não está restringindo o rol de possibilidades de que o réu pode se valer para sua defesa. Está apenas postecipando o contraditório, ou seja, a possibilidade em que o réu será ouvido, momento no qual poderá defender-se amplamente, fazendo as alegações, protestando e produzindo as provas que entender necessárias.

3.5 REQUISITOS E ESPÉCIES DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A antecipação da tutela pode ser classificada levando-se em consideração os requisitos que são exigidos por lei para a sua concessão. Alguns requisitos são chamados de gerais, porque são exigidos para a concessão de quaisquer das espécies de tutela antecipada. São requisitos gerais: o pedido da parte, cujas características foram vistas acima, a existência de prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações, a fundamentação da decisão que concede ou denega a antecipação, a reversibilidade do provimento antecipado. A caracterização e o alcance desses requisitos serão vistos separadamente, de modo a delimitar e caracterizar cada um deles.

Outros requisitos são específicos a cada uma das espécies de tutela antecipada, de modo que: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é requisito específico da tutela antecipada de urgência; a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu é requisito da tutela antecipada sancionatória; a existência de pedidos ou parcela deles incontroversa é requisito imprescindível para a tutela antecipada fundada na parte incontroversa da demanda.

Analisa-se, separadamente, cada um desses requisitos, iniciando pelos requisitos gerais e depois discorrendo sobre cada requisito específico. O requisito geral do pedido da parte foi estudado acima, no item 3.3.

3.5.1 Decisão fundamentada

Prescreve o § 1º do art. 273 do CPC que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. A norma legal deve ser, *in casu*, objeto de interpretação extensiva, uma vez que disse menos do que queria dizer: a decisão deverá ser fundamentada não apenas na hipótese de decisão que antecipe a tutela, mas deverá igualmente ser fundamentada, de forma clara e precisa pelo juiz, quando este não conceder a antecipação, devendo expor os motivos pelos quais entendeu não estar presentes os requisitos necessários para a concessão.

Trata-se, na verdade, de inserção legislativa despicienda, uma vez que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais seria exigível tão somente pela existência da norma contida no inciso IX do art. 93 da CF, que assim dispõe, na parte que aqui interessa: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Tanto a decisão que concede, quanto a que denega a tutela antecipada devem ser clara e precisamente fundamentada pelo magistrado, que deverá expor as razões de sua decisão, demonstrando a presença ou a ausência dos requisitos legais para a caracterização da medida pleiteada.

A falta de fundamentação da decisão a inquina de nulidade, podendo a parte interessada manejar recurso de agravo de instrumento, visando à sua anulação ou substituição pelo tribunal superior. Não é cabível, da decisão que concede ou denega a antecipação de tutela, a interposição do recurso de agravo retido, uma vez que faltaria ao recorrente o requisito recursal do interesse em recorrer, uma vez que a urgência e a produção imediata dos efeitos da decisão recorrida não se coadunam com a natureza e finalidade do agravo retido.

Apesar de o art. 165 do CPC permitir que as decisões interlocutórias tenham fundamentação concisa, isso não significa que o magistrado poderá conceder ou negar a tutela antecipada sem proceder a uma fundamentação que demonstre as razões de sua convicção. Tornou-se comum no dia-a-dia forense os juízes limitarem-se a fundamentar suas decisões com frases prontas, como, “(não) concedo a tutela antecipada nos termos da lei”, “presentes os requisitos do art. 273, concedo a tutela antecipada” ou simplesmente “indefiro o pedido uma vez que não vislumbro a presença dos requisitos legais”.⁸⁴

A exigência de fundamentação tem por objetivo permitir aos jurisdicionados conhecer a razão da concessão ou denegação da antecipação de tutela. De tal modo que não é possível aceitar o entendimento daqueles que vêm na concessão da tutela antecipada uma discricionariedade do magistrado. Se entender presentes os requisitos para a concessão, deverá demonstrá-los em sua fundamentação, concedendo a antecipação; entretanto, se não constatar a existência dos requisitos necessários, deverá igualmente demonstrar essa ausência, denegando o pedido antecipatório. Portanto, está o juiz proibido de, constatando a presença de todos os requisitos necessários, denegar a tutela antecipada, e vice-versa.⁸⁵ É de TEORI ALBINO ZAVASCKI a observação de que estão em jogo direitos constitucionais fundamentais, “cuja garantia não pode ficar sujeita nem ser objeto de disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, cuja missão é a de zelar pela efetividade dos direitos”.⁸⁶

O controle dessa discricionariedade do juiz limita-se aos termos constantes da fundamentação da decisão concessiva ou denegatória. Não é possível perscrutar o intelecto do magistrado para saber se realmente o mesmo está

⁸⁴ Nesse sentido: “3. Viola o art. 273 do CPC a decisão que defere pedido de antecipação de tutela apenas com fundamento na demonstração do ‘fumus boni iuris’ e do ‘periculum in mora’”. (STJ – REsp. 532.570/RS – 2ª T. – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. em 21.10.2004 – DJ13.12.2004, p. 392).

⁸⁵ Nesse sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM: “[...] parece-nos absolutamente evidente que não se pode cogitar da presença de um critério, *própria e verdadeiramente discricionário*, quando o juiz avalia a situação de ‘perigo’, ou de ‘urgência’, ou, ainda quando identifica provável ineficácia prática da medida se concedida só ao final e não liminarmente. [...] Deste modo, pode-se, com acerto, qualificar de atividade com conteúdo vinculado, ou seja, inexistente flexibilidade na apreciação, pelo magistrado, da existência ou não dos pressupostos necessários, de fato e legais, à concessão da liminar, que, se estiverem presentes, *devem* levar o Magistrado a conceder a liminar pleiteada” ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 174-175.

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 108.

agindo de forma discricionária ou não. É apropriado transcrever a lição de JOÃO BATISTA LOPES, que ensina nos seguintes termos:

Também não se deve confundir *discricionariiedade* com interpretação flexível da norma, nem com os chamados conceitos vagos ou indeterminados. [...] A utilização de conceitos vagos ou indeterminados não traduz, porém, discricionariiedade, como já exposto anteriormente. A circunstância de o juiz necessitar interpretar a norma e avaliar a prova não significa que ele possa guiar-se por suas impressões pessoais, conquanto não se possa excluir, nessa tarefa certa carga de subjetividade. [...] A relativa liberdade conferida ao juiz na interpretação da norma e na avaliação da prova não significa carta branca para decidir como lhe aprouver, sendo certo que a motivação há de se lastreada em argumentos jurídicos e fáticos. Daí se pode concluir que, em sede de tutela antecipada, não pode o juiz conceder ou negar a providência por razões de conveniência ou oportunidade.⁸⁷

É indiscutível que o art. 273 está repleto de conceitos vagos ou indeterminados, o que confere ao magistrado maiores poderes na análise dos fatos e das provas que lhe são apresentadas. Entretanto, deverá ser coerente com sua fundamentação, demonstrando a existência ou inexistência dos requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada.

3.5.2 Irreversibilidade do provimento

Provavelmente, o requisito mais controvertido para a concessão da tutela antecipada seja o dispositivo constante do § 2º do art. 273 do CPC, que impede a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Antes da discussão acerca da possibilidade de relativização desse requisito, insta alertar acerca da impropriedade terminológica abrigada pelo § 2º do art. 273. Não se trata de perigo de irreversibilidade do provimento, uma vez que esse provimento é, por sua própria natureza, provisório e revogável, nos termos expressos do § 4º desse mesmo art. 273. Neste caso, a *mens legis* indica que a

tutela não poderá ser antecipada quando houver perigo de que os efeitos oriundos da efetivação da tutela antecipada sejam irreversíveis, ou seja, quando os efeitos práticos oriundos da antecipação puderem se tornar irreversíveis não se deverá conceder a tutela antecipada.

O requisito negativo da irreversibilidade demonstra, para LUIZ FUX, que o legislador ainda está envolto pelo espírito da técnica cautelar, cujos efeitos devem ser sempre reversíveis. Para FUX, “trata-se de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realizabilidade prática do direito”.⁸⁸

Há hipóteses em que a parte autora, demonstrando a presença de todos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, principalmente quando se trata de tutela antecipada de urgência, em que se exige além da verossimilhança da alegação o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, somente obterá a efetiva e tempestiva proteção de seu alegado direito se, sendo-lhe concedida a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, estes forem de caráter irreversível. Em outros termos: casos há em que um direito, cuja alegação apresenta-se diante do magistrado revestido de verossimilhança, somente poderá ser posto a salvo de dano irreparável se, antecipando-se os efeitos concretos da tutela jurisdicional, tal antecipação produzir uma situação fática impossível de ser repostada a seu estado original na hipótese de, ao final, a pretensão do Autor ser julgada improcedente.

A solução para este caso, de *lege lata*, seria pela impossibilidade de antecipar-se a tutela, uma vez que, se o resultado dessa antecipação puder ocasionar a irreversibilidade dos efeitos fáticos por ela antecipados, sua concessão enquadrar-se-ia perfeitamente no obstáculo previsto pelo § 2º do art. 273.

Nestas hipóteses, procura-se evitar a irreversibilidade dos efeitos de um provimento fundado em cognição sumária, ou seja, com o fundamento de que uma decisão fundada em cognição sumária não pode causar efeitos irreversíveis, a lei impede a concessão da tutela antecipada. Entretanto, percebe-se que, pelo lado reverso, a não concessão da antecipação de tutela também é uma decisão baseada em cognição sumária, cuja denegação proporcionará, igualmente, a produção de

⁸⁷ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 68-69.

⁸⁸ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

efeitos concretos irreversíveis: dano irreparável, i. e., o próprio perecimento do direito alegado pelo autor que, após cognição exauriente, pode-se mostrar existente e albergado pela ordem jurídica.⁸⁹

Estabelece-se um paradoxo: concede-se a antecipação da tutela pedida, evitando o perecimento do alegado direito do autor, ainda que provocando efeitos concretos irreversíveis mesmo se, ao final, o direito do autor for julgado inexistente; ou, então, não se concede a tutela antecipada, hipótese em que o alegado direito do autor perecerá, ainda que ao final o mesmo seja declarado existente.

A resposta legal para esse caso aponta para a denegação da tutela antecipada, ainda que o alegado direito do autor venha a perecer. O fundamento maior do dispositivo constante no § 2º do art. 273 do CPC encontra-se no art. 5º, LIV da CF, que estabelece como garantia fundamental que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, não é possível, por expressa disposição constitucional, que o réu seja invadido em sua esfera patrimonial e/ou pessoal sem que se tenha cumprido o devido processo legal, garantindo-lhe a bilateralidade da audiência, a ampla defesa de alegações e atividade probatória, bem como os demais meios e recursos inerentes ao processo (CF, art. 5º, LV).

Contudo, deve-se analisar duas questões: em primeiro lugar, sopesar os valores de cada parte, os valores que se encontram em lados opostos no conflito como, v.g., a vida e o patrimônio, o meio ambiente e a ordem pública, a convicção religiosa e a segurança pública. O juiz, analisando o caso concreto, “deverá pondera os interesses em litígio, privilegiando o interesse mais caro à ordem jurídica, em detrimento daquele de menor hierarquia”.⁹⁰ Colocando em confronto os valores contrapostos, seria possível, pelos menos em tese, estabelecer qual deles deve prevalecer.

⁸⁹ “Em verdade, a manutenção do estado fático da relação conflituosa material representa uma forma atípica de ‘tutela antecipada inversa’, porquanto favorável ao sujeito passivo da demanda em manifesto prejuízo àquele que provavelmente tem razão e que obterá, ao final do processo, a procedência de seu pedido. Em outras palavras, inviabilizar ou negar ao autor medidas injuncionais interinais de natureza satisfativa antecipatória significa conceder ao réu, por vias transversas, o benefício em questão”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 121.

⁹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

Mas somente essa análise não é suficiente para a resolução da questão apresentada. Deve o magistrado proceder a acurado estudo sobre qual direito se apresenta, à primeira vista, com maiores probabilidades de ser existente, ou seja, qual direito é o que aparenta estar protegido pela ordem jurídica. Trata-se de análise fundada em cognição sumária. Entretanto, é o que se apresenta possível ao juiz examinar em casos de extrema urgência, em que uma decisão deve ser prolatada imediatamente.⁹¹ Quando a solução que será adotada, qualquer que seja ela, for apta a provocar efeitos irreversíveis, deve-se tutelar o direito que se apresenta mais verossímil: “se é necessário agir imediatamente, é evidente que o Judiciário deve proteger aquela afirmação de direito que pareça, nas circunstâncias, o mais provável de ser reconhecido como existente”.⁹²

Para tanto, deverá o juiz sopesar essas duas ordens de questões: qual direito deve ser protegido, tendo em vista os valores que cada um deles agasalha? Qual dos direitos contrapostos se apresenta com maiores probabilidades de ser existente? A conjugação das respostas a essas duas questões deverá ser o resultado da decisão seguida pelo magistrado, concedendo ou denegando a antecipação de tutela. Sobre o assunto, manifestou-se LUIZ GUILHERME MARINONI no seguinte sentido:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.⁹³

⁹¹ “A doutrina, todavia, tem procurado, razoavelmente, relativizar o conceito de irreversibilidade, de forma que, entre a flagrante verossimilhança e a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, prevaleça a antecipação que pode, inclusive, a critério de razoável entendimento do juiz, cercar-se cautelas variáveis, como a caução para futuros ressarcimentos”. SANTOS, Ernani Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 96, p. 57

⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 125.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 228-229.

Veja-se que o despejo liminar autorizado pelo art. 59 da Lei n.º 8.245/91, que é hipótese de antecipação de tutela, produz efeitos irreversíveis, e vem sendo aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência desde a sua inserção no ordenamento.⁹⁴ Não é possível negar que a efetivação da liminar de despejo produz efeitos fáticos irreversíveis. Mesmo se o despejado, ao final, for indenizado pelos danos sofridos, na maioria dos casos não poderá voltar a ocupar o imóvel que era por ele utilizado antes do despejo, mormente se o proprietário já o tiver alugado para terceira pessoa.

Propugnando por uma saída constitucional, LUIZ FERNANDO BELINETTI filia-se junto ao entendimento de que a antecipação da tutela não pode ocasionar efeitos práticos irreversíveis, uma vez que afrontaria as garantias constitucionais do réu, dentre elas o contraditório e a ampla defesa. Entretanto, reconhece que não é possível deixar sem proteção os direitos que se encontram em situação de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação. Haveria, assim, uma lacuna existente no ordenamento jurídico, que deveria ser suprida com a inserção, pelo legislador, de um procedimento destinado a conceder a tutela satisfativa de urgência. Essa tutela, embora fundada em cognição sumária, seria final e, “conseqüentemente, satisfativa (definitiva e não provisória!), tendo sido atendido o contraditório e o devido processo legal, pois se terá facultado à parte a defesa mais ampla possível, em face das circunstâncias especiais previstas em lei que autorizassem tal procedimento”.⁹⁵

Trata-se de proposta que conciliaria as garantias constitucionais do devido processo legal com a necessidade de proteção tempestiva dos direitos em iminência de sofrerem conseqüências danosas. Todavia, enquanto o legislador não regular a concessão da tutela satisfativa de urgência, os direitos que se encontrem na iminência de serem lesados devem receber proteção jurisdicional, ainda que os institutos previstos no ordenamento não sejam os mais indicados para essa função.

⁹⁴ Nesse sentido, cf. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 71.

⁹⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Irreversibilidade do provimento antecipado*, p. 260. Para o autor, a tutela somente pode ser satisfativa quando final, e por isso mesmo definitiva, o que não significa que seja necessariamente imutável. “Se a proteção for provisória, não haverá efetiva satisfação, que somente ficará caracterizada quando a pretensão da parte for realmente apreciada, com o estabelecimento de uma norma concreta que reconheça definitivamente o direito. É importante salientar que quando uso o termo definitivo, não estou pensando em algo permanente e imutável, mas sim no oposto a provisório, ou mais precisamente, em algo que não necessite de complemento, que seja bastante em si”. BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 81, ano 21, jan./mar. 1996, p. 102-103.

Para a concessão da tutela antecipada que possa resultar em efeitos concretos irreversíveis, entretanto, deverá o magistrado valer-se de toda a prudência necessária: as alegações do autor devem estar corroboradas por prova suficiente, que demonstre a verossimilhança de suas alegações; o provimento deve ser o único que possa, efetiva e tempestivamente, proteger um direito de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação; esse direito a ser protegido deve albergar valores como a vida, a saúde e a integridade física.⁹⁶

Não se deve antecipar um efeito concreto que se mostre irreversível para proteger um direito pecuniário e/ou patrimonial em prejuízo de outro direito patrimonial do réu sem que este tenha a oportunidade de se defender. Entretanto, tratando-se de um confronto entre o direito à vida, à saúde ou à integridade física ante um direito patrimonial, e apresentado-se aquele corroborado por prova suficiente que demonstre sua verossimilhança, deverá o magistrado optar por proteger aquele, na impossibilidade de se proteger a ambos.

3.5.3 Prova inequívoca

O *caput* do art. 273 do CPC exige, para a concessão da tutela antecipada, que o processo esteja instruído com prova inequívoca. Inequívoco é a qualidade daquilo que é evidente, explícito, manifesto.

A redação do *caput* do art. 273 contém uma contradição em si mesma: exige prova inequívoca que faça o juiz convencer-se da verossimilhança das alegações. Ora, se prova inequívoca é, conforme a literalidade da expressão, aquilo que é manifesto, explícito, isento de dúvida, como uma prova com tal gabarito de certeza poderia gerar “apenas” verossimilhança das alegações?⁹⁷ Se fosse

⁹⁶ Nesse sentido: “Antecipação de tutela. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento antecipado. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (REsp 417.005-SP) Recurso especial não conhecido”. (STJ – REsp. 408.828/MT – rel. Min. Barros Monteiro – 4ª T. – j. em 01.03.2005 – DJ 02.05.2005, p. 354)

⁹⁷ Esclarece João Batista Lopes que não há prova inequívoca que suponha “a existência de elementos de convicção com valor absoluto, que não admitem impugnação. [...] É curioso notar que o próprio legislador, preocupado com as conseqüências da expressão ‘prova inequívoca’, cuidou de

possível ao autor instruir a petição inicial com provas realmente inequívocas, em que os fatos que embasam sua pretensão já se apresentassem suficientemente provados, não seria necessária maior instrução probatória. Prova inequívoca seria, assim, aquela que não admite contestação, não ensejando, portanto, a ocorrência de erros.⁹⁸

A existência de prova inequívoca pressupõe a existência de uma prova que possua caráter de convicção absoluta, i. e., que não admitiria impugnações pela parte contrária. Não é possível supor que exista esse *especimen* de prova, uma vez que toda e qualquer prova é, em tese, passível de impugnação. Como esclarece LUIZ FUX, a prova demonstra apenas o que é provável, verossimilhante, e nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica, uma vez que, embora os fatos não mudem, as provas podem representar um sentido diverso daquele que a realidade indica.⁹⁹ Ademais, mesmo que o ordenamento estabelecesse um rol de provas inequívocas, estaria afrontando um dos princípios basilares do processo civil moderno que é o da livre convicção motivada do juiz. O art. 131 do CPC permite ao juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Melhor seria que constasse da redação do *caput* do art. 273 do CPC que houvesse, no processo, prova suficiente, apta a convencer o juiz da verossimilhança das alegações.

Por outro lado, essa prova inequívoca, *rectius*, suficiente, não seria um requisito que necessariamente deveria estar presente em todos os processos para a concessão da tutela antecipada. Há hipóteses em que a existência dessa prova suficiente não seria necessária, como, v. g., nas ações declaratórias de inexigibilidade de tributo, em que se estaria questionando unicamente a constitucionalidade de determinada base de cálculo de tributo em que o autor necessita que lhe seja concedida a antecipação de tutela para o fim de recolher valor a menor. Não seria necessário, *in casu*, a existência de prova suficiente, uma

abrandá-la, logo a seguir, ao aludir à verossimilhança da alegação". LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 59.

⁹⁸ FADEL, Sérgio Fahione. *Antecipação da tutela no processo civil*, p. 28.

⁹⁹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 348.

vez que se trata de matéria exclusivamente de direito, não exigindo a realização de prova para a comprovação da (in)existência de algum fato.¹⁰⁰

Entenda-se que por prova suficiente não se está restringindo apenas às provas documentais, mas também àquelas provas que podem ser documentadas como, v. g., a prova testemunhal, pericial, a confissão realizada nos termos do art. 353 do CPC e, também, a prova emprestada, devendo todas elas ser objeto de apreciação livre pelo juiz, que se convencerá ou não das alegações.

Deve-se admitir, como regra geral, a possibilidade de o juiz designar audiência de justificação prévia, utilizando-se a regra específica do art. 461, § 3º do CPC.¹⁰¹

3.5.4 Verossimilhança das alegações

A prova suficiente juntada aos autos pelo autor deve ser apta a produzir no juiz convencimento acerca da verossimilhança das alegações. Enquanto o adjetivo “inequívoco” se relaciona à prova, a qualidade de “verossimilhança” diz respeito às alegações. Deve estar o intérprete atento ao real significado da palavra “verossimilhança”, identificando a sua abrangência e significação no processo.

Por verossímil deve-se entender aquilo que parece verdadeiro, que é possível ou provável de não contrariar a verdade.¹⁰² A utilização do adjetivo “verossímil” é utilizado, de certa forma, em contraposição àquilo que é dotado de certeza: aquilo que é certo não pode ser simplesmente verossímil, uma vez que o que é certo não apresenta probabilidade alguma de corresponder à verdade, mas é a própria verdade que está sendo certificada.

¹⁰⁰ Nesse sentido, cf. CARREIRA ALVIM. José Eduardo. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 59-60: a alegação do autor “pode prescindir de prova documental, quando incontroversos os fatos em que se apóia, e o dissenso resida apenas na questão de direito, objeto de acerto judicial”.

¹⁰¹ Em sentido contrário, o entendimento de Joel Dias Figueira Júnior, para quem não seria possível a utilização de audiência de justificação prévia nas hipóteses de antecipação da tutela genérica, uma vez que o art. 273, § 3º do CPC faz referência apenas aos §§ 4º e 5º do art. 461. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 183-184.

¹⁰² HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2849, verbete “verossímil”.

Em um processo, não apenas no provimento que concederá a tutela antecipada, mas também na sentença ou qualquer outro provimento fundado em cognição exauriente, estará o magistrado baseando-se apenas na probabilidade de que aquilo que está decidindo corresponde à verdade. O fato de o magistrado, no provimento em que concede a tutela antecipada, estar-se baseando apenas na verossimilhança das alegações não o diferencia quando do julgamento ao final fundado em cognição exauriente que será, igualmente, apenas baseado na verossimilhança.

Qualquer decisão tomada pelo magistrado no curso do processo será com base na verossimilhança, dada a impossibilidade prática de o juiz julgar convencido da certeza das alegações, correspondente em absoluto com aquilo que efetivamente ocorreu. Essa circunstância foi identificada igualmente por CALAMANDREI, cujo teor de suas análises foi por ele exposto da seguinte maneira:

[...] la valoración, aunque libre, lleva en todo caso a un juicio de probabilidad y de verosimilitud, no de verdad absoluta. [...] Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.¹⁰³

O que diferenciará ambas as decisões – a que concede a tutela antecipada liminarmente e a que extingue o processo com julgamento do mérito, por sentença – é o grau de cognição, i. e., aquela fundada em cognição sumária, esta em cognição exauriente, nenhuma das duas convencendo o juiz da certeza das alegações.

Doutrina e jurisprudência, em geral, debatem-se na (infrutífera) tentativa de escalonar, mensurar e classificar o que seria verossimilhança, *fumus bonis iuris*, fundamento relevante, e outras expressões congêneres.¹⁰⁴ Discussão principal recai em saber se o *fumus boni iuris* é o mesmo que *verossimilhança*.

¹⁰³ CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud en el proceso civil. In: *Estudios sobre el proceso civil*. trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. v. III, p.320-321.

¹⁰⁴ Assim, v. g. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, p. 25: “A verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que o ‘*fumus boni iuris*’ exigível para o deferimento de medida cautelar”.

Alguns chegam a diferenciá-las usando, metaforicamente, as expressões “fumão” e “fuminho”.

Embora seja possível, no campo na gnosilogia, separar ambos os conceitos, na prática tal diferenciação não é digna de merecimentos. Na prática forense ainda é possível encontrar, dentre advogados e juízes, aqueles que proclamam a altas vozes: é preferível ingressar com ação cautelar que realizar pedido antecipatório na ação de conhecimento, uma vez que naquela ação é mais fácil conseguir a liminar, por exigir “menos provas” ou, ainda, por exigir menos *fumus!!!* Como se o local onde o provimento é requerido tivesse o condão de transfigurar a natureza dos institutos, transformando uma medida antecipatória em cautelar, ou vice-versa. Como foi visto acima, os provimentos cautelares e antecipatórios apenas são semelhantes no que tange à sumariedade da cognição e na provisoriedade.

Não é possível estabelecer, na prática, elementos que possam mensurar a quantidade de “certeza”, “probabilidade” ou “verossimilhança”. Na prática, como observou CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “ou bem o magistrado se convence *suficientemente* de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja retoricamente), e defere a providência jurisdicional de urgência, ou não se convence, e indefere o pleito de urgência”.¹⁰⁵ (grifo no original)

Acerca dessa questão, CARREIRA ALVIM adota o que denomina de juízo de delibação, consistindo este em um juízo feito pelo magistrado, valorando os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa; em outras palavras, “diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes)”.¹⁰⁶

3.5.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é equivalente ao *periculum in mora* do processo cautelar. Trata-se, em

¹⁰⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 37.

suma, do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, i. e., o tempo em que normalmente a tutela jurisdicional demoraria a ser concedida, ao final do processo, permitirá que o (provável) direito alegado sofra dano irreparável ou de difícil reparação.

A demora na concessão da tutela jurisdicional devido ao tempo necessário e intrínseco para que o processo se desenvolva, que por si só pode causar dano à parte – é o chamado dano marginal exposto por ITALO ANDOLINA – não é o suficiente para caracterizar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.¹⁰⁷

Não é necessário, para a concessão da tutela antecipada, o receio da ocorrência de dano irreparável, bastando que o dano que se receia seja de difícil reparação. O próprio inciso I do art. 273 do CPC é expresso nesse sentido ao utilizar-se da conjunção alternativa “ou”.

Trata-se de requisito vinculado a uma espécie determinada de antecipação de tutela, fundada na urgência, sendo, *in casu*, espécie do gênero tutela de urgência. Nem todas as espécies de antecipação de tutela são espécies de tutela de urgência. As antecipações fundadas no inciso II e no § 6º do art. 273 do CPC não são fundadas na urgência do provimento, mas sim na conduta protelatória do réu e na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles. Apenas a hipótese do inciso I do art. 273 (e outras previsões específicas, como a do art. 461, § 3º do CPC) é hipótese de tutela de urgência, fundada na necessidade de o provimento ser concedido antecipadamente para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

¹⁰⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*, 2004, p. 44 e 48.

¹⁰⁷ “Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale in senso stretto’, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo”. ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 20. Em sentido semelhante, Proto Pisani: “è il cosiddetto *periculum in mora* o, per usare la efficace terminologica di E. Finzi ripresa e diffusa da Calamandrei, il danno marginale che la durata del processo causa o concorre a causare”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni*, p. 593.

3.5.6 Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório

O requisito previsto no inciso II do art. 273 do CPC é requisito específico da tutela antecipada sancionatória que, para ser concedida, deve estar cumulada com os requisitos do *caput* do artigo, não sendo necessária a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. É espécie de tutela antecipada desvinculada dos pressupostos de urgência e dano que, no dizer de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, é ligada “à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado”, autorizaria a antecipação da tutela jurisdicional em seus efeitos concretos.¹⁰⁸

Trata-se de medida que impõe sanção – a antecipação de tutela – em desfavor do réu que age no processo, seja abusando do seu direito de defesa, seja atuando com manifesto propósito protelatório.¹⁰⁹ Não é necessário que o réu abuse do direito de defesa e atue com propósito protelatório, em conjunto: basta uma dessas situações. Todavia, ambas as situações podem se confundir, uma vez que, em geral, o abuso do direito de defesa caracterizará atuação com propósito protelatório e vice-versa. Ainda assim, é louvável que o dispositivo tenha identificado ambos os casos, evitando discussões que levariam justamente a situações que a norma sob comento procura evitar: atitudes protelatórias.

Para caracterizar o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório, poderá o intérprete valer-se, apenas a título de exemplo, uma vez que outras situações poderão ocorrer, do rol constante do art. 17 do CPC, que apresenta situações em que se reputará o litigante como de má-fé. O inciso I do art. 17, a título exemplificativo, ao referir-se à dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, caracterizar-se-ia como abuso do direito de defesa; do mesmo modo o inciso V, que se refere ao procedimento de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo parece enquadrar-se, à primeira vista, como abuso do direito de defesa. O enquadramento das hipóteses em abuso

¹⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, p. 33-34.

¹⁰⁹ Ao que parece, JOÃO BATISTA LOPES não aceita a expressão tutela antecipada sancionatória. Para esse autor, a tutela antecipada com fundamento no inciso II do art. 273 não visa à punição do réu por litigância de má-fé; sua finalidade é autorizar “o adiantamento da tutela quando se mostre

do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório dependerá exclusivamente da análise do caso concreto, não sendo possível determinar-se *in abstracto* a qual das duas categorias pertence.

Interessante questão incide sobre a possibilidade de conceder a tutela antecipada sancionatória ainda antes da citação do réu. Poder-se-ia caracterizar o abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu antes de sua citação? Parece que isso seria possível nas hipóteses em que o réu esteja se furtando da citação, escondendo-se do oficial de justiça, por exemplo. Está o réu agindo, desta maneira, com manifesto propósito protelatório, podendo ser concedido, *in casu*, a antecipação de tutela com fundamento no inciso II do art. 273 demonstrando o autor que o réu se furta em receber a citação.

Outra questão é saber se seria possível a tutela antecipada sancionatória nas hipóteses em que, embora não presente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a pretensão do autor esteja fundada em texto de lei expresso, estando consoante à jurisprudência pacífica e remansosa dos Tribunais Superiores, mormente àquelas objeto de súmulas. Parece que neste caso, estando presente no processo prova suficiente que enquadre os fatos narrados pelo autor ao comando do texto de lei expresso, bem como se enquadrando nas hipóteses da jurisprudência pacífica dos Tribunais, poder-se-ia esperar a contestação do réu para, verificando que nela, por meio de simples alegações e sem trazer fatos novos relevantes, as alegações do réu vão de encontro à jurisprudência já consolidada e ao expresso texto de lei, seria possível antecipar-se a tutela jurisdicional. Caracterizar-se-ia, assim, abuso do direito de defesa, sendo possível e até desejável a antecipação de tutela com fundamento no inciso II do art. 273.¹¹⁰

provável a vitória do autor em razão dos elementos constantes dos autos e da defesa inconsistente do réu". LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 64.

¹¹⁰ Nesse sentido: "Outra situação *extraprocessual* de aplicação do art. 273, II, é aquela em que o direito reclamado pelo autor é daqueles que têm gerado iterativa, maciça e repetitiva jurisprudência, isto é, daqueles casos, em que, ressalvada alguma peculiaridade a ser demonstrada em escorreito contraditório, o réu opõe-se à pretensão do autor para 'atrasar' ao máximo a satisfação da parte contrária". BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 42.

3.5.7 Pedidos incontroversos

A Lei n.º 10.444/2002 inseriu o § 6º ao art. 273 do CPC, prevendo uma nova modalidade de antecipação da tutela, fundada na parte incontroversa da demanda. O § 6º foi inserido com a seguinte redação: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se de hipótese de antecipação de tutela que não exige fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não sendo espécie de tutela de urgência. Em tese, não exigiria sequer prova inequívoca, uma vez que, se os fatos que seriam objetos da prova tornaram-se incontroversos, não precisam ser provados, nos termos do art. 334, III do CPC, que dispõe regra acerca da dispensabilidade de produção de provas dos fatos admitidos como incontroversos no processo.

LUIZ GUILHERME MARINONI justifica a tutela antecipada da parte incontroversa da demanda em três fundamentos: a) é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido; b) o processo não pode prejudicar o autor que tem razão; c) a necessidade de evitar o abuso do direito de defesa.¹¹¹

Em síntese, a inserção dessa nova modalidade de antecipação de tutela fundamenta-se na seguinte afirmação: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.¹¹²

O pedido tornar-se-á incontroverso quando o réu não contestar determinado fato, ou contestá-lo apenas genericamente, o que não tem o condão de torná-lo controvertido, na medida em que o art. 302 do CPC é expresso ao determinar que cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial. Trata-se do ônus da impugnação específica.

Não contestado determinado fato, seja porque o réu não compareceu ao processo, devidamente citado, seja porque apresentou contestação, mas não se manifestou sobre determinado fato, ou ainda que tenha se manifestado

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130-134.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 102.

sobre todos os fatos, fê-lo de modo genérico quanto a um ou alguns deles, tornar-se-á incontroverso.

Entretanto, isso ainda não é suficiente para que o juiz possa conceder a tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda: deverá o juiz verificar se do fato incontroverso decorre o resultado jurídico buscado pelo autor, evidenciando a aplicação dos princípios *da mihi facti dabo tibi jus e iura novit curia*. Assim, é necessário que dos fatos tornados incontroversos decorram as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor.¹¹³

O pedido pode ainda se tornar incontroverso quando houver reconhecimento jurídico parcial. Neste caso, o réu não se limita apenas a reconhecer a ocorrência dos fatos conforme narrado pelo autor, mas a reconhecer a própria pretensão deduzida em juízo. Havendo reconhecimento jurídico parcial pelo réu, i. e., referente a apenas parcela dos pedidos, deverá a tutela antecipada ser concedida no que se refere a essa parcela que teve sua procedência reconhecida pelo próprio réu.

É possível concluir que a antecipação de tutela fundada na parte incontroversa da demanda não pode ser concedida em caráter liminar, nem pode ser pleiteada na petição inicial, uma vez que se faz necessário esperar, no mínimo, pela contestação do réu para, somente então, verificar se algum pedido ou parcela dele tornou-se incontroverso.

Não é apenas nos casos de pedidos cumulados que pode haver antecipação de tutela fundada no § 6º do art. 273. Ainda que a ação contenha um só pedido, é possível que parte deste pedido seja incontroverso, podendo, assim, esta parte incontroversa de um só pedido ser objeto de antecipação. O exemplo mais eloqüente diz respeito às hipóteses em que o autor pleiteia determinada quantia, e o réu alega dever valor menor. Neste caso, com base no § 6º do art. 273 do CPC, seria possível ao juiz conceder a tutela antecipada de parte incontroversa da demanda, determinando ao réu que preste, imediatamente, o valor (a menor) que

¹¹³ SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Hipóteses para concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.º 121, março de 2005, p. 120. Nesse sentido, também MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 108-116.

considera devido, sem ter o autor que esperar o término da demanda para receber a parte que o próprio réu admite ser devedor.¹¹⁴

Ao contrário das outras espécies de antecipação de tutela, alguns processualistas entendem que a antecipação fundada na parte incontroversa da demanda não é fundada em cognição sumária, mas em cognição exauriente.¹¹⁵

Parece ser com base nesse entendimento que CÁSSIO SCARPINELLA BUENO afirma que o § 6º do art. 273 do CPC não trata de uma nova espécie de tutela antecipada, mas de “técnica de desmembramento de pedidos” que excepcionaria o “princípio da unidade ou unicidade do julgamento”, porque o juiz estaria julgando pedido incontroverso, ou seja, “pronto para julgamento”, uma vez que não mais dependente de prova e por isso mesmo fundado em cognição exauriente.¹¹⁶

Data maxima venia, sem razão o processualista.¹¹⁷ O art. 273, § 6º, não prevê técnica de desmembramento de pedido, nem excepciona o princípio da unicidade ou unidade do julgamento. A pensar assim, estar-se-ia voltando ao sistema adotado no Código de Processo Civil de 1939, que restou totalmente superado com o advento do Código de Processo Civil de 1973.¹¹⁸

A disposição está contida em um dos parágrafos do art. 273, que trata única e exclusivamente da antecipação de tutela. Entende CÁSSIO SCARPINELLA BUENO que, se o legislador quisesse criar uma nova espécie de

¹¹⁴ Trata-se do chamado pedido ou objeto decomponível que, segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco, ocorre quando a pretensão do autor recai sobre “bens sujeitos a alguma espécie de quantificação, seja por unidades (dinheiro, coisas fungíveis em geral), por peso, volume etc. A decomponibilidade do objeto do processo significa que o juiz pode conceder ao autor toda a quantidade que ele pediu, ou nada, ou parte dessa quantidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101.

¹¹⁵ Cf., MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 136, que expressamente consigna que a tutela antecipada fundada nas técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico parcial do pedido não é fundada em cognição sumária, mas em cognição exauriente.

¹¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 46-49.

¹¹⁷ No mesmo sentido de Cássio Scarpinella Bueno: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado, passim*.

¹¹⁸ Ao que parece, Cândido Rangel Dinamarco desejou que a reforma fosse nesse sentido, *in verbis*: “Que pena! O legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito (art. 330, inciso I), como fazem os arts. 277, 2ª parte, e 278, do *código* italiano. A rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em *sentença* e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459, c/c art. 269, inc. I e art. 162, § 1º), é somente um dogma estabelecido no direito positivo, que bem valia a pena desmitificar; as duas *Reformas* do Código de Processo Civil vêm proclamando a conveniência de agilizar o processo com medidas pragmáticas e vêm debelando vários dogmas, o que deveria ter conduzido a uma solução mais eficaz e menos tímida que essa do novo § 6º do art. 273”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 96.

antecipação de tutela, teria incluído a disposição do § 6º como inciso III do art. 273. Com efeito, se as duas outras formas de tutela antecipada estão previstas na forma de incisos ao *caput* do artigo, deveria o legislador ter incluído a antecipação de tutela da parte incontroversa da demanda como inciso III. Mas não o fez, justamente inserindo-o como § 6º para deixar claro que não se trata de mais uma espécie de antecipação, mas técnica de desmembramento de pedido para seu julgamento antecipado.¹¹⁹

Pode-se contrapor o argumento acima expendido fazendo a pergunta inversa: se quisesse o legislador ter inserido uma técnica de desmembramento do pedido para julgamento antecipado de parcela da lide, teria incluído a disposição entre os arts. 330 e 331 do CPC, inserindo-o na seção que trata do julgamento antecipado da lide. Mas não o fez, inserindo o dispositivo como parágrafo do art. 273 justamente para deixar isento de dúvida que se trata de mais uma espécie de antecipação de tutela.

A tutela antecipada prevista no § 6º do art. 273 do CPC é concedida por provimento baseado em cognição sumária. O que ocorre não é um julgamento antecipado parcial do mérito: diante da circunstância de determinados pontos não restarem controvertidos, ou diante do eventual reconhecimento jurídico do pedido ou confissão do réu, o juiz simplesmente antecipará os efeitos práticos da tutela jurisdicional. Não haverá julgamento de mérito algum: este somente será julgado na sentença.

Considerando como mais uma forma de antecipação de tutela, fundada na parte incontroversa da demanda, diversas das dúvidas que pairam sobre esse instituto são facilmente resolvidas. Assim, poderá o magistrado, quando da prolação da sentença, revogar ou modificar a antecipação concedida, alterando seu entendimento anterior.¹²⁰ Pode parecer, à primeira vista, tratar-se de afirmação contraditória: como poderá o juiz modificar seu entendimento sobre questão

¹¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 47.

¹²⁰ Alberto Camiña Moreira apresenta o seguinte exemplo: “Pois bem, imaginemos a hipótese em que o juiz antecipa a tutela com base no reconhecimento parcial do pedido, prosseguindo-se o processo com relação à parte do pedido que permanece controversa. Num determinado momento, percebe-se a ausência de uma das condições da ação, ou a de um pressuposto processual positivo, ou ainda a presença de um pressuposto processual negativo. O juiz, diante dessa nova realidade, deve extinguir o processo sem o julgamento de mérito, revogando eventual tutela antecipada concedida”. MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*, p. 111.

incontroversa? Ocorre que até então não houve qualquer espécie de julgamento de mérito, mas apenas antecipação da tutela.

Quando prolatar sentença, estará o juiz julgamento o mérito pela primeira vez, em provimento fundado em cognição exauriente, sobrepondo-se ao mero provimento de antecipação da tutela que, na época em que foi proferido, e diante dos elementos à disposição do juízo, apresentou-se como a solução mais adequada.

3.6 REVOGAÇÃO, MODIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Visto o conceito e a natureza da tutela antecipada, seus requisitos e espécies, faz-se necessário um estudo sobre a forma como a mesma pode ser concedida, revogada, modificada e efetivada.

A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento do processo, antes ou depois da sentença; o que a caracteriza é o fato de os efeitos práticos da tutela jurisdicional receberem autorização para serem efetivados antes do momento em que isto normalmente aconteceria.¹²¹

De nada adiantaria a previsão *in abstracto* do instituto se o mesmo não pudesse ser eficientemente efetivado no mundo fenomênico, concedendo, concretamente, a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional. A própria natureza do instituto permite constatar a importância das questões acerca da concessão, revogação e efetivação da tutela antecipada.

3.6.1 Revogação e modificação da tutela antecipada

Prevê o art. 273, em seu § 4º, que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. É da própria natureza do instituto a possibilidade de sua revogação ou modificação a qualquer

tempo. Trata-se de provimento concedido com base em cognição sumária e, por isso mesmo, passível de modificação ou revogação. Mesmo na hipótese de antecipação de tutela da parcela incontroversa da demanda é possível a revogação ou modificação do provimento, uma vez que também esta espécie de antecipação da tutela é fundada em cognição sumária.

A modificação ou revogação da tutela antecipada, em suas três espécies (o que inclui a fundada na parte incontroversa da demanda), depende que novos elementos de fato, em geral supervenientes, aconteçam e sejam trazidos à esfera de conhecimento do juiz. Trata-se da regra constante do art. 471 do CPC que expressamente dispõe: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos previstos em lei”.

Assim, interpreta-se o “a qualquer tempo” do § 4º do art. 273 como “a qualquer tempo que novos elementos, de fato ou de direito, sejam trazidos aos autos”.¹²² Esses novos elementos podem advir, v. g., do depoimento pessoal da parte em audiência, das alegações do réu em sede de contestação, ou até mesmo de atitudes protelatórias do autor que, tendo obtido a tutela antecipada, prefere agora que o processo se prolongue pelo maior tempo possível, uma vez que, já estando usufruindo dos efeitos antecipados, em muitos casos não tem mais interesse em um processo célere. Para tanto, o réu terá que formular pedido expresso ao juiz, requerendo que este modifique ou revogue a antecipação concedida, demonstrando o réu a ocorrência destes novos fatos ou elementos de convicção ao juiz.¹²³

Entretanto, quando do momento de prolatar a sentença, ainda que não haja novos fundamentos de fato ou de direito relevantes, deve-se admitir que a tutela antecipada seja modificada ou revogada, uma vez que somente agora, após

¹²¹ Assim, não há que se fazer relação entre tutela antecipada e concessão de liminar. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*, p. 76.

¹²² “Essa revogação ou modificação não pode ser feita a qualquer hora pelo juízo, segundo seu bel-prazer. Deve, além de ser fundamentada, estar baseada em fatos novos, como a contestação do réu, novos documentos juntados no processo etc”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 66.

¹²³ “[...] o sistema da lei é informado pelo princípio dispositivo, haja vista que a antecipação pressupõe pedido e adstrição do juízo à inicial. Disto decorre que tanto a revogação quanto a modificação devem ser ‘requeridas’, vedando-se em princípio a atividade *ex officio*”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 352.

uma análise mais acurada das alegações constantes da petição inicial, da contestação, da análise de todos os documentos e provas realizadas, estará o juiz proferindo uma decisão fundada em cognição exauriente.¹²⁴ Isso não significa desrespeito à preclusão *pro judicato* estabelecida no art. 471, mas em diferenciar os provimentos fundados em cognição sumária e exauriente.

3.6.2 Fungibilidade das tutelas

Conforme foi visto acima no item 2.2, não há consenso quanto aos elementos objetivos que permitam diferenciar, com precisão, quando se trata de medida cautelar ou de medida antecipatória interinal.

Essa situação de incerteza foi a responsável por ocasionar diversas injustiças às partes litigantes. Assim, medida antecipatória da tutela era negada porque pleiteada em ação cautelar; do modo inverso, medida cautelar era negada pelo magistrado porque demandada como antecipação de tutela em processo de conhecimento.

Não é possível admitir que a parte não receba proteção a um direito seu na iminência de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação devido ao fato de doutrina e jurisprudência não estarem certos quanto à diferenciação entre os dois institutos.

Diante desta situação de incerteza, foi recebida com aplausos a Lei n.º 10.444/2002 que inseriu o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC, dispondo da seguinte maneira: “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 incidental do processo ajuizado”.

A doutrina vem entendendo que este § 7º do art. 273 se caracteriza como um mecanismo de mão dupla, i. e., assim como é possível conceder a medida cautelar quando pedida sob o título de antecipação de tutela, esta poderá ser

¹²⁴ Parece claro que a revogação ou a modificação da tutela antecipada na sentença pode ser feita pelo magistrado independente de requerimento da parte, uma vez que provém do próprio exercício da cognição exauriente do juiz.

concedida quando requerida sob a forma de medida cautelar. Neste sentido, posiciona-se CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

Desde que presentes os pressupostos respectivos, assunto de que me ocupo em seguida, uma tutela de urgência (cautelar ou antecipada) deverá ser concedida pela outra, um no lugar da outra, *protegendo-se* pelo ‘mero acautelamento’ ou pela própria ‘antecipação’ o direito que se sente ameaçado. O § 7º, para empregar locução que tem ganhado destaque na doutrina que já se pronunciou sobre o tema, deve ser empregado em ‘mão dupla’. Ele, não obstante sua redação restritiva, deve servir para a conversão (a fungibilidade) de tutela cautelar em tutela antecipada e vice-versa, de tutela antecipada em tutela cautelar.¹²⁵

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER justificam essa possibilidade argumentando que “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final”.¹²⁶

Igualmente no sentido de se admitir esse duplo sentido da fungibilidade das providências de urgência, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO expressamente adota posição sobre a questão, justificando-a:

O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*.¹²⁷

Deve-se admitir, inclusive, que a parte requeira o arresto ou o seqüestro, como medidas tipicamente cautelares, no próprio processo de conhecimento. Primeiro, porque não subsistem mais os pressupostos ideológicos

¹²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 126.

¹²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*: Lei n.º 10.352, de 26/12/2001, Lei n.º 10.358 de 27/12/2001, Lei n.º 10.444, de 07/05/2002. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, p. 92.

que impediam a concessão de provimentos cautelares no curso do processo cognitivo. Em segundo lugar, entender de maneira diferente, seria “obrigar o advogado a pedir errado”. Ou seja, ao advogado, mesmo tendo conhecimento de que o arresto é medida tipicamente cautelar, bastaria pedi-lo sob o título de medida antecipatória para que o juiz, utilizando-se do § 7º do art. 273, concedesse o arresto.¹²⁸ Ora, não é necessário forçar o advogado a “pedir errado”: basta interpretar o § 7º de maneira aberta e consentânea com a finalidade do processo, utilizando-se do tão proclamado mas pouco utilizado princípio da instrumentalidade das formas. Percebe-se que na prática, em casos tais, o processo cautelar sequer é julgado, sendo “esquecido” pelas partes apenso ao processo de conhecimento. Em outras hipóteses, o arresto sequer é efetivado, uma vez que as exigências de caução para sua concessão podem demandar tempo demasiado longo, não sendo raras as hipóteses em que a penhora no processo de execução é efetivada antes do arresto pleiteado 30 (trinta) dias antes.

3.6.3 Efetivação da medida antecipatória

Concedida a antecipação de tutela, de nada adiantaria se os efeitos práticos da tutela jurisdicional adiantados não pudessem ser efetivados em sua plenitude. É da efetivação dos efeitos práticos antecipados que se protegerá o direito que sofre perigo de dano, e não da simples concessão da tutela antecipada.

O art. 273, § 3º do CPC dispõe que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. O texto anterior à redação dada ao dispositivo pela Lei n.º 10.444/2005 falava em “execução da tutela antecipada”. A nova redação dada ao parágrafo visou a acabar com a discussão acerca da

¹²⁸ Anote-se que parcela substancial da doutrina entende que, para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, não deve ocorrer erro grosseiro do autor, devendo haver fundada dúvida quanto à natureza da medida pleiteada. Nesse sentido: MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Método, 2003, p. 128. E SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 85: “É que a aplicação da fungibilidade é derivada de uma ‘zona de penumbra’ existente nas leis sobre qual a medida para o caso concreto, e não derivada de vontade ou subterfúgio daquele que pleiteia a medida incorreta. Só se pode admitir que o requerente percorra caminho equivocado quando a sua escolha não esteja bem definida pelo próprio ordenamento ao qual está submetido, quando o equívoco é provocado pelo próprio sistema legal”.

necessidade de se ingressar com processo de execução para efetivar a tutela antecipada. Muitos viam na expressão “execução da tutela antecipada” uma ordem do legislador para que se utilizasse o processo de execução, vendo no provimento que concede a antecipação um título executivo judicial. Conforme lição de SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA,

Na fixação do conteúdo da *realização* de *liminares* e *tutelas antecipadas*, é básico sublinhar-se que, em relação aos *atos judiciais mandamentais de controle*, não há *execução*, no *sentido científico* do termo, como desenvolveremos adiante: existe *cumprimento*, mercê da *realização da ordem judicial*, pelo próprio destinatário da *ordem judicial* ou *efetivação* por meios *coercitivos*, *autotutelares* e *substitutivos*. [...] Cientificamente, o *executar*, no campo processual, deve designar o processo de *efetivação da sentença condenatória*. Usar o termo em sentido largo, para rotular qualquer *cumprimento*, *realização* de *sentença* ou *decisão* é acientífico.¹²⁹ (grifos no original)

A expressão “execução” foi, assim, substituída por “efetivação”, de modo a não restar mais dúvida sobre a desnecessidade do processo de execução. O provimento que concede a tutela antecipada possui eficácia mandamental e executiva, dando origem ao que se convencionou chamar de “processo sincrético”, ou seja, processo que contém atividades cognitivas e executivas.

A antecipação concedida será efetivada por ordem emitida pelo magistrado, que será cumprida pelo réu ou por quem a ordem for dirigida, ou através de medidas realizadas por auxiliares da justiça.

Para que a efetivação se dê por completo, o § 4º do art. 273 do CPC remete o intérprete aos arts. 588, 461 e 461-A do CPC. Todavia, trata-se de artigos que servirão apenas de parâmetros para a efetivação da tutela antecipada. É o próprio § 4º do art. 273 que dispõe que esses dispositivos apenas serão aplicados “no que couber”.

Para que o intérprete saiba qual daqueles artigos indicados pelo § 4º do art. 273 deve utilizar, deverá, primeiramente, identificar qual a natureza dos efeitos antecipados. É o próprio § 4º do art. 273 que determina que os arts. 588, 461 e 461-A do CPC deverão ser aplicados “no que couber e conforme a natureza” da tutela antecipada.

Quanto à aplicação dos arts. 461 e 461-A, deve-se utilizá-los quando os efeitos antecipados se referirem a obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. É possível que, nestas hipóteses, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determine as medidas que se fizerem necessárias para a mais completa efetivação da tutela antecipada, podendo-se valer de ordem sob pena de multa ou de atividades realizadas por auxiliares da justiça.

De lege ferenda, poderá ainda o magistrado valer-se dos arts. 461 e 461-A para efetivar a antecipação de soma em dinheiro. Em geral, o dever de pagar soma em dinheiro é determinada em juízo por uma sentença condenatória, que deverá, se não houver o pagamento espontâneo pelo condenado, ser executada por meio de um processo de execução, que seguirá atos de desapropriação fundada na tipicidade dos atos executivos. Ocorre que o provimento que antecipa o pagamento de soma em dinheiro não é um provimento condenatório. Se assim fosse considerado, estaria desvirtuada a própria finalidade da antecipação de tutela que, uma vez concedida, não poderia ser efetivada a contento. Em síntese: não tutelaria o direito de forma adequada, eficiente e tempestivamente.

O provimento que antecipa o pagamento de soma em dinheiro possui eficácia mandamental ou executiva: pode-se emitir ordem para que o réu, sob pena de multa, efetive o pagamento; pode-se, ainda, desde o início ou verificando o juiz que a ordem emitida, mesmo sob pena de multa, não foi o suficiente para convencer o réu a efetuar o pagamento, valer-se o magistrado dos atos de seus auxiliares, que poderão, por exemplo, efetuar o bloqueio de valores monetários do réu em poder de instituições financeiras, transferindo esses valores ao beneficiário da antecipação.

Na hipótese de antecipação de soma em dinheiro, é de bom alvitre que o juiz, com fundamento no art. 588, II c/c art. 273, § 4º, determine ao autor que preste caução idônea, a fim de resguardar o réu dos eventuais prejuízos que este sofrer com a efetivação da tutela antecipada e, ao final, restar vencedor da demanda.

¹²⁹ FERREIRA, Sérgio de Andrea. Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 163-165.

Entretanto, a possibilidade de se determinar a prestação de caução pelo autor em nada pacifica a matéria.¹³⁰ Pode acontecer que o beneficiário da antecipação não tenha condições de prestar caução alguma, por se tratar de pessoa desprovida de posses, cujos poucos rendimentos mal bastam para sua própria subsistência. Deve o magistrado, nesta hipótese, certificar-se do seguinte: a) o autor realmente trata-se de pessoa desprovida de posses; b) que a soma em dinheiro cuja antecipação se pleiteia se destine a evitar que um bem maior, como a vida, a saúde, a integridade física, sofra danos irreparáveis ou de difícil reparação em decorrência do ato ilícito que, pelos elementos que constam no processo, foi muito provavelmente ocasionado por culpa do réu.

A antecipação do pagamento de soma em dinheiro não visa a proteger um direito patrimonial do autor. Ao contrário, sua finalidade é proteger um bem maior que foi posto em situação de perigo por ato ou omissão que, provavelmente, somente aconteceu por culpa (*lato sensu*) do réu ou da atividade econômica que realize, como empresário ou em nome próprio.

3.6.4 Antecipação da tutela e eficácia das sentenças

Ficou assentado neste estudo que a principal finalidade do instituto da tutela antecipada é antecipar os efeitos práticos, concretos, da tutela jurisdicional demandada, de modo a realizá-la em momento anterior ao que normalmente seria realizado.

Antecipam-se, assim, os efeitos práticos, e não a declaração e ou decretação subjacentes a estes efeitos concretos. Assim, v. g., não é possível antecipar a declaração de certeza de uma relação jurídica, nem a declaração de autenticidade ou falsidade de um documento, assim como não é possível antecipar a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica. Antecipam-se apenas os

¹³⁰ Expressiva doutrina entende que a exigência de prestação de caução não pode se tornar um obstáculo discriminatório entre a parte que possui e a que não possui condições financeiras e patrimoniais de prestá-la. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*, p. 122.

efeitos concretos que adviriam se a declaração ou a decretação fossem realizadas neste momento.¹³¹

Conforme foi visto no item 3.1, o que se antecipa são os efeitos práticos da tutela jurisdicional, e não da sentença. Essa diferenciação assume relevante importância quando se trata da possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela jurisdicional que adviria de uma sentença condenatória. Analise-se o seguinte exemplo: necessita o autor de antecipação de soma em dinheiro para tratamento médico de urgência, cuja necessidade é oriunda de um ato ilícito do réu. Se fosse adotado o conceito de antecipação dos efeitos da sentença, dever-se-ia, *in casu*, antecipar-se os efeitos da sentença condenatória. O efeito principal da sentença condenatória é a criação de um título executivo judicial, que poderá ser executado com a instauração de um processo de execução em não havendo o adimplemento espontâneo do condenado.¹³² Entretanto, a antecipação de tutela não se coaduna com a demora e ineficiência da técnica condenação-execução. A urgência com que o provimento é concedido não aceitaria jamais a adoção dessa técnica ineficiente ante a urgência.¹³³ Na hipótese versada de antecipação de soma em dinheiro, antecipar-se-ão os efeitos concretos da tutela jurisdicional, que seria, nesta hipótese, a entrega da soma em dinheiro ao jurisdicionado. Assim, não é possível antecipar os efeitos de uma sentença condenatória, mas antecipar os efeitos concretos que adviriam da técnica condenação-execução.¹³⁴ Nesse sentido, lição de LUIZ GUILHERME MARINONI:

¹³¹ “Assim sendo, em hipótese alguma poderá o juiz, provisoriamente, *declarar* a validade ou invalidade de um contrato, ou *desconstituir* uma cláusula ou os termos de uma assembléia de acionistas, ou, ainda, *declarar* e *constituir* de forma interinal o estado de paternidade: tudo não passaria de uma *aberratio*, porquanto, juridicamente, impossível. Nada obstante, alguns dos *efeitos* ou *conseqüências* de ordem prática que advirão de uma declaração, constituição ou condenação, dependendo da situação em concreto, poderão ser plenamente antecipadas”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 164. (grifos no original)

¹³² “A sentença condenatória, além de declarar a relação controvertida, tem eficácia executiva, isto é, vale como título executivo nos termos e para os efeitos dos arts. 474 e ss. do Código de Processo Civil; em outras palavras, ela permite que a pessoa indicada como credor peça a execução forçada contra o condenado”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 182-183.

¹³³ Inadmissível, neste ponto, o posicionamento de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 393, que, ao tratar da antecipação de soma em dinheiro, expõe que sua “execução se processará tal como se de execução fundada em título judicial ou extrajudicial se tratasse. Aliás, o título que a justifica é judicial, embora provisório”. Entretanto, o mesmo autor logo após essa afirmação minimiza esse entendimento, ao permitir a adoção de outras técnicas quando verificada a insuficiência da execução por desapropriação.

¹³⁴ Assim, *data maxima venia*, incorreto o entendimento esposado no seguinte julgado: “Recurso Especial. Processo civil. Decisão. Antecipação de tutela. Limites. Efeitos. Vinculação ao pedido final. Congruência. Provimento definitivo. 1 - Os efeitos da decisão que defere o pedido de antecipação de

O que se é antecipado é um bem da vida; antecipa-se a tutela, e não a sentença. Assim, falando-se em antecipação da tutela (e não dos efeitos da sentença), não será imprescindível o uso do processo de execução para efetivar o provimento antecipatório, cabendo ao juiz, de acordo com a situação concreta que lhe é apresentada, determinar a modalidade executiva mais adequada para a efetiva entrega da tutela.¹³⁵

A declaração subjacente à sentença, com efeito, não pode ser antecipada, mas os efeitos concretos advindos da condenação, da ordem judicial ou do cumprimento por meio de auxiliares da justiça é plenamente possível, e se coaduna com a própria natureza do provimento antecipatório.

tutela devem ser aqueles constantes do conteúdo do dispositivo de uma eventual sentença de procedência da ação. 2 - Os efeitos da decisão antecipatória não podem ir além do que se pretende obter em definitivo, ou seja, além do pedido final formulado pelo autor da demanda. 3 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp. 694.251/AM – 4ª T. – rel. Min. Fernando Gonçalves – j. em 16.12.2004 – DJ 14.03.2005, p. 382)

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *A antecipação da tutela*, p. 48.

4 TUTELA INIBITÓRIA

Tutela inibitória é aquela destinada a evitar a prática, a repetição ou a continuação de um ato ilícito. Para sua concessão, não é necessária a ocorrência de dano, bastando apenas verificar a prática, ou a provável ocorrência de um ilícito.¹³⁶

Trata-se de tutela preventiva, uma vez que objetiva evitar a prática, repetição ou manutenção de um ato ilícito, impedindo esse acontecimento no futuro, e específica, uma vez que destinada a garantir o exercício integral do direito que se objetiva proteger.¹³⁷ O direito ao recebimento de tutela jurisdicional preventiva vem expressamente previsto no art. 5º, XXXV da CF, ao assegurar a todos a efetiva apreciação, pelo Poder Judiciário, de simples ameaça de lesão a algum direito reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Visando a evitar a ocorrência, manutenção ou repetição de um ato ilícito, independentemente da possibilidade de ocorrência de dano, a tutela ressarcitória apresenta-se evidentemente insuficiente e inadequada, uma vez que esta última tem a finalidade de ressarcir os danos materiais ou morais causados a alguém, ou seja, após a prática do ilícito.¹³⁸

A tutela inibitória – ao contrário da tutela ressarcitória – é a tutela adequada a evitar a prática, manutenção ou repetição de um ato ilícito, independentemente do fato do ato ilícito ser apto a provocar um dano. Correlatamente, não se faz necessário verificar se o agente que realiza o ato ilícito age ou não com culpa. Com efeito, a tutela inibitória objetiva evitar a prática de um

¹³⁶ Cf., a respeito, MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90: “O dano e a culpa não tem qualquer relação com a tutela inibitória, o que significa dizer que não podem ser objeto de alegação, prova ou cognição por parte do juiz. O juiz, em outras palavras, não pode indagar sobre dano ou culpa quando está diante de um pedido de tutela inibitória antecipada ou final. O eventual dano somente tem relevo, na inibitória, quando se destina a evidenciar a prática do próprio ilícito, o que somente acontece nos casos em que há uma identidade cronológica entre o ilícito e o dano”.

¹³⁷ SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 215.

¹³⁸ Nesse sentido: “Orbene, rispetto ai diritti indicati, assume particolare rilievo la possibilità di far ricorso ad una tutela preventiva di tipo inibitorio. L'utilità del ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall'inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l'effettiva attuazione dei nuovi diritti. Come la più recente dottrina ha posto ampiamente in luce, tale inidoneità consegue al carattere non patrimoniale o comunque non monetizzabile dei beni che costituiscono oggetto dei nuovi diritti”. RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1987, p. 80.

ato ilícito, ou seja, de um ato contrário ao ordenamento jurídico, apto ou não a produzir dano, tendo sido praticado ou não com culpa pelo agente. Dano e culpa são elementos que não possuem relevância para a concessão da tutela inibitória: sua finalidade é evitar o ato ilícito, evitar o desrespeito ao ordenamento jurídico.¹³⁹

A tutela inibitória somente terá cabimento quando o ilícito ainda não tenha ocorrido ou quando, tendo ocorrido, tende a se repetir ou continuar. Conforme lição de JOAQUIM FELIPE SPADONI,

Não mais existindo a ameaça de lesão, mas lesão efetivada, a este titular de direito só restará pleitear a indenização pelos prejuízos causados, ou ainda requerer a reintegração em forma específica do direito lesado, ambas espécies de tutela repressiva. Não mais caberá a tutela preventiva pela simples razão de que a prevenção tem por objeto atos futuros, e não atos passados consumados definitivamente. [...] Em se tratando de atos ilícitos instantâneos, é intuitivo que, acaso praticados no transcorrer do processo, a concessão de uma ulterior tutela inibitória ficará irremediavelmente prejudicada. [...] Mas se a hipótese for de ilícitos continuados ou repetitivos, mesmo que sejam praticados atos no transcorrer do processo, ainda assim poderá ser concedida a tutela inibitória.¹⁴⁰

Para melhor entendimento, analise-se a seguinte hipótese: um estabelecimento comercial que coloca à venda produto ou oferece serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, em desrespeito evidente ao Código de Defesa do Consumidor, art. 39, VIII.¹⁴¹ Ou, utilizando-se da mesma situação, supondo que o comerciante ainda não tenha posto o produto à venda, mas que se tenham fundadas e relevantes razões para crer que o comerciante colocará à venda os produtos ou os serviços em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais. Ou, numa terceira hipótese, que o

¹³⁹ “L’esperibilità della tutela inibitoria prescinde totalmente, nel nostro ordinamento, dal verificarsi di un danno nella sfera giuridica della parte attrice. [...] La colpa, infatti, non há alcuna rilevanza nella disciplina dell’inibitoria in quanto, essendo tale forma di tutela rivolta al futuro, resta esclusa la possibilita oggettiva di valutare preventivamente gli elementi subbiettivi del futuro comportamento illecito”. RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, p. 88-89.

¹⁴⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48-49.

¹⁴¹ Lei n.º 8.078/90, art. 39, VIII: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro.

comerciante já tenha posto, no passado, este produto díspar em suas prateleiras e que, agora, pretenda fazê-lo novamente.

Em todas essas situações, é possível a concessão da tutela inibitória para impedir que o comerciante, *in casu*, continue a praticar o ato ilícito, ou então, impedir que ele o faça pela primeira vez ou que o repita.

O juiz concederá a tutela inibitória, ordenando ao comerciante que retire os produtos de suas prateleiras, não os colocando à venda ou, ainda, que não ofereça a prestação do serviço ao público. Essa ordem deverá estar acompanhada da cominação de multa, que incidirá na hipótese de descumprimento pelo demandado, independentemente de pedido do autor. Dispõe o parágrafo 4º do art. 461 que: “O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Segundo vem realçando a doutrina, o art. 461 do CPC (e também o art. 84 do CDC),

ao admitirem o emprego da multa na sentença e na tutela antecipatória, viabilizam a tutela mandamental final e a tutela mandamental antecipatória, as quais permitem uma tutela preventiva adequada e efetiva dos direitos, notadamente os de conteúdo não patrimonial, instrumentalizando no plano do direito processual o direito à adequada tutela preventiva prevista constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da CF).¹⁴²

A multa cominada pelo juiz não se confunde e não se compensa com eventual indenização por perdas e danos, uma vez que possuem escopos e funções diferentes (CPC, art. 461, § 2º).

A tutela inibitória concedida ordenará ao demandado que faça ou deixe de fazer alguma coisa, conforme seja necessário para se obter a tutela

¹⁴² SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*, p. 225. Em sentido semelhante, sob o prisma do princípio da efetividade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “O princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material (daí, o surgimento das tutelas executiva e mandamental)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, p. 31.

específica do direito do autor. Fala-se, então, de tutela inibitória positiva ou negativa, respectivamente.¹⁴³

Deve-se, entretanto, ter-se em consideração, quando da concessão da tutela inibitória, de alguns limites impostos pela lei ou pela doutrina, como os princípios da necessidade, do meio mais idôneo e da menor restrição possível. Apesar de estes princípios terem sido desenvolvidos para regerem o processo de execução, é evidente que se aplicarão também no caso da tutela inibitória, uma vez que também se trata de medidas executivas, que somente são diferentes na medida em que são realizadas fora de um processo de execução.¹⁴⁴

A ordem proferida pelo juiz deverá adequar-se aos meios que se fizerem necessários para atingir a tutela específica ou a realização do resultado equivalente ao que haveria (ou deveria haver) se não fosse praticado o ilícito. O leque de opções é ilimitado e, obviamente, não pôde ser previsto pelo legislador.

Para a concessão da tutela inibitória, o juiz não está sujeito ao princípio dispositivo, que rege, em regra, o processo ordinário, como dispõem o art. 461 e seus parágrafos. O juiz tanto poderá conceder uma sentença de natureza diferente da pedida, quanto poderá ordenar que o demandado faça ou deixe de fazer alguma coisa diferente daquela que fora pedido pelo autor em sua petição inicial.

No primeiro caso, percebendo o juiz que a ordem por ele emitida, mesmo sob pena de multa e incidência, em caso de descumprimento, do tipo penal disposto no art. 330 do Código Penal, não será cumprida pelo demandado, poderá o magistrado, independentemente de pedido do autor, determinar medidas executivas que assegurem o resultado prático equivalente, transformando o pedido de tutela inibitória do autor em medidas que concedem tutela preventiva executiva ou reintegratória, conforme o caso.¹⁴⁵

Entretanto, pode ocorrer que o pedido do autor para que o proprietário de uma fábrica instale um filtro para redução da poluição por ele emitida

¹⁴³ “O ilícito, conforme o tipo de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo; isto significa, em princípio, que na hipótese de ilícito omissivo exige-se uma inibitória positiva, e que no caso de ilícito comissivo é necessária uma inibitória negativa”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 101.

¹⁴⁴ Cf., a respeito desses princípios, as seguintes obras: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2000; ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

¹⁴⁵ Nesta hipótese, estar-se-ia frente à tutela preventiva executiva, que possui a mesma finalidade da tutela inibitória, sendo utilizada quando a tutela inibitória mostra-se inadequada, i. e., quando o

seja considerado pelo juiz insuficiente, ordenando que o autor compre novos maquinários, menos poluidores, em substituição aos atuais. Neste caso, a tutela concedida foi a mesma, inibitória, por meio de ordem emitida e atrelada a medidas coercitivas, ordenando ao réu que proceda a atos diferentes do pedido pelo autor, mas que sejam os necessários e suficientes para a obtenção do resultado equivalente.

Poderá ser concedida ainda a tutela antecipatória inibitória, conforme prevê o § 3º do art. 461 do CPC. Mesmo se inexistisse esse preceito legal, a tutela antecipatória poderia ser concedida tendo por base o art. 273 do Código de Processo Civil. Para sua concessão, entretanto, não é necessário provar o receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação¹⁴⁶. Com efeito, a tutela inibitória visa a impedir a ocorrência, repetição ou continuação de um ilícito, independentemente de dano. Seria um contra-senso exigir a prova de receio da ocorrência de dano em uma tutela destinada a evitar a ocorrência futura de um ilícito.

4.1 TUTELA INIBITÓRIA E TÉCNICA PROCESSUAL

A tutela inibitória é concedida por meio de provimentos diferenciados, antecipadamente ou ao final do processo, consistente na emissão ordem para cumprimento no prazo assinalado pelo juiz, acompanhada de medidas coercitivas.

A técnica processual utilizada para a concessão da tutela inibitória, antecipada ou não, será a ordem atrelada a um meio de coerção indireta que, em nosso ordenamento jurídico resume-se à possibilidade de prisão por infração ao ilícito penal previsto no art. 330 do Código Penal, à imposição de multa que incidirá

demandado não se queda diante da ameaça contida na ordem sob pena de multa. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 124.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 99-100, para quem “nada impede, contudo, nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, que o autor invoque a probabilidade do dano, até porque o dano, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma concreto do ilícito”.

na hipótese de descumprimento da ordem emitida, a teor do § 4º do art. 461 do CPC, ou ainda a prisão civil do depositário infiel ou do alimentante¹⁴⁷.

A não adstrição do juiz ao pedido da parte, conforme foi estabelecida pelo art. 461 do CPC, não deixa ao alvitre do magistrado as sanções a serem impostas para a hipótese de descumprimento da ordem emitida. A não adstrição ao pedido da parte permite ao magistrado sopesar as situações de fato e determinar a melhor maneira para a concessão e efetivação da tutela jurisdicional, i. e., o conteúdo da ordem ou as medidas executivas a serem realizadas. Ao contrário, no que tange às sanções impostas para as hipóteses de descumprimento da ordem emitida, apenas a prisão por infração ao tipo penal descrito no art. 330 do CP, a multa e as hipóteses de prisão civil constitucionalmente admitidas podem ser aplicadas. Nada impede, porém, que o legislador aprove novas medidas de coerção visando ao cumprimento da ordem, desde que respeitadas as garantias constitucionais do cidadão.

A tutela inibitória utiliza-se de uma ordem, atrelada a medidas coercitivas, para evitar a prática, repetição ou manutenção de um ato ilícito continuado. Todavia, se para evitar a ocorrência do ato ilícito fizer-se necessária a determinação de medidas executivas diretas, classifica-se essa tutela como sendo preventiva executiva. Esta tutela teria o mesmo objetivo da tutela inibitória; contudo, não se valeria de ordem atrelada a um meio de coerção indireta, mas de medidas executivas diretas, cuja prática independe do obrigado. Assim,

a tutela preventiva executiva, embora tenha por escopo exercer finalidades que também podem ser cumpridas pela tutela inibitória, mostra-se inadequada quando se percebe desde logo, que o demandado não irá se quedar diante da ameaça contida na ordem sob pena de multa. Além disso, a tutela preventiva executiva é a única saída no caso em que o demandado não detém patrimônio e, assim, não pode ser concretamente ameaçado pela cobrança da multa.¹⁴⁸

A tutela inibitória não se confunde, igualmente, com a tutela de remoção do ilícito, sendo esta última destinada a remover os efeitos de uma ação

¹⁴⁷ O desconto do valor dos alimentos na folha de pagamento não se trata de técnica de execução indireta, mas de execução direta.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 124.

ilícita que já ocorreu. A tutela inibitória que se destina a evitar a continuação do ilícito diferencia-se da tutela de remoção do ilícito, uma vez que esta “não se dirige contra um agir continuado, mas sim contra uma ação que se exauriu enquanto agir, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo”.¹⁴⁹

Assim, a tutela inibitória será sempre concedida através da emissão de uma ordem, acompanhada de um meio de coerção indireta. Se se fizer necessária a adoção de medidas exucutivas diretas, a serem implementadas independentemente da vontade do demandado, estar-se-á concedendo tutela preventiva executiva.

JOAQUIM FELIPE SPADONI discorda desse entendimento. Para esse processualista, a sentença proferida com fundamento nos arts. 461 e 461-A do CPC vale-se de técnicas processuais diferenciadas, o que englobaria técnicas que se vale de eficácia mandamental e eficácia executiva. Segundo esse autor, não lhe pareceria adequado afirmar que o provimento que concede a tutela inibitória possui eficácia exclusivamente mandamental. Ao contrário, a tutela inibitória seria concedida por provimentos que possuem eficácia mandamental e, concomitantemente, eficácia executiva *lato sensu*.¹⁵⁰

Há de se admitir que a sentença que impõe um fazer ou um não fazer (ou a decisão que antecipa os efeitos práticos da tutela jurisdicional) possui tanto a eficácia mandamental quanto a eficácia executiva *lato sensu*. Esse entendimento é perfeitamente compreensível, tendo em vista a multiplicidade de eficácias que a sentença possui.¹⁵¹

Ter-se-ia, então, que a inibição de um ilícito pode ser obtida por intermédio de uma ordem acompanhada de meios de coerção indireta, quanto pela realização de medidas executivas que independem da vontade do obrigado. SPADONI engloba, em sua tutela inibitória, as tutelas inibitória, preventiva executiva e de remoção de ilícito apresentadas por MARINONI, estas duas últimas concedidas exclusivamente por meio de provimentos executivos.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 270.

¹⁵⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*, p. 114-115.

¹⁵¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, v. 1, *passim*. TEORI ALBINO ZAVASCKI expressamente consigna que a sentença, ou a antecipação da tutela, concedida com fundamento no art. 461 do CPC, pode possuir eficácia mandamental, executiva, ou ambas, simultaneamente. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer*, p. 116.

Razão parece assistir, entretanto, com LUIZ GUILHERME MARINONI: diante da diversidade de modos com que o Estado-juiz atua diante do jurisdicionado, as tutelas jurisdicionais devem ser classificadas de modos diversos:

Como já foi dito, evitar um ato através de coerção indireta é conferir àquele que pode praticá-lo a oportunidade de, voluntariamente, não o praticar. Entretanto, quando se designa um interventor ou um administrador provisório para, no seio de uma empresa, evitar a prática de um ato, não se toma em consideração a vontade do réu; o mesmo ocorre quando um oficial de justiça é designado para impedir que alguém entre em determinado local para exercer atividade que é da incumbência exclusiva de outrem. O modo de atuação das tutelas, ou a diferença entre os meios processuais que permitem a prestação destas tutelas, leva-nos a diferenciá-las, ainda que ambas sejam voltadas a evitar o ilícito ou sua repetição. Designamos a tutela destinada a evitar o ilícito ou a sua repetição, mas que prescinde da vontade do demandado, de preventiva executiva, justamente para deixar claro que os seus significados, ou os impactos que provocam sobre a esfera jurídica do réu, são distintos.¹⁵²

Essa conclusão não retira de SPADONI a razão, quando este afirma que a sentença proferida com fundamento nos arts. 461 e 461-A do CPC possui eficácia mandamental e executiva *lato sensu*. Na prática, deve-se proceder da seguinte forma: o autor pede tutela inibitória, mediante a expedição de ordem ao demandado: na concessão da tutela (antecipada ou não), o magistrado tanto poderá conceder a tutela inibitória, quanto a tutela preventiva executiva ou de remoção do ilícito, com base no permissivo constante no próprio art. 461, em seu § 5º. A hipótese inversa também é possível: o autor pleiteia tutela preventiva executiva ou de remoção de ilícito, mas é-lhe concedida, antecipadamente ou ao final, tutela inibitória. Em todos os casos, visa-se a impedir a ocorrência, repetição ou manutenção de um ato ilícito, utilizando-se de técnicas diferenciadas, conforme exigência do caso concreto.

Outra hipótese: é concedida, de forma antecipada ou ao final, tutela inibitória, com a emissão de ordem acompanhada de um meio de coerção indireta. Mostrando-se a multa incapaz de inculcar no demandado a vontade de cumprir a ordem que lhe é dirigida, nada obsta que a ordem e a multa cominada sejam substituídas por medidas executivas, determinadas pelo juízo. No início, havia sido

concedida tutela inibitória, antecipada ou não. Mostrando-se essa insuficiente, pode-se substituí-la, a pedido da parte ou de ofício pelo magistrado, pela concessão de tutela preventiva executiva ou de remoção de ilícito, adotando-se técnica processual diversa da emissão de ordem, qual seja, a determinação de medidas executivas a serem implementadas independentemente da vontade do demandado. O que deve ser levado em consideração para “a avaliação do provimento mais adequado deve ser a ‘efetividade da proteção jurídica’ e o princípio da menor interferência”.¹⁵³

A distinção feita por MARINONI entre as tutelas inibitória, preventiva executiva e de remoção de ilícito não retira da sentença proferida com base nos arts. 461 e 461-A do CPC suas eficácias mandamental e executiva *lato sensu*. Ao contrário, a riqueza de eficácia contida na sentença é mantida, da mesma forma como a distinção entre as formas de tutelas a serem concedidas é mantida, separando-as para facilitar seu estudo e entendimento.

Os arts. 461 e 461-A do CPC valem-se de técnicas processuais diferenciadas, que tanto podem se utilizar de ordem atrelada a meios de coerção indireta (provimentos mandamentais), quanto de medidas executivas diretas (provimentos executivos).

Como foi visto acima, não se olvida que se pode reunir as tutelas antecipatória e inibitória, para concessão desta última antecipadamente, ou seja, antes do momento em que seria normalmente concedida.¹⁵⁴ Para tanto, será necessária a conjugação de duas técnicas processuais: a emissão de ordem a ser cumprida pelo réu e a utilização da cognição sumária, considerada esta como técnica processual.¹⁵⁵

A conjugação da ordem e da cognição sumária, objetivando impedir a realização, continuação ou repetição de um ilícito dá origem à concessão da tutela inibitória antecipada. Sua utilização ganha relevo diante da nova visão finalística do Direito que objetiva não apenas impedir a ocorrência de um dano, mas impedir a ocorrência do simples ilícito que poderia ocasionar um dano, conforme foi visto no item anterior.

¹⁵² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 122-123.

¹⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 129.

¹⁵⁴ O mesmo pode ser feito com as tutelas preventiva executiva e de remoção do ilícito.

¹⁵⁵ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Nas hipóteses de tutela preventiva executiva e de remoção do ilícito, conjuga-se a utilização da cognição, em sua forma sumária, com a determinação de medidas a serem efetivadas independentemente da vontade do demandado.

Quanto à previsão e aplicação da multa, hipótese de sanção cominada como meio de coerção indireta visando ao cumprimento da ordem emitida, algumas peculiaridades a seu respeito serão vistas a seguir.¹⁵⁶

4.2 A FIXAÇÃO DE MULTA NA TUTELA INIBITÓRIA

O art. 461 do CPC dispõe expressamente acerca da possibilidade da imposição de multa para incidência nas hipóteses de descumprimento da ordem judicial, a pedido do autor ou de ofício pelo juiz. A multa pode ser prevista tanto na sentença quanto em sede de antecipação de tutela, conforme prevê o § 4º do art. 461 do CPC.

Havendo descumprimento da ordem judicial, incidirá a multa cominada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Dessa maneira dispõe o art. 461, § 2º do CPC: “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)”. Não poderia ser de outra forma, uma vez que a finalidade da multa é promover a efetividade da decisão judiciária, uma vez que o descumprimento de ordens judiciais importa em insubordinação à autoridade e não lesão ao credor, esta última representada pelas perdas e danos.

A multa, como meio de coerção, tem natureza processual, ao passo que as perdas e danos possuem natureza de direito material.¹⁵⁷ “É a relação jurídica Estado-parte, enfeixada no processo, a base da multa pecuniária e é a violação da obrigação processual daí derivada – e não a obrigação de direito material – que autoriza a sua incidência”.¹⁵⁸

Ao fixar a multa, o juiz concederá prazo para o cumprimento da obrigação, que levará em consideração a natureza da obrigação e a urgência da

¹⁵⁶ A prisão por descumprimento de ordem judicial, enquanto infração penal prevista no art. 330 do CP, não será objeto do presente estudo, cuja tipicidade, causas de exclusão da tipicidade e outros fatores são objeto de estudo exclusivo do Direito Penal.

¹⁵⁷ Para SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 105, “A multa presente em tais normas, desta forma, é apenas um meio processual de coerção indireta voltado a dar efetividade às ordens do juiz; não tem ela, como é óbvio, qualquer finalidade sancionatória ou reparatória”.

¹⁵⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. A multa da atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 488.

tutela pretendida.¹⁵⁹ Encerrado o prazo e não cumprida a obrigação, inicia-se o período de incidência da multa.

O valor da multa não possui afinidade com qualquer finalidade ressarcitória, e por isso o seu *quantum* deve ser fixado tendo em vista apenas a eficácia de produzir no vencido a “vontade” de agir ou não agir de acordo com o mandamento jurisdicional.

A multa deve ser suficientemente alta para fazer o devedor desistir de seu intento de não cumprir a obrigação, i. e., “o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o valor da multa fixado pelo juiz”.¹⁶⁰ Por sua vez, a multa deve se adequar às condições econômicas do obrigado, não podendo ser de valor tão elevado que o obrigado, vendo-se na impossibilidade de pagar a multa, não faça nenhum dos dois. Vê-se que será incabível, por exemplo, a aplicação da multa quando o réu for pessoa insolvente, ou de poucos recursos.¹⁶¹

Devem-se verificar, ainda, as possíveis vantagens que a parte obtém com a prática do ilícito por ela perpetrado, pois de nada valeria impor multa de valor inferior ao lucro auferido pelo descumprimento da ordem.

Podendo ser concedida de ofício, forçoso reconhecer que a multa pode ser revogada ou alterada, sempre que seu valor se mostre desequilibrado ou desproporcional à atividade prestada, ficando ao alvitre do juiz essa decisão. Verificado que a multa não está sendo capaz de induzir o vencido ao cumprimento da ordem judicial, seu valor poderá ser aumentado de ofício ou a requerimento da parte interessada. Da mesma maneira, é possível a diminuição do valor da multa, se verificado, a título de exemplo, o cumprimento parcial da ordem, ou que ela se tornou, por algum motivo, desnecessariamente excessiva.¹⁶²

Cominada a multa, e havendo descumprimento da ordem pelo vencido, o valor alcançado pela cominação deve ser cobrado utilizando-se da execução por quantia certa contra devedor solvente (CPC, art. 646 e ss.), tendo seu valor atualizado da data do descumprimento até a propositura da execução.

¹⁵⁹ Com bem diz SPADONI, Joaquim Felipe. *A multa da atuação das ordens judiciais*, p. 493, “muitas vezes, a prestação jurisdicional só é eficaz se imediatamente atuada, revelando a experiência forense que algumas horas são suficientes para torná-la desprovida de qualquer utilidade prática”.

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 782-783, nota 16 ao art. 461 do CPC.

¹⁶¹ Nesta hipótese, preferível a utilização da tutela preventiva executiva ou de remoção de ilícito.

¹⁶² SPADONI, Joaquim Felipe. *A multa da atuação das ordens judiciais*, p. 495.

Ao credor está facultado exigir o pagamento da multa, utilizando-se para tanto do processo de execução a partir do dia em que ela começa a incidir. Intimado para dar cumprimento à ordem constante do mandado, não cumprida a obrigação no prazo fixado, começa a incidir a multa, não existindo limite para tal incidência (salvo se esse limite for fixado pelo magistrado quando da cominação da multa), elevando-se o montante da dívida a cada dia que passa sem cumprimento da ordem. Nesta situação, como fica a execução da multa, tendo em vista que a mesma se eleva diariamente? A resposta é dada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

A partir do dia em que começa a incidir a multa, faculta-se ao credor exigi-la, através do procedimento da execução por quantia certa. Se o devedor, citado, pagar nas 24 horas a que se refere o art. 652, mas permanecer inadimplente no que tange à obrigação de fazer ou não fazer, a multa continuará incidindo. Poderá o exeqüente, a qualquer tempo, requerer a atualização do cálculo e promover nova execução pelo valor acrescido.¹⁶³

A respeito da multa como meio de coerção indireta, grande polêmica instaurou-se acerca de sua exigibilidade ao final do processo, quando a pretensão do autor for julgada improcedente. Para FLÁVIO CHEIM JORGE e MARCELO ABELHA, a multa fixada para cumprimento da antecipação de tutela ou sentença não será devida, uma vez que o provimento de improcedência é declaratório negativo, com efeito retroativo, e reflete a inexistência do direito afirmado pelo autor.¹⁶⁴

Essa corrente promove uma interpretação sistemática do ordenamento, utilizando-se da regra contida no art. 12, § 2º da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública: “A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

A finalidade da multa é proporcionar eficácia ao mandamento jurisdicional, e não punir o réu. Ora, se o vencido, mesmo sob pena de multa, não cumprir a ordem, é necessário aceitar que a mesma não cumpriu sua função, não

¹⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 220.

sendo capaz de coagir o vencido (mesmo que liminarmente) a cumprir a ordem. Ao vencido, revertendo-se a liminar, qual seria a utilidade de uma posterior cobrança dos valores da multa? Nesse sentido, lição de LUIZ GUILHERME MARINONI:

[...] dentro do sistema brasileiro o valor da multa reverte em benefício do autor, razão pela qual, a prevalecer a tese de que o réu deve pagar a multa ainda quanto tem razão, chegar-se-ia à solução de que o processo pode prejudicar o réu que tem razão para beneficiar o autor que não a tem. O autor estaria sendo beneficiado apenas por ter obtido uma decisão que afirmou um direito que ao final não prevaleceu.¹⁶⁵

Utilizando-se da interpretação sistemática realizada juntamente com o art. 12, § 2º da Lei 7.347/85, essa corrente apregoa não ser devida a multa ao final, demonstrado ser o réu o vencedor do litígio. A multa seria cominada para garantir a efetividade da tutela jurisdicional por meio da ordem proferida pelo magistrado tendo em vista o provável direito do autor. Restando, ao final, provado que o mesmo não tem razão, inadmissível se tornaria a cobrança judicial da multa.

Outra corrente doutrinária considera que a multa fixada tem natureza processual, desvinculada do direito material, podendo seu valor ser exigida mesmo quando a decisão final, transitada em julgado, seja favorável ao réu.

Se fosse diferente, a mera possibilidade de vitória, ao final, seria suficiente para incutir no suposto obrigado a idéia de não cumprir a ordem judicial, contando antecipadamente com uma vitória que é somente por ele esperado, na esperança da não incidência da multa, pois, no dizer de SÉRGIO CRUZ ARENHART, “a função da multa é garantir a obediência à ordem judicial, pouco importa se a ordem se justificava ou não”, uma vez que, se “no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade da decisão. Está em jogo, apenas, a própria autoridade do Estado”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim; ABELHA, Marcelo. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 372.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 110.

¹⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz, *apud* GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Execução de multa – art. 461, § 4º do CPC – e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 546. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “É claro que houve uma decisão liminar do juiz que tinha que ser cumprida, a não ser que fosse suspensa, mas não se discutiu isso aqui. O juiz concedeu uma liminar, determinando que essa decisão fosse cumprida e a parte não cumpriu. Se,

Realmente, não se pode confundir a multa com a eventual procedência ou não da pretensão do autor. A exigibilidade da multa independe do resultado final da ação. Ambas as situações não se confundem. O desrespeito à ordem judicial é ofensa dirigida ao Estado-juiz, desvinculada ontologicamente da obrigação resultante do direito material.

Essa situação só aparece nos casos de antecipação da tutela ou nos casos de interposição de apelação sem efeito suspensivo. Em se tratando de sentença transitada em julgado, tal discussão não se apresenta.

Por fim, resta saber se a multa integra o conceito de provimento mandamental ou não. Em outras palavras, todo provimento mandamental estará ligado invariavelmente a uma multa?

Conforme lição de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “no direito brasileiro, a desobediência à ordem já tem uma conseqüência particular prevista em lei, porquanto tal conduta é considerada ilícito penal (Código Penal, art. 330)”.¹⁶⁷

A desobediência à ordem emanada do Poder Judiciário já encontraria no próprio ordenamento jurídico uma sanção para seu descumprimento. A multa seria um *plus*, um meio de coerção destinado ao vencido, para “convencê-lo” a realizar a ordem, sem prejuízo de, não sendo cumprida, aplicarem-se as sanções do ilícito descrito no art. 330 do CP.

A cominação de multa aproximar-se-ia mais do conceito de provimento condenatório, uma vez que ela será cobrada, caso haja descumprimento da ordem, por meio de um processo de execução. Acarretando o descumprimento da ordem a exigibilidade da multa, dever-se-ia considerar que se está diante de uma “condenação para o futuro, mesmo porque a execução da multa será outra execução, semelhante à execução por quantia certa”.¹⁶⁸

posteriormente, chegou-se à conclusão que não era caso de cumprimento, que a ação foi julgada improcedente, não importa no momento. O importante é que o juiz deu uma liminar e a parte descumpriu, quando tinha que cumprir, sob pena de prisão, porque estava desobedecendo uma ordem judicial”. (STJ – REsp. 220.982-RS – rel. Min. José Delgado – j. em 22.02.2000 – RSTJ 134/118), *apud* GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Execução de multa*, p. 563, para quem “não se deve ignorar que, se o que se objetiva é uma maior efetividade do processo, inviável aderir ao entendimento de que uma decisão deve ou não ser cumprida segundo o arbítrio do obrigado. Se este optou por desrespeitar uma decisão judicial, deve arcar com as conseqüências de seus atos, ainda que no futuro o pedido contra ele formulado seja tido como improcedente”. (p. 565)

¹⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*, p. 351.

¹⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*, p. 352.

Descumprida a ordem, a multa poderá vir a ser cobrada por meio de execução por quantia certa, atingindo o patrimônio do réu que, não raras vezes, mostra-se mais sensível do que a própria liberdade do vencido, tendo-se em vista, principalmente, as mazelas decorrentes da aplicação da pena do campo do direito penal.

Em sentido contrário, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI que a técnica mandamental estaria baseada em dois elementos: a ordem e a multa. O provimento mandamental seria, assim, ordem sob pena de multa, sendo este último elemento, a multa, instituto indissociável do conceito mesmo do provimento mandamental.¹⁶⁹

A ordem, sem um elemento de coerção, não seria ordem, mas simples declaração. Nesse sentido, a sentença que ordena mas não dispõe da força do Estado para obrigar o demandado, na verdade, apenas “recomenda’, ou ‘aconselha’, razão pela qual não pode ser chamada de mandamental, uma vez que na realidade não contém ordem, mas simples declaração”.¹⁷⁰ Nesse sentido, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI que

a prisão do Código Penal não tem *por objetivo dar efetividade* às decisões do juiz civil ou mesmo *pressionar* o réu para cumprir, mas sim *punir* o desobediente. Não é de se estranhar, assim, a sua completa falta de efetividade em relação às decisões judiciais, que pode ser facilmente constatada diante do fato de que a prisão penal, embora prevista há muito tempo no Código Penal, jamais foi capaz de outorgar efetividade às decisões do juiz civil”. [...] Se o que importa, para a definição da mandamentalidade, é a *coerção*, e *esta decorre da natureza da multa no processo civil, que foi instituída em razão da inefetividade da prisão penal, é completamente equivocado ver coerção civil na prisão penal e condenação na multa civil.* [...] Resumindo: a condenação para o futuro, embora prestada antes da violação do direito, é concedida para a hipótese de o direito ser violado. Ou seja, quem pede condenação para o futuro aceita a possibilidade de ter o direito violado, uma vez que tem interesse apenas em formar antecipadamente o título executivo, o que permitirá que, logo após a violação, seja instaurada a execução, abreviando-se o tempo para a satisfação do direito lesado¹⁷¹ (grifos no original)

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, 41-46.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 44.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 128-129.

Sem a cominação de multa, a ordem emitida pelo magistrado não passaria de uma simples declaração ou exortação de cumprimento. Em se tratando de busca de efeitos imediatos para o cumprimento da ordem, a cominação de multa mostra-se mais efetiva do que a possibilidade de prisão decorrente da prática do ilícito penal. Perpetrado este, deverá o juiz remeter as peças que entender necessárias ao membro do Ministério Público, para que este promova a ação penal cabível. Promovida a ação penal, um infindável número de defesas apresenta-se ao réu, como o estado de necessidade, por exemplo, alegação muito comum que, embora pouco ou nenhum efeito apresente na esfera cível, é capaz de absolver o réu que não cumpre a ordem na esfera penal.

A existência de um ilícito penal previsto no ordenamento jurídico que criminaliza o desrespeito à ordem judicial emitida pode ser considerado um meio de coerção indireta, uma vez que é capaz de incutir no destinatário da ordem a vontade de cumpri-la. Todavia, sua previsão não elimina a necessidade de a ordem vir acompanhada da previsão de multa, uma vez que é a presença dessa que transformaria um simples provimento declaratório ou “exortativo” em mandamento, ordem.

5 CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

É útil trazer a lume o caminho percorrido nos capítulos anteriores, a fim de que não se perca a ordem do raciocínio aqui desenvolvido e que será fundamento das conclusões a serem atingidas.

Partiu-se do pressuposto de que o País se apresenta (ou deveria se apresentar) como um Estado Democrático de Direito que possui, como alguns de seus princípios fundamentais, o amplo acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela jurisdicional ante a lesão ou ameaça de lesão a um direito estabelecido pela ordem jurídica. Estabeleceu-se, por conseguinte, como direito fundamental do cidadão e, por outro lado, como obrigação/dever do Estado, a concessão de tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva para a proteção do direito lesado ou ameaçado de lesão.

A tutela jurisdicional será concedida pelo Poder Judiciário do Estado, que será incitado a prestá-la a partir da veiculação da pretensão pelo manejo de uma ação, que dará início a um processo perante o Estado-juiz. Após o trâmite regular do processo estabelecido, a tutela jurisdicional será concedida, seja pela prolação da sentença, seja pela realização de atos executivos (*lato sensu*), seja, ainda, pela antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional que somente ao final do processo seriam obtidos.

Para cumprir com os adjetivos de justiça, adequação e tempestividade, as partes e o Estado-juiz devem ter à disposição instrumentos apropriados para o efetivo resguardo dos direitos. Trata-se das técnicas processuais, mecanismos cuja criação pelos juristas e legisladores e posterior aplicação pelo Judiciário tornam-se obrigatórias diante da atual ordem constitucional.

Dentre as técnicas processuais previstas em nosso ordenamento jurídico, o presente estudo tratou de duas, especificamente: a utilização da cognição sumária (não exauriente) como técnica processual para concessão da tutela antecipatória dos efeitos práticos da tutela jurisdicional,¹⁷² e a utilização de ordem

¹⁷² Para Kazuo Watanabe, “ao falarmos em *técnica processual*, todavia, pretendemos aludir, não à cognição considerada em si, estaticamente, e, sim, à cognição utilizada de diferentes modos, dinamicamente, na concepção de processos diferenciados e ajustados às variadas exigências do

emitida pelo magistrado (providimentos mandamentais), como técnica processual que objetiva impedir a ocorrência, a realização ou a repetição de um ilícito, independentemente da ocorrência ou não de dano.

A escolha dessas duas técnicas para concessão das tutelas adotadas no presente estudo não foi acidental. Com efeito, “a tutela de prevenção do ilícito, como é óbvio, requer um procedimento estruturado com tutela antecipada, pois o direito a que se visa proteger através da tutela preventiva tem, em regra, grande probabilidade de ser lesado no curso do processo”.¹⁷³

Entretanto, diversos dispositivos legais foram inseridos em nosso ordenamento jurídico, criando obstáculos ou, conforme ocorre na maioria das hipóteses, simplesmente impedindo a concessão da tutela antecipatória e/ou da tutela inibitória diante da Fazenda Pública.

Diante do que foi exposto até o momento, chega-se à conclusão de que todo e qualquer obstáculo ou exceção que tenha por objetivo proporcionar ao Estado furtar-se de sua submissão ao império legal apresenta-se como flagrante desrespeito ao Estado de Direito instituído.¹⁷⁴

Relembre-se que, no Estado de Direito, a submissão do próprio Estado ao “império da lei” é condição de legitimidade de sua existência e atuação. Não é possível, sequer, a alegação de que existiria hipóteses em que seria justificado impedir, v. g., a antecipação da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública, devido a interesses maiores que estariam em jogo. Trata-se de argumento comumente apresentado pelos defensores da restrição da antecipação da tutela perante o Estado, que cai por terra perante duas constatações:

direito e pretensão material, vale dizer, à instrumentalidade da cognição no plano das opções técnicas e políticas do legislador processual”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 22.

¹⁷⁴ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “todas as leis ou medidas provisórias restritivas à concessão de liminares são, em nosso sentir, inconstitucionais”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ainda sobre a recorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo de Arruda; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim. (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 805. No mesmo sentido: “Ora, sempre defendemos que as vedações infraconstitucionais à concessão de medida liminar em mandado de segurança são irrefragavelmente inconstitucionais, eis que, conquanto a medida liminar não conste expressamente do texto constitucional, mas apenas de lei ordinária (art. 7º da Lei 1.533/51), é verdadeiramente imanente ao instituto. Desde que se reconheça também à tutela antecipada gênese constitucional, o que se nos afigura inteiramente correto, a conclusão tem (teria) de ser a mesma, isto é, são igualmente inconstitucionais as limitações infraconstitucionais às hipóteses de antecipação de tutela”. ALVIM, Eduardo Arruda. As tutelas de urgência e o poder público – algumas considerações sobre a LC 104/2001. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, jan./fev. de 2002, n.º 42, p. 166.

a) a concessão ou não da tutela jurisdicional (justa, adequada e tempestiva) não pode se fundamentar no interesse particular de uma das partes. Com efeito, cada parte considera que seu interesse é o mais importante, mais relevante. A tutela jurisdicional (antecipada ou não) deve ser concedida em favor daquele que se apresente (em cognição sumária ou exauriente), titular de um direito que lhe é concedido pela ordem jurídica. Se, no caso concreto, o interesse do Estado apresentar-se como tendo maior relevância que o interesse da parte contrária, esse fato somente poderá ser levado em consideração na exata medida em que a própria ordem jurídica – seja por meio de princípios, seja por meio de regras – previamente procedeu à valoração, *in abstracto*, dos interesses em jogo. Desta forma, o que estará impossibilitando a concessão da tutela antecipada em face do Estado não será uma regra processual proibitiva, mas a própria ordem jurídica que, em sede de cognição sumária, tutela o interesse do Estado diante do interesse contraposto.

b) por sua vez, a alegação de que o interesse do Estado representa o interesse de toda a população em contraposição ao interesse de somente uma pessoa não subsiste nos tempos modernos. O Estado não pode se furtar a obedecer a ordem jurídica utilizando-se do povo como álibi, a justificar a prática de ilicitudes e a obtenção de privilégios.¹⁷⁵ Ademais, é até mesmo plausível que o interesse de toda a população esteja em confronto com o interesse de uma pessoa só, mas cujo interesse desse único indivíduo seja o interesse protegido e albergado pela ordem jurídica, hipótese em que o interesse dos demais cidadãos deverá ser preterido.

Nesse sentido, RENATO ALESSI, na doutrina italiana, promoveu a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário: o interesse público primário corresponderia ao interesse social, dirigido ao bem geral, i. e., ao interesse da sociedade ou da coletividade como um todo; o interesse público secundário, por sua vez, representaria o modo pelo qual os órgãos públicos da

¹⁷⁵ Conforme lição de Rui Portanova, “assim como o interesse social afasta a proteção ao interesse particular quando em confronto com seu conceito, também é possível dizer-se que não se pode confundir interesse público com interesse de Estado. [...] Por igual, também não será necessariamente interesse público o interesse da Administração. Nesta poderá haver apenas interesses de grupos poderosos, corporativistas e/ou setoriais, inclusive contrários ao interesse social”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 57.

administração vêm o interesse público.¹⁷⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também se fundamenta na doutrina italiana para lecionar que

Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.¹⁷⁷ (grifo no original)

HUGO NIGRI MAZZILI ensina que o interesse do Estado ou dos governantes nem sempre coincide com o bem geral da coletividade: “políticas econômicas e sociais ruinosas, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduo”.¹⁷⁸

Quando se alega que a tutela antecipada ou a tutela inibitória ou qualquer outra forma de proteção jurisdicional não pode ser concedida uma vez que o Estado representaria o interesse público pretende-se, muitas vezes, proteger o interesse público secundário.

A proteção jurisdicional deve ser concedida para proteção do interesse primário, inerente à coletividade e em busca do bem geral. O interesse secundário somente poderá ser protegido quando coincidir com o interesse primário. A busca pelo interesse público primário deve se iniciar pela análise dos princípios e objetivos da República elencados na Constituição Federal. É a partir da análise do texto constitucional, dos princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais elevados a dogma constitucional que se encontrará o interesse que deve ser protegido.

Quando o Estado, por meio de seus governantes, procura se evadir do cumprimento da lei, de indenizar, de realizar ou omitir-se da prática de um ato a que está obrigado,

¹⁷⁶ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, apud MAZZILI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 385-39.

¹⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.

estará *contrariando o interesse público*, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer mais 'rico', menos onerado patrimonialmente, lançando, dessarte, sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem se satisfeitos quando coincidirem com interesses primários.¹⁷⁹ (grifo no original)

A tutela jurisdicional (antecipada ou não) deve ser concedida ignorando-se eventuais impedimentos previstos na legislação, àquele que se apresente (ainda que em sede de cognição sumária, e cumpridos os requisitos legais) como titular de um direito que lhe é concedido pela ordem jurídica.¹⁸⁰

Pelo simples fato de estar o Estado constituído e organizado sob a forma de Estado Democrático de Direito, a previsão, geral e abstrata, de impedimentos à concessão de qualquer espécie de tutela jurisdicional que se apresente necessária para a justa, adequada e tempestiva proteção dos direitos configura-se inconstitucional, a retirar a legitimidade de atuação do próprio Estado.¹⁸¹ Esses impedimentos infringem, ainda, o princípio constitucional da isonomia, na medida em que se concede privilégios processuais tendo como fundamento a qualidade da parte ré:

¹⁷⁸ MAZZILI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 38.

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 55-56.

¹⁸⁰ “Como sabido pela simples observação da nossa realidade, nem sempre o Estado age no interesse da sociedade. Ademais, é na Constituição Federal que estão consolidados os valores que verdadeiramente interessam à coletividade, entre os quais se encontram, em posição de primazia, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico. É um contra senso, portanto, invocar o interesse da coletividade para tornar imune a uma reforma útil o ato estatal que implique instituição, fiscalização ou arrecadação de tributos em desrespeito à ordem jurídica”. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Antecipação da tutela jurisdicional em matéria tributária*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.) *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5, p. 141-142.

¹⁸¹ Em sentido semelhante leciona Andrea Proto Pisani, na doutrina italiana, referindo-se à tutela cautelar atípica que, no sistema processual peninsular, engloba a tutela antecipatória tal qual entendida no Brasil: “[...] la tutela giurisdizionale cautelare atípica costituisca una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale, nei limiti in cui sia necessaria per neutralizzare *pericula in mora* (cioè anni derivanti dalla durata, o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena) che assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio. La tutela cautelare atípica, nei limiti della irreparabilità del pregiudizio, rappresenta quindi un *minimum* che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni sistema processuale”. PISANI, Andrea Proto. *Lezione*, p. 596.

Por essa razão, entende-se ser impossíveis quaisquer limitações à concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública (limitações estas atualmente albergadas na Lei 8.437, de 30.06.1992, e na Lei 9.494, de 10.09.1997). Tratar-se-ia de limitações inconstitucionais em face do que dispõe a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, a qual garante a todos o acesso à justiça (princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário) e a existência das tutelas jurisdicionais adequadas, efetivas e tempestivas (princípio da adequação da tutela jurisdicional). Além do mais, estar-se-ia ferindo o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*), porque se estaria admitindo, só pela qualidade da parte ré, o perecimento da pretensão de direito material afirmada pela autora.¹⁸²

A obtenção da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva é, ainda, princípio e direito fundamental do cidadão, previstos constitucionalmente, cujo cumprimento representa uma exigência imposta pela sociedade para se sujeitar à submissão estatal.

CANOTILHO afirma que as garantias processuais e procedimentais constituem-se na “terceira dimensão do Estado de Direito”, sendo seu “ pilar fundamental”, de tal forma que “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*”.¹⁸³ (grifos no original)

O legislador, ao criar as regras processuais, e o magistrado, ao aplicá-las, não deverá tomá-las simplesmente em seu aspecto abstrato. Ao contrário, deverá considerar os seus efeitos práticos, as conseqüências que sua aplicação trará para a efetividade da proteção dos direitos. Nesse sentido, deve-se afastar o que CHAIN PERELMAN chama de iniquidade atingida pelo raciocínio ou, em outras palavras, de injustiça derivada de um raciocínio puramente formal, que deve ser substituído quando seu resultado for inadmissível:

A conclusão que, desde já, tiramos deste desenvolvimento é que, seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico

¹⁸² COSTA, Eduardo José da Fonseca. A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. de 2004, n.º 56, p. 29.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 389.

com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão. Quando o resultado é inadmissível, por esta ou aquela razão, é que o jurista é levado a introduzir uma distinção, que talvez tivesse omitido ao estabelecer as premissas de seu raciocínio, e a passar da argumentação *a simili* à argumentação *a contrario*.¹⁸⁴

Nessa ordem de idéias, todo formalismo excessivo deve ser eliminado;¹⁸⁵ os impedimentos e obstáculos à concessão da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva, devem ser de pronto rechaçados sob a pecha da inconstitucionalidade, não se esquecendo o jurista, legislador e magistrado, das demais garantias constitucionais, como o contraditório¹⁸⁶, a ampla defesa, o devido processo legal, dentre outros. Nas palavras do professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,

a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias 'formais' e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.¹⁸⁷

Nos litígios em que está envolvido o Estado, a Fazenda Pública ou qualquer outra pessoa, física ou jurídica, a) a tutela antecipatória deve ser concedida quando, cumpridos os requisitos, seja imprescindível para promover

¹⁸⁴ PERELMAN, Chain. *Lógica Jurídica*, p. 13.

¹⁸⁵ O repúdio ao formalismo é correlato ao princípio da instrumentalidade das formas, que dispõe, segundo lição de Cândido Rangel Dinamarco, que, "realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular, ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 39.

¹⁸⁶ Conforme visto no item 3.4, a antecipação da tutela não atinge a garantia do contraditório, uma vez que este é apenas postecipado.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 84.

tempestivamente a efetiva proteção dos direitos;¹⁸⁸ b) a tutela inibitória deve ser concedida quando se fizer necessária para impedir a ocorrência, a repetição ou a manutenção de um ilícito.

Quando se fala em cumprimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipatória e/ou inibitória deseja-se abranger, tão-somente, aqueles que sejam estritamente necessários para a verificação da necessidade e utilidade da concessão da tutela, bem como o preenchimento dos requisitos de ordem material, i. e., apresentar-se o autor, ainda que em sede de cognição sumária, como titular de um direito. A proibição pura e simples da concessão da tutela, ainda que se apresente justificada por razões abstratas, não podem ser considerados requisitos negativos para concessão da tutela pleiteada.¹⁸⁹

Ao julgar medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4-6/DF, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia, até o julgamento final da ADC, das decisões que concedam tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97, conforme será visto pormenorizadamente no item 5.1.3 adiante.

Todavia, a decisão na Medida Cautelar na ADC 4/DF não declarou a constitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97, mas apenas suspendeu a eficácia das decisões que concedessem a tutela antecipada contra a Fazenda Pública tendo por fundamento a (in)constitucionalidade daquele dispositivo.

Todavia, no julgamento da ADIN 975-3/DF, o STF concedeu liminar suspendendo a eficácia da Medida Provisória n.º 375/93 que vedava a concessão de medidas cautelares e liminares em mandado de segurança e em ação civil pública:

Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n.º 375, de 23.11.1993, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares nominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de

¹⁸⁸ “A restrição ao uso da liminar, portanto, significa lesão evidente ao princípio da inafastabilidade. Do contrário, teremos que raciocinar com um dado absurdo, ou seja, com a possibilidade de se estabelecer (através da lei), de forma absoluta, a inexistência de tutela urgente em determinados casos, o que significaria, ainda, subtrair da valoração do juiz, e transplantar para o domínio da norma, a própria aferição da existência do *periculum in mora*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 163.

¹⁸⁹ “Que a Fazenda Pública não possa postar-se ao largo do art. 273 é de evidência palmar, mormente em face da sua responsabilidade objetiva que informa os atos dos agentes públicos, quando ajam nessa qualidade, o que faz emergir, de forma clara, o juízo da verossimilhança para fins antecipatórios, pois não tem o autor que fazer prova da culpa da Administração Pública (que é objetiva)”. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*, p. 198.

segurança (Lei n.º 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei n.º 7.347/85, artigo 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculo à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, por que sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.¹⁹⁰

Ao menos no campo da proibição geral e abstrata, e diante dos fundamentos expostos nos capítulos anteriores, os impedimentos referentes à concessão da tutela antecipada perante o Estado e à Fazenda Pública apresentaram-se inconstitucionais.¹⁹¹ Nos próximos itens, promover-se-á um estudo dessas proibições no caso concreto e análise das limitações referentes à efetivação da tutela concedida.

5.1 DISPOSITIVOS LEGAIS QUE IMPEDEM A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA – HIPÓTESES

O ordenamento jurídico brasileiro é farto em disposições que procuram impedir e/ou limitar a concessão da tutela antecipada contra o Fisco. Explanar-se-á acerca desses dispositivos e hipóteses que obstaculizam a concessão da tutela jurisdicional efetiva:

¹⁹⁰ STF – Adin 975-3/DF – Pleno – Medida Liminar – rel. Min. Carlos Velloso – DJU 20/06/1997, p. 28.467.

¹⁹¹ Nesse sentido, Sérgio Shimura, ao comentar a Lei n.º 9.494/97: “Parece-nos, em primeiro lugar, que esta Lei n.º 9.494/97 – como qualquer lei que proíba concessão de liminares – é inconstitucional. Viola vários princípios agasalhados pela Constituição, um deles, o acesso pleno à justiça garantida pelo inc. XXXV do art. 5º. Se existe uma situação de emergência ou de ameaça a ser protegida, a Constituição garante o ingresso no Judiciário. Não pode, portanto, uma lei violar tal princípio”. SHIMURA, Sérgio. Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. (Coords.) *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 185-186.

5.1.1 Liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro

Dentre as primeiras limitações à concessão de liminares contra a Fazenda Pública inseridas em nosso ordenamento jurídico está a que proíbe a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro. Trata-se de restrição contida na Lei n.º 2.770, de 4 de maio de 1956, que contém a seguinte regra em seu artigo 1º: “Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega de mercadoria, bem ou coisa”.

O dispositivo em comento trata de hipótese bastante comum nos portos e aeroportos do País: a mercadoria importada é retida na alfândega devido a motivos diversos, como o não recolhimento dos tributos devidos, a não comprovação da origem do produto, o descumprimento de algum procedimento administrativo ou, ainda, a hipótese de a mercadoria ser objeto de contrabando ou descaminho.

Nestas hipóteses, na maioria dos casos, a mercadoria importada fica retida na alfândega, impedindo o seu ingresso efetivo no país até que a situação seja regularizada ou, em alguns casos, aplicada a pena de perdimento dos bens.

Ocorrendo a retenção das mercadorias, era comum o importador ingressar com ação judicial demonstrando ser o tributo cobrado indevido ou cobrado a maior, o cumprimento de todos os atos exigidos para a importação do produto, a existência e regularidade dos documentos necessários para tanto etc. Evidente que as ações judiciais intentadas pelo importador vinham acompanhadas do respectivo pedido de antecipação da tutela (que, na época, ainda não havia sido sistematizada, mas era concedida por liminares ou em medidas cautelares inominadas) para imediata liberação das mercadorias apreendidas. O *periculum in mora* – ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – era facilmente demonstrável, diante dos prejuízos inevitáveis que o importador sofreria com a apreensão das mercadorias importadas.

Para evitar as hipóteses de liberação das mercadorias concedidas liminarmente ou em ações cautelares inominadas, elaborou-se a norma restritiva constante do art. 1º da Lei n.º 2.770/56 acima transcrita. A lei foi severa ao

estabelecer que “em caso algum” seria concedida, em medida preventiva ou em liminar, provimento que importasse na entrega da mercadoria retida. De tal forma que pouco importava o prejuízo a ser suportado pelo importador, ainda que o ato de apreensão das mercadorias efetuado pelas autoridades alfandegárias se mostrasse, *prima facie*, ilegal.

Segundo HUGO DE BRITO MACHADO, a Lei n.º 2.770/56 foi editada para impedir a liberação de automóveis importados irregularmente, havendo casos de mandado de segurança para liberação de centenas de veículos de uma só vez. Uma vez obtida a liminar e retirados os automóveis da alfândega, “os impetrantes desinteressavam-se deliberadamente, ou mesmo promoviam o extravio dos autos, em conluio com funcionários menos escrupulosos”.¹⁹²

Trata-se de dispositivo que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, configurando afronta ao Estado de Direito, aos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional e ao direito fundamental de receber tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva.

A proibição absoluta, *in abstracto*, de obtenção de medidas cautelares e/ou antecipatórias constitui-se em evidente estabelecimento de privilégios, objetivando conceder ao Estado um caminho fácil para se subtrair ao cumprimento da ordem legal e do respeito aos direitos do cidadão.

Os provimentos judiciais de concessão de antecipação de tutela – na hipótese, para imediata entrega ao importador da mercadoria apreendida – devem ou não ser concedidos conforme o autor preencha os requisitos exigidos para obter a medida.

O autor da ação judicial que teve suas mercadorias indevidamente retidas tem direito à obtenção da tutela antecipatória desde que:

a) demonstre a verossimilhança das alegações, seja por prova inequívoca, seja demonstrando a ilegalidade, não recepção ou inconstitucionalidade da norma que motivou a retenção das mercadorias;

b) demonstre o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação caso a antecipação da tutela não seja concedida; trata-se de hipótese facilmente demonstrável uma vez que a retenção da mercadoria pelo tempo necessário para

¹⁹² MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 118. No mesmo sentido: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A liminar no mandado

que ocorra o julgamento definitivo do litígio é, por si só, demonstração plausível do prejuízo sofrido pelo importador. Dúvida quanto à existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação poderia surgir quando o importador for pessoa física que promove a importação do produto para uso doméstico. Neste caso, o importador deverá demonstrar que o produto é, v. g., perecível ou, ainda, que se trate de produtos para tratamento médico, como medicamentos importados.

Essa última hipótese é categórica quanto à não recepção do art. 1º da Lei n.º 2.770/56 pela CF. Suponha-se um portador de hepatite C cujos medicamentos necessários para seu tratamento são importados. O portador da doença, por si mesmo ou por seus familiares, importa diretamente os medicamentos necessários. Seja por falta de recolhimento ou recolhimento a menor dos tributos devidos, seja por falta de algum requisito administrativo necessário para a importação do medicamento, este é apreendido e retido pelas autoridades alfandegárias. O importador, *in casu*, ingressa com ação judicial – mandado de segurança ou ação ordinária – demonstrando a ilegalidade *lato sensu* do tributo exigido, da sua base de cálculo, alíquota ou hipótese de incidência; pode demonstrar ainda ser imune ou isento ao recolhimento do tributo; ou o seu recolhimento em conformidade com o exigido; ou o cumprimento de todos os atos exigidos para perfectibilizar a importação; o autor da ação – seja a pessoa enferma, seja seus familiares – demonstra ainda a necessidade de imediata liberação dos medicamentos retidos, tendo em vista a fácil constatação de que a espera pela decisão definitiva do litígio gerará danos irreparáveis, como a morte do doente, seqüelas irreparáveis ou o recrudescimento da doença. Nesta hipótese, seria constitucional a não concessão da tutela antecipada, para o fim de liberar os medicamentos apreendidos, tendo em vista a proibição constante do art. 1º da Lei n.º 2.770/56, que não permite a concessão “em caso algum, de medida preventiva ou liminar, que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa”?

O importador do medicamento na hipótese apresentada é cidadão brasileiro (ou estrangeiro residente no País¹⁹³) que, representado na Assembléia Constituinte, submeteu-se à força estatal, exigindo, porém, como pressuposto de

de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 220.

legitimidade de sua submissão, que o Estado lhe garantisse amplo acesso ao Poder Judiciário e a inafastabilidade da tutela jurisdicional todas as vezes em que um direito seu se encontrasse lesado ou ameaçado de lesão. E mais: esse mesmo cidadão recebeu da Constituição Federal o direito de obter do Estado-juiz tutela jurisdicional com os qualificativos de justiça, adequabilidade e tempestividade. O Estado tem ainda por fundamento a cidadania (CF, art. 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), cujo objetivo é construir uma sociedade solidária (CF, art. 3º, I) e promover o bem de todos (CF, art. 3º, IV). Quando da constituição e delimitação do Estado que o governa, determinou-se que seria regido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, IV), sendo-lhe, inclusive, reconhecido o direito à saúde, direito este a ser garantido mediante políticas públicas e econômicas (CF, art. 196, *caput*), disposição esta absolutamente sintomática da resolução a ser aplicada à hipótese sob discussão.

Assim, diante dos princípios, direitos, objetivos e fundamentos constitucionais elencados acima, como se situa a norma impeditiva do art. 1º da Lei n.º 2.770/56, impedindo, na hipótese, a concessão de antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional visando à liberação dos medicamentos apreendidos e retidos na alfândega para uso médico do portador do vírus da hepatite C?

A aplicação ao caso concreto da norma prevista no art. 1º da Lei n.º 2.770/56, diante das normas constitucionais acima descritas, apresenta-se flagrantemente inconstitucional, devendo ser rechaçada prontamente sua aplicação, concedendo a seguinte medida: ordem à autoridade alfandegária/fazendária competente para que proceda à imediata liberação (ou no prazo estipulado pelo magistrado: 24 ou 48 horas, por exemplo) e sua entrega ao importador, sob pena de multa (no valor arbitrado pelo juiz) para a hipótese de descumprimento, podendo incidir, inclusive, nas sanções penais respectivas.

Trata-se de hipótese de antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública, cuja possibilidade (necessidade!) é inegável, não podendo ser impedida por simples regra processual impeditiva inserida no ordenamento jurídico ao alvedrio das disposições constitucionais.¹⁹⁴

¹⁹³ Ou ainda o estrangeiro em trânsito, em hipótese mais remota. Cf. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

¹⁹⁴ “É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida. Se alguns direitos não podem ser adequadamente tutelados na forma repressiva, parece

Está-se diante da concessão de tutela inibitória, na medida em que objetiva inibir a manutenção de um ato ilícito – a retenção dos medicamentos importados. A ilegalidade do ato praticado pela autoridade pública, *in casu*, é constatada apenas em sede de cognição sumária, nada impedindo que, ao final, a sentença reconheça a irregularidade da importação e a conseqüente legalidade do ato da autoridade. Entretanto, quando do momento da concessão da medida o ato se apresentava, em exame superficial, ilegal, a justificar a antecipação dos efeitos práticos da tutela inibitória, evitando a manutenção do ato ilícito.

Todavia, a possibilidade de concessão da antecipação da tutela inibitória no caso sob comento depende, conforme foi registrado alhures, do cumprimento, pelo autor da ação, dos requisitos exigidos no art. 273 do CPC, em especial a verossimilhança das alegações e a demonstração do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.¹⁹⁵

Repita-se que a simples proibição, abstrata e geral, da concessão da tutela antecipada (ou outras medidas preventivas), afigura-se inconstitucional ou não recepcionada pela ordem constitucional vigente, conforme procurou-se demonstrar anteriormente.

Ainda sobre a aplicação do art. 1º da Lei n.º 2.770/56, a doutrina se manifesta no sentido de que esse dispositivo legal apenas se aplicaria para as hipóteses de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho. Nesse sentido, REIS FRIEDE é categórico ao afirmar que,

durante a longa vigência desse dispositivo legal, restou majoritário o entendimento segundo o qual as restrições previstas nos termos dessa lei só se referem às mercadorias estrangeiras apreendidas como “contrabando” (em sentido amplo), não se aplicando aos demais casos em que se questiona sobre aspectos próprios da importação ou relativamente à bagagem do passageiro procedente do exterior.¹⁹⁶

natural a afirmação de que a eles deve ser assegurada a tutela preventiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 67.

¹⁹⁵ “Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deve ser concedida liminar assegurando a liberação do equipamento importado por sociedade civil, independentemente de recolhimento antecipado de ICMS, até o julgamento final do pedido, ficando como depositário o representante legal da empresa”. (TJ/PR – AI 110066-3 – 5ª Câmara Cív. – rel. Des. Luiz Cezar de Oliveira – j. em 19/02/2002). No mesmo sentido: “Processo civil. Ação visando o cumprimento de obrigação de não fazer. Tutela específica. Pretendida a liberação de mercadorias importadas e armazenadas junto ao Terminal de Contêineres de Paranaguá. Relevância dos fundamentos da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final. Concessão liminar da tutela. Referência legislativa: Código de Processo Civil, artigo 461, § 3º”. (TJ/PR – AI 110794 – 1ª Câmara Cív. – rel. Des. Ulysses Lopes – j. em 20/11/2001)

¹⁹⁶ FRIEDE, Reis. *Medidas liminares* (e providências cautelares ínsitas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003, p. 87.

Nos tribunais, firmou-se o entendimento de que a retenção das mercadorias importadas na alfândega, devido à inexistência de expediente, prejudicado pela greve dos servidores públicos, enseja a concessão de antecipação da tutela, ordenando a imediata liberação das mercadorias.¹⁹⁷

Grave controvérsia jurisprudencial estabeleceu-se acerca da exigibilidade do recolhimento do ICMS como condição *sine qua non* para a liberação das mercadorias importadas. A discussão estabeleceu-se porque, quando da importação, a mercadoria ainda não “circulou” no mercado nacional. A circulação somente se perfectibilizaria quando a mercadoria importada fosse revendida por terceiros, gerando a hipótese de incidência do ICMS.¹⁹⁸

Apesar da polêmica travada na doutrina e na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 323 com a seguinte redação: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Aplicando-se o entendimento exposto por esta súmula, seria ilegal a apreensão das mercadorias importadas até que o importador providenciasse o “recolhimento antecipado” do ICMS, antes mesmo da circulação do bem no mercado nacional.

Outra controvertida questão diz respeito às hipóteses em que a infração ou irregularidade cometida pelo importador é punida, abstratamente, com a pena de perdimento de bens. Nessa hipótese, o entendimento jurisprudencial dominante é no sentido de que, havendo previsão de pena de perdimento de bens para a irregularidade cometida, fica inviabilizada a concessão de antecipação da tutela para a liberação da mercadoria. Para essa corrente jurisprudencial, a existência de pena *in abstracto* de perdimento de bens para a irregularidade apontada pelas autoridades configuraria um verdadeiro pressuposto negativo para a liberação

¹⁹⁷ “Não cabe ao particular arcar com qualquer ônus em decorrência do exercício do direito de greve dos servidores, que, embora legítimo, não justifica a imposição de qualquer gravame ao particular. Devem as mercadorias ser liberadas, para que a parte não sofra prejuízo”. (STJ – REsp. 179255/SP – 2ª T. – rel. Min. Franciulli Netto – j. em 11/09/2001, DJU de 12/11/2001, p. 133 – LEXSTJ v. 149, p. 112 – RSTJ v. 153, p. 187)

¹⁹⁸ “A jurisprudência consolidada do STF é no sentido de que é constitucional a exigência do ICMS como condição para a liberação de mercadorias importadas”. (TRF 1ª Região – AG 200101000308661 – 4ª T. – rel. Des. Fed. Hilton Queiroz – j. em 03/04/2002 – DJU 06/06/2002, p. 208). Em sentido contrário: “Deve ser mantida a liminar, concedida em ação civil pública, para impedir a exigência da cobrança do ICMS, quando da liberação das mercadorias importadas”. (TRF 2ª Região – AG 200402010103248/RJ – 5ª T. – rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – j. em 16/11/2004 – DJU 23/11/2004, p. 195)

liminar da mercadoria retida.¹⁹⁹ Nesse sentido, o entendimento que vem sendo sustentado pelo Ministro LUIZ FUX:

Deveras, a apreensão de mercadorias importadas, como medida de cautela fiscal, só pode ser levada a efeito se a suposta irregularidade, que será objeto de apuração mediante processo administrativo, for punida, abstratamente, com pena de perdimento. Do contrário, a retenção da mercadoria não se justifica.²⁰⁰

O simples fato de a irregularidade constatada pelas autoridades alfandegárias/fazendárias ser punida abstratamente com pena de perdimento dos bens não pode se constituir, de forma absoluta, em pressuposto negativo para concessão da antecipação da tutela visando à liberação das mercadorias importadas apreendidas, devendo-se analisar, caso a caso, as circunstâncias concretas, a boa-fé do importador e a gravidade da eventual irregularidade. Demonstrado pelo importador, em juízo, que cumpriu com todos os requisitos exigidos para importar as mercadorias, apresentando-se as exigências das autoridades alfandegárias como manifestamente indevidas e abusivas, nada impede a concessão da tutela antecipada para liberação da mercadoria, ainda que haja pena *in abstracto* de perdimento de bens.²⁰¹

Para melhor segurança do juízo e da Fazenda Pública, nada impede, aliás, tudo recomenda que se exija caução do importador, a garantir, v. g., o futuro pagamento do imposto exigido para a liberação da mercadoria.²⁰² Deve-se

¹⁹⁹ “É descabida a concessão de liminar para liberação da mercadoria importada, cujo perdimento foi decretado, em face da proibição constante do art. 1º da Lei n.º 2.770/56, segundo o qual, ‘Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa’”. (TRF 1ª Região – AG 200301000350271 – 7ª T. – rel. Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva – j. em 18/05/2004 – DJU 16/07/2004, p. 53)

²⁰⁰ STJ – REsp. 9331/PR – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. em 02/06/2005 – DJU 27/06/2005, p. 224.

²⁰¹ Nesse sentido: “II - A exegese do art. 1º da Lei n.º 2.770/56 requer a observância do princípio da proporcionalidade, de forma que, diante de dois interesses em conflito, e sendo possível a concessão de provimento judicial que contemple apenas um deles, cabe ao magistrado tutelar aquele mais relevante ou emergencial. III - A efetivação da pena de perdimento das mercadorias, enquanto se discute a respeito da idoneidade dos atos constitutivos da empresa importadora, poderia acarretar lesão de difícil reparação, tendo em vista o inadimplemento com os destinatários finais, bem como a incidência das despesas de armazenagem”. (TRF 2ª Região - Agravo interno no agravo de instrumento 86901/ES – 6ª T. – rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer – j. em 07/08/2002 – DJU 06/09/2002, p. 449-450)

²⁰² “Em se tratando de equipamento de difícil comercialização no mercado interno, aliados aos prejuízos experimentados pela empresa na demora da implantação do novo maquinário, bem como

analisar, novamente, cada hipótese apresentada: nada recomenda, ainda por hipótese, a exigência de caução por parte do portador do vírus da hepatite C que tem seus medicamentos importados retidos indevidamente na alfândega.

Somente o caso concreto demonstrará a necessidade de prestação de caução, a existência da verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

5.1.2 Reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Oriunda da Medida Provisória n.º 1.570-5 de 21/08/1997, a Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 prescreve em seu artigo 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 n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992”. Devido ao emaranhado de disposições legais, para se obter a regulação infraconstitucional acerca da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, faz-se necessária a análise de vários dispositivos constantes de outras leis ordinárias.

Conforme consta do art. 1º da Lei n.º 9.494/97, acima transcrito, deve-se primeiramente analisar as prescrições contidas na Lei n.º 4.348/64, arts. 5º e 7º. Essa lei estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança.

A primeira referência feita é ao art. 5º da Lei n.º 4.348/64, que impede a antecipação da tutela nos mandados de segurança que tragam pretensão

taxa da armazenagem devida, a despeito da vedação contida na Lei n.º 2.770/56, que proíbe a concessão da liminar para liberar mercadoria procedente do estrangeiro, mas, por outro lado, considerando que os tributos devidos já foram recolhidos com base na declaração do importador, encontrando-se *sub judice*, tão-somente, o cabimento da suposta diferença devida, o que está a depender da perícia, não há óbices a que seja aceita a carta de fiança, nomeando-se a sócia-gerente da agravante, fiel depositária do bem descrito na D.I., desde que, obviamente inexistam razões outras não declinadas na demanda para que seja realizado o desembaraço da mercadoria”. (TRF 2ª Região – AI 33667 – 5ª T. – rel. Des. Fed. Chalu Barbosa – j. em 14/11/2000 – DJU 15/03/2001)

visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou ainda a concessão de aumento ou extensão de vantagens²⁰³.

Como o art. 5º da Lei n.º 4.348/64 somente faz referência ao mandado de segurança, seria possível, assim, ingressar com ação ordinária visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, pedindo, liminarmente, a antecipação da tutela, furtando-se à incidência da proibição constante da Lei n.º 4.348/64, que apenas impede a concessão de liminar para tal fim em sede de mandado de segurança. Entretanto, tal proibição foi estendida para toda espécie de ação – e não apenas ao mandado de segurança – pelo art. 1º da Lei n.º 9.494/97, conforme foi transcrito acima, que veio fechar a brecha utilizada pelos servidores públicos que, para obterem a antecipação da tutela, bastavam utilizar-se de ação que não fosse o mandado de segurança²⁰⁴.

Ainda que se admita a inconstitucionalidade (ou não recepção) desses dispositivos, afigura-se de difícil caracterização, ainda assim, a possibilidade de antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional para a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, salvo alguma idiosincrasia do caso concreto, uma vez que a caracterização do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não se afiguraria presente.

Com efeito, o servidor público que pretende a sua reclassificação ou equiparação funcional, ou ainda a concessão de aumento ou extensão de vantagem, encontrar-se-ia na seguinte posição: não poderia alegar que se encontra em estado de necessidade alimentar uma vez que, como funcionário público, é de se presumir que com seus vencimentos, por menores que sejam, possa com eles se alimentar,

²⁰³ Art. 5º da Lei n.º 4.348/64: “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”. Redação idêntica consta da Lei n.º 5.021, de 09/06/1966, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil, *in verbis*: Art. 1º “O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”. § 4º “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

²⁰⁴ A Medida Provisória n.º 118, de 05/12/1989, convertida na Lei n.º 7.969, de 22/12/1989, estendeu essa proibição também às medidas cautelares, conforme prescreve seu art. 1º: “Aplica-se às medidas

bem como prover o sustento mínimo da sua família. Por outro lado, eventual alegação de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não seria plausível, de modo que, transitada em julgado a sentença em favor do servidor público, deverá receber todos os vencimentos e vantagens a que tem direito desde o momento em que cumpriu os requisitos para sua reclassificação ou equiparação funcional, ou para a obtenção de aumento ou vantagem.

Ressalte-se mais uma vez que, salvo alguma particularidade do caso concreto, afigura-se de muito difícil caracterização o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. É claro que, se o funcionário público demonstrar, por meio de prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança de suas alegações, ser o titular do direito à reclassificação ou equiparação funcional, ou ainda titular de direito à obtenção de aumento ou vantagem, e que a espera pelo julgamento de sua pretensão ocasionar-lhe-á dano irreparável ou de difícil reparação, deve a antecipação da tutela ser concedida pelo Estado-juiz, de modo a conceder a tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva a quem se apresente como titular de um direito sob risco iminente de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação.

É preciso ressaltar que, em tais hipóteses, é mais fácil visualizar o receio de dano irreparável em favor da Fazenda Pública que terá, em sede de liminar, de liberar verba para o pagamento dos vencimentos a maior devido à reequiparação e reclassificação de servidores públicos, aumento ou extensão de vantagem. Ao final, tendo sido a pretensão do servidor público julgada improcedente, terá o Fisco de voltar-se contra o servidor para reaver a quantia paga a maior.²⁰⁵

Nada substitui a análise do caso concreto levado perante o Judiciário que, constatando a presença de todos os requisitos, e tendo em vista, principalmente, o direito do servidor público de ter seus direitos efetivamente realizados, poderá antecipar os efeitos da tutela jurisdicional para o fim de

cautelares previstas nos artigos 796 a 810 do Código de Processo Civil, o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964”.

²⁰⁵ “A causa da normatização teria sido o cometimento de abusos por parte de servidores que, obtendo a liminar e por ela obtendo a situação jurídica realmente buscada e o seu consecutivo econômico no primeiro caso ou este diretamente no segundo, tornava, bastas vezes, ineficaz a decisão denegatória da segurança por não se conseguir o recebimento do valor oferecido antecipadamente através da liminar”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *A liminar no mandado de segurança*, p. 221.

reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou ainda a concessão de aumento ou extensão de vantagens. A análise dos fatos e do caso concreto que se apresenta perante o Judiciário é imprescindível, a par de qualquer limitação à concessão da tutela de urgência, uma vez que “a dita ‘pretensão à satisfação urgente’, como toda pretensão, nasce no plano do direito material, não sendo lícito, ou possível, ao legislador do direito processual feri-la e cortá-la, suprimindo-a do sistema jurídico”.²⁰⁶

Comentando o art. 5º da Lei n.º 4.348/64, posiciona-se CÁSSIO SCARPINELA BUENO pela inconstitucionalidade do dispositivo:

Não é difícil verificar que o dispositivo veda o que é mais caro e crucial para o mandado de segurança: a *imediatez* e a grande *eficácia* das ordens nele proferidas e dirigidas à autoridade apontada como coatora para *pronto* acatamento. Vedar, pura e simplesmente, a possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança é, nessa medida, providência flagrantemente inconstitucional. E já o era quando da promulgação da lei, considerando a previsão do art. 141, § 24, da Constituição Federal de 1946, então vigente.²⁰⁷ (grifo no original)

Reitera-se, todavia, que dificilmente estarão presentes os requisitos, em tais hipóteses, para a concessão da tutela antecipatória, mormente, como se viu, no que se refere à constatação do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Não obstante o entendimento aqui exposto de que se deve analisar o caso concreto trazido perante o Estado-juiz, o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, decidiu no sentido da impossibilidade de concessão de liminar para a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou ainda a concessão de aumento ou extensão de vantagens²⁰⁸.

²⁰⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*, p. 27.

²⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.024/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2001.

²⁰⁸ “Agravo regimental em suspensão de segurança. Lei estadual n.º 10.640. Servidor inativo. Isonomia remuneratória. Lei n.º 4.348/1964. Concessão de liminar. Impossibilidade. Tesoueiros aposentados do DER/PE. Equiparação. Impossibilidade. Extensão de parcela isonômica remuneratória a servidores inativos por medida liminar em mandado de segurança. Inobservância ao disposto no artigo 5º da Lei n.º 4.348/64, que impede a concessão de cautelar que determine a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de

Todavia, em análise dos casos concretos que se apresentaram perante o Poder Judiciário, os Tribunais Superiores decidiram que em determinadas hipóteses não se aplica a restrição prevista no art. 1º da Lei n.º 9.494/97, podendo ser concedida a antecipação de tutela nas ações que objetivem restabelecer o servidor público ao cargo que ocupava anteriormente, desde que não conceda antecipadamente o pagamento dos vencimentos atrasados;²⁰⁹ que impede a inscrição de débito em dívida ativa;²¹⁰ a antecipação de tutela inibitória para impedir o desconto previdenciário em remuneração de servidor público;²¹¹ a antecipação de tutela para promover a sustação de ato de exoneração de servidor público, garantindo-lhe a acumulação com os proventos da inatividade;²¹² a reintegração do autor ao serviço público²¹³ e a liberação de verbas de caráter alimentar.²¹⁴ O STJ decidiu que é possível conceder tutela antecipada para impedir a incidência de desconto previdenciário na remuneração de servidores públicos, uma vez que essa

vantagens. Agravo regimental desprovido”. (STF – AgReg em SS 2280/PE – Tribunal Pleno – rel. Min. Maurício Corrêa – v. u. – j. em 22/04/2004 – DJU 28/05/2004, p. 7)

²⁰⁹ “2. O provimento antecipatório que se limita a restabelecer o status *quo ante* de servidor, abstendo-se de conceder o pagamento dos vencimentos atrasados, não configura afronta ao quanto decidido no julgado proferido na ADC 4. Agravo regimental desprovido”. (STF – AgRg na Recl. 2421/BA – Tribunal Pleno – rel. Min. Eros Grau – j. em 23/09/2004 – DJU 17/12/2004, p. 32)

²¹⁰ “Reclamação. Tutela antecipada. Decisão que, antecipando a tutela nos autos de ação anulatória, impediu a inscrição de débito fiscal na dívida ativa e a consequente execução fiscal. Inexistência de desrespeito à decisão do Plenário na ADC n.º 4. Reclamação improcedente”. (STF – Recl. 1161/PI – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 28/11/2002 – DJU 19/12/2002, p. 72)

²¹¹ “Reclamação. Tutela antecipada. Decisão que, antecipando a tutela nos autos de ação ordinária, impediu descontos a título de contribuição previdenciária do servidor. Inexistência de desrespeito à decisão do Plenário na ADC n.º 4. Reclamação improcedente”. (STF – Recl. 1601/SE – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 28/11/2002 – DJU 19/12/2002, p. 72)

²¹² “O benefício objeto da antecipação de tutela foi a determinação de sustação do ato de exoneração de Procurador do DER/PI ao qual foi assegurada a acumulação de proventos da inatividade com os vencimentos do cargo de advogado da reclamante, direito este garantido pela Emenda 20/98. A autoridade reclamada ao conceder referida antecipação de tutela antecipada, não incorreu em afronta aos ditames do art. 1º da Lei 9.494/97 nem ao que foi decidido por esta Corte na ADC-4. Reclamação julgada improcedente”. (STF – Recl. 1810/PI – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 28/11/2002 – DJU 19/12/2002, p. 72)

²¹³ “V - Esta Corte tem se pronunciado no sentido da possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública e que, nessa hipótese, em se tratando de verba de natureza alimentar, é dispensável a prestação de caução. VI – Cabe a concessão de antecipação de tutela para a reintegração do autor à atividade militar e a realização de tratamento médico, porquanto devem ser interpretados restritivamente os arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/97. Precedentes”. (STJ – REsp. 663578 – 2004/00728086/RS – 5ª T. - rel. Min. Felix Fischer – j. em 15/03/2005 – DJU 16/05/2005, p. 393)

²¹⁴ “3. A regra inserta no art. 1º da Lei n.º 9.494/97 não é absoluta, devendo ser aplicada com abrandamentos em situações, como a dos autos, que envolvam restabelecimento de benefício de natureza alimentar”. (STJ – Ag. no Al. 551157 – 2003/01670010/RS – 5ª T. - rel. Min. Laurita Vaz – j. em 16/12/2004 – DJU 28/02/2005, p. 350)

medida não se configura extensão de vantagem pecuniária a servidor público, mas enfrentamento jurídico de desconto tributário cuja parte entende ser ilegal.²¹⁵

Ainda com relação ao art. 5º da Lei n.º 4.348/64, seu parágrafo único prescreve que “os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

Semelhante a essa restrição, a Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24/08/2001, inseriu o art. 2º-B à Lei n.º 9.494/97, dispondo que sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado.

Os julgados colacionados acima demonstram que, mesmo após a inserção do art. 2º-B à Lei n.º 9.494/97, a tutela antecipada vem sendo concedida ainda que importe em inclusão em folha de pagamento. Pela análise daqueles julgados, percebe-se a tendência de se permitir a antecipação de tutela quando tiver por objeto o restabelecimento, na folha de pagamento, do pagamento de benefícios que anteriormente estavam sendo pagos. Na prática, a proibição do art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97 e do parágrafo unido do art. 5º da Lei n.º 4.348/64 referem-se ao pagamento ou à inclusão de novas verbas, que até então não faziam parte do orçamento.²¹⁶

A efetivação (execução!) da sentença somente poderá se dar após o seu trânsito em julgado. Em outras palavras, tratar-se de simples dispositivo concedendo efeito suspensivo a todos os recursos em sede de mandado de segurança que vise à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou

²¹⁵ “É cabível a concessão de tutela antecipada para impedir o desconto de contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de função comissionada, porquanto não se trata de extensão de vantagem a servidores públicos e sim do enfrentamento jurídico do desconto tributário reputado ilegal pelos Tribunais Superiores. Não se está diante das hipóteses impeditivas do art. 2º-B, da Lei n.º 9.494/97”. (STJ – REsp. 614715 – 2003/0216986-6/RS – 1ª T. - rel. Min. Francisco Falcão – j. em 27/04/2004 – DJU 30/08/2004, p. 222)

²¹⁶ “III - O artigo 2º-B da Lei n.º 9.494/97 determina que somente poderá ser executada a sentença, após o trânsito em julgado, em se tratando de pleitos atinentes a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores. IV - No caso dos autos, percebe-se que o pleito deferido pelo Tribunal *a quo* foi, tão somente, a restauração de benefício outrora negado, ou seja, hipótese não contemplada pelo art. 2º-B da Lei 9.494/97, razão pela qual, deve a norma ser interpretada restritivamente, que não impõe óbice ao restabelecimento de um status *quo ante*. Precedentes”. (STJ – AgRg no REsp. 663854/DF – 2004/00765714 – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – j. em 02/06/2005 – DJU 20/06/2005, p. 358).

ainda a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Trata-se de hipótese em que até mesmo os recursos especial e extraordinário serão recebidos com efeito suspensivo, por expressa determinação do parágrafo único do art. 5º da Lei n.º 4.348/64.

Entretanto, se se considerar, como feito acima, que é possível, ainda que *in abstracto*, a antecipação dos efeitos da tutela no caso em comento, é de se admitir que também o parágrafo único do art. 5º da Lei n.º 4.348/64 não seja aplicável. Com efeito, não é possível vislumbrar a antecipação dos efeitos da tutela se esta não puder ser, imediatamente, efetivada. Assim, considerando-se possível a concessão de liminar nestes casos, é de se considerar também possível a sua efetivação, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 5º:

Por essas razões, porque o dispositivo, flagrantemente, agride a eficácia imediata, constitucionalmente desenhada ao mandado de segurança, é inconstitucional. Não é despidendo frisar, ademais, que sentença concessiva de mandado de segurança – bem como sua liminar – rigorosamente não tem efeitos *condenatórios*. Seus efeitos – os preponderantes ao menos – são *mandamentais*, razão suficiente, aliás, para significar a *necessidade* de sua pronta e imediata força e eficácia, sob pena de frustrar sua própria razão de ser.²¹⁷ (grifo no original)

Na esteira da interpretação que vem sendo dada ao art. 1º da Lei n.º 9.494/97, conforme será visto no item seguinte, a vedação constante do art. 2º-B do mesmo diploma legal não se aplica quando a antecipação de tutela se refere à proteção de direitos irrenunciáveis, como a vida, a saúde, a integridade física, dentre outros.²¹⁸

Atente-se para o fato de que o art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97 se refere expressamente à execução da sentença, e não à tutela antecipada concedida em decisão interlocutória, podendo-se aplicar a este dispositivo os mesmos comentários feitos à não exigibilidade do reexame necessário para a efetivação da tutela antecipada, como será visto adiante.

²¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*, p. 206.

²¹⁸ “3. A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado firmemente no sentido de, bem sopesada a ratio legis que motivou o legislador ao editar o art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97, excetuar a regra a fim de fazer valer direitos irrenunciáveis.” (STJ – REsp. 659200 – 2004/00509040/DF – 6ª T. – rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. em 21/04/2004 – DJU 11/10/2004, p. 384)

Por fim, resta analisar o art. 7º da mesma Lei n.º 4.348/64, que dispõe, *in verbis*: “O recurso voluntário ou ‘ex officio’, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Esse artigo está repleto de incorreções. Primeiramente, porque não se trata de recurso voluntário ou “ex officio”, mas de reexame necessário: não é possível conceber que se trata de instituto caracterizado como recurso do magistrado contra sentença proferida por ele próprio. Como bem ensina NELSON NERY JUNIOR, de recurso não se pode tratar, uma vez que lhe falta tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, todas características próprias dos recursos.²¹⁹

Trata-se de reexame necessário, constituindo-se em condição de eficácia da sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público (CPC, art. 475, *caput*, I). Nessas hipóteses, a sentença, embora seja existente e válida, somente produzirá seus efeitos após pronunciamento do Tribunal que deverá confirmá-la ou reformá-la.

Vê-se desde logo a inutilidade do art. 7º da Lei n.º 4.348/64 ao determinar que o reexame necessário terá efeito suspensivo: o efeito suspensivo é o efeito próprio do reexame necessário, sendo sua própria razão de ser. Veja-se o próprio *caput* do art. 475 do CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal [...]”.

5.1.3 Pagamento de vencimentos e vantagens asseguradas a servidor público.

Continuando a análise do art. 1º da Lei n.º 9.494 de 10/09/1997, prescreve esse artigo, em sua segunda parte, aplicar-se à tutela antecipada prevista dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966.

²¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 813, nota 2 ao art. 475.

A Lei n.º 5.021/66 dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público. Em seu artigo 1º, prescreve, *in verbis*: “O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Em um primeiro momento, a análise desse artigo pode parecer paradoxal, uma vez que asseguraria ao servidor público apenas direito a receber o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias que vencessem a partir da data do ajuizamento da ação. Interpretando-se o dispositivo desta forma, chegar-se-ia ao entendimento de que os vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas antes da data do ajuizamento da ação estariam, de certa forma, prescritos ou caducados, não podendo mais ser pleiteados pelo servidor público.

Contudo, o art. 1º da Lei n.º 5.021/66, que ora se analisa, apenas expressa o entendimento dominante em sede doutrinária e jurisprudencial de que o mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo da ação condenatória de cobrança, entendimento que se encontra enunciado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 269: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.²²⁰

O mandado de segurança destina-se a proteger direito líquido e certo do jurisdicionado contra ato ilegal ou abuso de poder proveniente do Poder Público e seus agentes. Seu rito sumário foi justamente elaborado tendo-se em vista a gravidade e urgência de proteção daqueles direitos que, cabalmente demonstrados pelo cidadão, encontram-se violados ou ameaçados de lesão por ato ilegal ou eivado de abuso de poder proveniente da esfera pública. O espírito do legislador e da própria lei, ao estabelecer esse rito especial, não o destinou para a cobrança de dívida pecuniária, remetendo esta pretensão para as vias ordinárias da ação condenatória.

²²⁰ Igualmente oportuna a transcrição da Súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria”.

A própria Lei n.º 1.533/51, que estabelece as normas processuais relativas ao mandado de segurança, envereda-se por esse mesmo entendimento ao dispor, em seu art. 15, que “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Analisando-se o disposto neste art. 15, resulta que a própria lei que regula as normas processuais relativas ao mandado de segurança, *a contrario sensu*, remete a cobrança dos direitos patrimoniais a outra ação que seja a adequada para tanto.

Após essa visão geral sobre a não utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação condenatória de cobrança, as disposições do art. 1º da Lei n.º 5.021/66 tornam-se mais lógicas e consentâneas com o ordenamento jurídico. Assim, esse dispositivo legal, ao impedir o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, em sede de mandado de segurança, relativamente a prestações vencidas antes da propositura da ação, está simplesmente impedindo a utilização do *mandamus* com o objetivo de cobrar os efeitos patrimoniais oriundos do ato ilegal, em consonância com o disposto no art. 15 da Lei n.º 1.533/51. Quanto às prestações vencidas antes da propositura do mandado de segurança, deverá o servidor público utilizar-se das vias ordinárias da ação de cobrança.

Entretanto, o art. 1º da Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 estabelece a aplicação do art. 1º da Lei n.º 5.021/66 à antecipação da tutela prevista nos arts. 273 e 461 do CPC. A conjugação de todas essas disposições resulta no seguinte enunciado: a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, concedida em qualquer espécie de ação, não poderá determinar o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas em data anterior ao ajuizamento da ação. Em outras palavras, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas anteriormente à propositura da ação não poderá ser objeto de antecipação da tutela para o fim de determinar seu pagamento.

Em um primeiro momento, e *a contrario sensu*, tais dispositivos estariam permitindo que o magistrado antecipe os efeitos práticos da tutela jurisdicional para o fim de determinar o pagamento de todos os vencimentos e vantagens pecuniárias que vencessem a partir da data da propositura da ação. Entretanto, isso não seria possível, uma vez que estaria vedado por outros dispositivos: o art. 5º da Lei n.º 4.348/64, c/c o art. 1º da Lei n.º 9.494/97, que

impedem a antecipação da tutela que vise à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de vantagens para servidor público. Quanto a esta vedação, conferir o que foi exposto no tópico precedente.

Quanto à proibição constante do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 5.021/66, o mesmo está em consonância com a Súmula 269 do STF e art. 15 da Lei n.º 1.533/51, impedindo a utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação de cobrança. Entretanto, o art. 1º da Lei n.º 9.494/97 estendeu tal proibição para toda e qualquer espécie de ação, proibindo-se, *in casu*, a antecipação da tutela condenatória.²²¹

O § 4º do mesmo art. 1º da Lei n.º 5.021/66 expressamente prescreve a proibição de antecipação da tutela condenatória, impedindo a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

O presente estudo não tem por objetivo ingressar em tal controvérsia, uma vez que visa apenas ao estudo da possibilidade da concessão, *in abstracto*, da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública e, *in concreto*, da antecipação da tutela inibitória. Entretanto, e para que não se deixe a questão totalmente em branco, a solução mais adequada e equânime seria aquela já esposada no item precedente, que advoga a inconstitucionalidade de toda espécie de limitação ou impedimento absoluto, *in abstracto*, que impeça a concessão da tutela jurisdicional que se apresente necessária à proteção e efetivação dos direitos. Nesse sentido, leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI que “em direito não há lugar para absolutos: não pode ser descartada situação em que, presentes todos os pressupostos mencionados, a antecipação do valor dos danos seja, por alguma circunstância, indispensável”.²²²

Os Tribunais vêm reiteradamente decidindo que não se aplica a restrição prevista no art. 1º da Lei n.º 9.494/97 nas hipóteses cuja denegação da

²²¹ A antecipação da tutela condenatória é tema que vem gerando as mais profícuas controvérsias entre os estudiosos do processo civil, encontrando grande resistência por expressiva parte da doutrina.

²²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer*, p. 119.

tutela antecipada ocasionaria ameaça à saúde²²³, integridade física ou a própria sobrevivência do demandante.²²⁴

Sob esse fundamento, firmou-se no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual seria possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, sem ofensa ao art. 1º da Lei n.º 9.494/97, para determinar ao Estado que promovesse o imediato reembolso aos hospitais pelos serviços prestados em substituição ao Sistema Único de Saúde, utilizando-se de índices que representem a correta (des)valorização da moeda com a implantação do Plano Real. Essa exceção lastreia-se no fato de os hospitais particulares estarem prestando serviços que visam à preservação do direito à saúde, devido à insuficiência da prestação dos serviços de saúde pública. A saúde e a vida da população constituir-se-iam em valores constitucionalmente primordiais, cuja proteção imediata é necessária ao cumprimento de dever do Estado.²²⁵

²²³ “Administrativo e processual civil. Saúde pública. Fornecimento de tratamento para câncer leucêmico crônico. Antecipação dos efeitos da tutela. Inaplicabilidade, no caso, do art. 1º da lei 9.494/97. Inocorrente o risco de irreversibilidade da medida, porque é encargo constitucional do poder público a garantia de saúde e qualidade de vida a todos”. (TRF 4ª Região – AI 2005/04010306399/SC – 3ª T. - rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – j. em 24/10/2005 – DJU 30/11/2005, p. 399) No mesmo sentido: 1. O ente político em tela não se exime do cumprimento de ordem deferitória de antecipação de tutela ao argumento de ausência de previsão orçamentária, pois consabido possuir várias fontes de receita e meios orçamentários de realocação de verbas. Também não lhe socorre a alegada prejudicialidade que a medida acarreta aos usuários que porventura necessitem dos serviços públicos de saúde. 2. Afastada a alegada ingerência do Poder Judiciário na esfera administrativa, bem como o empeco ao concessório objurgado, não havendo a incidência da Lei n.º 9.494/97. 3. Presente a conjugação dos pressupostos legais a tanto, defere-se pedido de antecipação de tutela para que a União custeie tratamento emergencial de saúde, notadamente ante à envergadura constitucional do direito correspondente. (TRF 4ª Região – AI 2004/0401035692/RS – 4ª T. - rel. Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde – j. em 01/06/2005 – DJU 20/07/2005, p. 613)

²²⁴ “Este Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista decisão do Supremo Tribunal Federal, firmou sua jurisprudência no sentido de ser inaplicável a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública enquanto pendente de julgamento definitivo a ação direta de constitucionalidade relativa à Lei n.º 9.494/97. Todavia, esta Corte Superior, atenta à impossibilidade de aplicação irrestrita da mencionada vedação, o que poderia gerar danos irreparáveis à parte em situações peculiares, terminou por admitir a antecipação dos efeitos da tutela em detrimento da Fazenda Pública em hipóteses especialíssimas, nas quais a denegação do pedido implicaria em ameaça à própria sobrevivência do demandante. Precedentes”. (STJ – REsp. 463778 – 2002/0112799-8/RS – 6ª T. - rel. Min. Vicente Leal – j. em 26/11/2002 – DJU 19/12/2002, p. 504)

²²⁵ “[...] 3. Mercê do direito evidente, os hospitais que atendem parcela ponderável da população, fazendo às vezes do SUS, necessitam do reembolso iminente das verbas pelos seus valores reais para implementarem, em nome do Estado, o dever de prestar saúde a todos. A saúde, como de sábeça, é direito de todos e dever do Estado. 4. A tutela antecipada contra o Estado é admissível quando em jogo direitos fundamentais como o de prestar saúde a toda a coletividade. Proteção imediata do direito instrumental à consecução do direito-fim e dever do Estado. 5. Tutela antecipatória deferida em favor de Hospitais, que lidam com a prestação de serviços à comunidade carente, visa a preservação do direito personalíssimo à saúde. Inaplicação do art. 1º, da Lei n.º 9.494/97. [...]”. (STJ - AgRg no REsp. 635949 – 2004/004158-3/SC – 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux – j. em 21/10/2004 – DJU 29/11/2004, p. 252) No mesmo sentido: (STJ – REsp. 435999 – 2002/00625291/RS – 1ª T. – rel. Min. José Delgado j. em 13/08/2002 – DJU23/09/2002, p. 386).

Ao tecer seus comentários sobre o art. 1º da Lei n.º 9.494/97 EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA traz exemplo de aplicação da tutela antecipada em hipóteses de concessão de pagamento de vencimentos a funcionário público:

Nota-se aqui uma ilusão tipicamente tecnocrática de tentar suprimir por determinações escritas e artificiosas toda a constelação de valores regentes da ética processual de urgência, como se *ex vi legis* fosse possível controlar as situações de perigo oferecidas pela vida e obstar os juízes de sensibilizarem-se com elas. Pergunta-se: seria possível a um togado sensato negar antecipação de tutela a um servidor público que se encontra em petição de miséria e a quem se tenha negado o acréscimo dos vencimentos, a que faria jus, por comprovada perseguição política de seus superiores hierárquicos?²²⁶

Registre-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4/DF, tendo como relator o Ministro Sydney Sanches, para suspender a eficácia, até o julgamento final da ADC, das decisões que concedam tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97, em decisão que restou desta maneira ementada:

Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494, de 10.09.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública – Medida Cautelar: cabimento e espécie na A.D.C – Requisitos para sua concessão. 1. Dispõe o art. 1º da Lei n.º 9.494, de 10.09.1997: “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 n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992”. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior – o STJ – a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da CF, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n.º 1. Art. 265, IV, do Código de

²²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*, p. 25.

Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da CF. 5. Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder *medida cautelar* que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do STF: RTJ 76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (*fumus boni iuris*). Precedente: ADIMC – 1576-4. 7. Está igualmente atendido o requisito do *periculum in mora*, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97, de 10.09.1997, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido.²²⁷

Essa decisão, lastreada no art. 102, § 2º da CF, possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, de tal forma que qualquer discussão sobre a (in)constitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97 restaria prejudicada.²²⁸ A proibição prevista no art. 1º da referida lei englobaria, conforme recentes decisões do STF, a antecipação da tutela em ação ordinária de revisão de remuneração de servidor público, ainda que sob a forma de reajuste;²²⁹ antecipação de tutela em

²²⁷ STF – ADC-MC 4/DF – Tribunal Pleno – rel. Min. Sydney Sanches – j. em 11/02/1998.

²²⁸ “[...] A desobediência à autoridade decisória dos julgados proferidos pelo supremo tribunal federal importa em invalidação do ato que a houver praticado. A procedência da reclamação, quando promovida com o objetivo de fazer prevalecer o ‘imperium’ inerente aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, importará em desconstituição do ato que houver desrespeitado a autoridade da decisão emanada da Suprema Corte”. (STF – Recl. 1722/RJ – Tribunal Pleno – rel. Min. Celso de Mello – j. em 26/02/2003 – DJU 13/05/2005, p. 6)

²²⁹ “Reclamação. Antecipação de tutela em ação ordinária de revisão de remuneração. Reajuste. Contrariedade ao que o STF decidiu no julgamento da ADC 4-MC. Agravo regimental improvido. É pacífico o entendimento da Corte no sentido de que há descumprimento da ordem da ADC 4 quando a tutela antecipada contra a Fazenda Pública envolve pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, ainda que sob a forma de ‘reajuste’. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão unânime”. (STF – AgRg na Recl. 2005/MS – Tribunal Pleno – rel. Min. Joaquim Barbosa – j. em 10/08/2005 – DJU 23/09/2005, p. 6)

ação que objetiva conceder ou restabelecer adicional de produtividade,²³⁰ ou auxílio-alimentação²³¹ e gratificação por desempenho,²³² por serem consideradas vantagem pecuniária; tutela antecipada que determina a ascensão funcional de servidor público;²³³ tutela antecipada que determina a imediata correção do cálculo de remuneração de servidor público.²³⁴

Pelo visto, a decisão em sede de medida cautelar na ADC 4/DF acima transcrita não cessou a discussão travada sobre a aplicabilidade do art. 1º da referida lei.

Conforme notícia SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA²³⁵, o próprio Supremo Tribunal Federal vêm mitigando o entendimento esposado na ADC 4, entendendo que a decisão nela proferida não se aplica em matéria de natureza previdenciária²³⁶. Esse entendimento constitui, hodiernamente, objeto da Súmula 729 do STF: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”. De tal forma que a medida cautelar proferida na ADC 4/DF não se aplica a matérias outras que não as que estão englobadas expressamente pelo art. 1º da Lei n.º 9.494/97. Isso significa que

²³⁰ “Inconstitucionalidade. Ação direta. Fazenda pública. Antecipação de tutela. Art. 1º da Lei n.º 9.494/97. Constitucionalidade reconhecida em medida liminar. ADC n.º 4. Servidor público. Vencimentos. Vantagem pecuniária. Adicional de produtividade. Tutela antecipada para garantir o pagamento. Suposto restabelecimento de parcela. Irrelevância. Ofensa configurada à autoridade da decisão da Corte. Liminar deferida. A decisão da ADC n.º 4 aplica-se a toda causa em que se postule pagamento de vantagem pecuniária, ainda que a título de seu mero restabelecimento”. (STF – AgRg na Recl. 2416/GO – Tribunal Pleno – rel. Min. Cezar Peluso – j. em 03/02/2005 – DJU 05/08/2005, p. 6)

²³¹ “Reclamação. Tutela antecipada. Auxílio-alimentação. Benefício que, caracterizando-se como vantagem pecuniária, não pode ser objeto de antecipação de tutela, nos termos do decidido em sede cautelar na ADC-4. Decisão deferitória da liminar que se mantém. Agravo regimental improvido”. (STF – AgRg na Recl. 1930/PR – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 01/08/2003 – DJU 01/08/2003, p. 102)

²³² STF – Recl. 1789/DF – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 24/12/2002 – DJU 07/02/2003, p. 26.

²³³ STF – Recl. 1941/CE – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 28/11/2002 – DJU 07/02/2003, p. 27.

²³⁴ STF – Recl. 1755/RN – Tribunal Pleno – rel. Min. Ellen Gracie – j. em 07/08/2002 – DJU 06/09/2002, p. 67.

²³⁵ FERREIRA, Sérgio de Andrea. Realização de liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 177-178.

²³⁶ STF – Recl. 1122/RS – rel. Min. Néri da Silveira – j. em 30.05.2001: “A decisão na ADC 4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei n.º 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei n.º 5021, de 9.6.1966, não concernem a benefício previdenciário garantido e assegurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos”.

[...] juízes e tribunais – sem incorrerem em desrespeito à eficácia vinculante decorrente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do pedido de medida cautelar formulado na ADC-4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches – poderão antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do Poder Público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei n.º 9.494/97.²³⁷

Esse entendimento resulta, inclusive, de interpretação sistemática do ordenamento jurídico. O art. 151, IV e V do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2005, estabelece como hipóteses de suspensão do crédito tributário a “concessão de medida liminar em mandado de segurança” e “a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.²³⁸

A partir da análise do art. 151 do CTN, conclui-se ser o próprio ordenamento jurídico que permite a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em hipóteses de discussão do crédito tributário, promovendo a suspensão da exigibilidade deste último, a indicar que as proibições de concessão de medida cautelar ou antecipatória constituem exceções, que devem ser interpretadas restritivamente.

5.1.4 Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública em ações cautelares e de natureza preventiva. Extensão da proibição a outras espécies de ações

O *caput* do art. 1º da Lei n.º 8.437, de 30/06/1992 prescreve não ser cabível “medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que

²³⁷ FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública*, p. 177-178.

²³⁸ “[...] com a procedência de ação declaratória de inexigibilidade de determinado tributo contra a Fazenda Pública, fica esta inibida de promover a correspondente ação de execução fiscal. Ora, este efeito inibitório da procedência da ação declaratória é suscetível de ser antecipado, de modo a conduzir à suspensão da exigibilidade do crédito tributário”. ALVIM, Eduardo Arruda. *As tutelas de urgência e o poder público – algumas considerações sobre a LC 104/2001*. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, jan./fev. de 2002, n.º 42, p. 163.

providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

Ocorre que essa proibição, hodiernamente, não se limita apenas às ações de natureza cautelar ou preventiva, estendendo-se a toda e qualquer espécie de ação conforme prescrito no art. 1º da Lei n.º 9.494/97: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto [...] nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992”.

Segundo o entendimento que se extrai da conjugação desses dispositivos, não seria possível a concessão da antecipação da tutela nas hipóteses em que não caiba a impetração de mandado de segurança que, por sua vez, estão dispostas no art. 5º da Lei n.º 1.533/51.

O art. 5º da Lei n.º 1.533/51 impede a concessão do mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução (I), de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção (II), e de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (III).

A conjugação do art. 1º da Lei n.º 8.437, de 30.06.1992, com o art. 1º da Lei n.º 9.494/97 e o art. 5º, I da Lei n.º 1.533/51, proíbe a concessão de antecipação da tutela que tenha por objeto ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. Tal proibição afigura-se inconstitucional, diante de todos os fundamentos expostos anteriormente no presente estudo, infringindo flagrantemente os princípios fundamentais do Estado de Direito e o direito fundamental do cidadão em ingressar com ação junto ao Poder Judiciário para a obtenção da tutela jurisdicional. Nesse sentido, TERESA ARRUDA ALVIM, para quem

Todas as leis restritivas à concessão de liminares são, em nosso sentir, inconstitucionais. No que tange ao Mandado de Segurança, pensamos que as liminares lhe são conaturais. [...] pode-se dizer que esta função é inerente e está implicada com o princípio da ubiquidade da Jurisdição ou da inafastabilidade da possibilidade de controle de toda lesão de direito pelo Poder Judiciário.²³⁹ (grifo no original)

²³⁹ ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 33.

Admite-se, v. g., o mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo quando o interessado tenha deixado transcorrer o prazo para a interposição do recurso sem recorrer.²⁴⁰ Da mesma forma, a existência de recurso dotado de efeito suspensivo em processo administrativo voltado contra omissão do Poder Público não impede a propositura do mandado de segurança, uma vez que, se há omissão, não há como suspender seus efeitos.²⁴¹ Nesse sentido é o teor da Súmula 429 do STF: “A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”. O entendimento exposto nesta Súmula indica que as limitações previstas no art. 5º da Lei n.º 1.533/51 são mitigadas diante do caso concreto, inclusive pelos tribunais superiores.

A proibição de interposição de mandado de segurança quando haja recurso administrativo com efeito suspensivo deve ser estudado sob o prisma do interesse de agir. Sendo possível a interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo, faltaria ao impetrante interesse de agir, ausente a necessidade de impetração do mandado de segurança.²⁴² Esse é o entendimento a que parece chegar CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, ao comentar o inciso I do art. 5º da Lei n.º 1533/51. Inicialmente, afirma esse autor que o cabimento de recurso administrativo com efeito suspensivo, cuja interposição não exija a prestação de caução, retiraria o interesse de agir do impetrante do mandado de segurança, que não teria interesse jurídico na sua impetração. Logo em seguida, o autor minimiza essa posição:

A hipótese descrita no inciso I do art. 5º da Lei n.º 1.533/51 não pode, entretanto, conduzir ao afastamento da impetração toda vez que o impetrante desistir da esfera administrativa por liberalidade sua ou quando a esfera administrativa, por imposições legais, tornar-se onerosa, seja do ponto de vista temporal (demora indeterminada para apreciação do pleito do particular) ou do ponto de vista econômico (caucionamento para interpor recursos ou medidas equivalentes). Da mesma forma, quando a apresentação de recurso na esfera administrativa não for mecanismo apto para evitar a consumação da lesão ou da ameaça que fundamenta o questionamento do ato ou fato ainda em sede da Administração Pública.²⁴³

²⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 667.

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 667.

²⁴² FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16.

Ante a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional, demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, convencido o juiz da verossimilhança das alegações, não deve o magistrado ficar preso à restrição do art. 5º, I da Lei n.º 1.533/51 c/c o art. 1º da Lei n.º 8.437/92, sob pena de infringir direito e garantia fundamental, constitucionalmente previsto, além de estabelecimento de privilégio sem fundamento, a ferir o Estado Democrático de Direito.

Em síntese, se o recurso administrativo com efeito suspensivo não bastar para a tutela integral do direito da parte, deve-se admitir a interposição da ação mais adequada, concedendo a tutela, antecipada ou final, necessária para a efetiva proteção do direito.²⁴⁴

No que tange ao inciso II do art. 5º da Lei n.º 1.533/51, proibindo a concessão de mandado de segurança (e, portanto, também de antecipação da tutela), de despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto em lei ou possa ser modificado por via de correção, há muito tempo essa restrição vem sendo mitigada com referência à utilização do *mandamus* para a concessão de efeito suspensivo aos recursos, de modo que grande foi a quantidade de mandados de segurança interpostos visando a reforma de decisão judicial, principalmente no que se refere à concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento.²⁴⁵

Ocorre que as evoluções da lei, da doutrina e da jurisprudência formularam entendimento de que não há direito líquido e certo do recorrente em obter efeito suspensivo, gerando a improcedência da pretensão conduzida pelo *mandamus*.

Em sua substituição, passou-se a utilizar a medida cautelar incidental para a obtenção do efeito suspensivo do recurso, devendo-se demonstrar, para tanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Especial relevo deve ser dado, outrossim, às modificações no processamento do agravo, que passou a admitir a concessão, pelo relator do recurso, de efeito suspensivo à decisão recorrida, nos termos do art. 527, III do CPC.

Assim, pode-se esquematizar a aplicação desta restrição da seguinte maneira: a) ocorrendo preclusão devido à inércia da parte em recorrer da

²⁴³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.024/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

²⁴⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 305.

decisão que a prejudica, não pode o mandado de segurança ser utilizado fazendo as vezes do recurso não interposto em tempo²⁴⁶; b) para a concessão de efeito suspensivo a recurso, deve-se utilizar a medida cautelar incidental, uma vez que a concessão de tal efeito a recursos não é direito líquido e certo da parte; c) a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento pode ser obtida nos termos da previsão do art. 527, III do CPC.

A alteração no regime do agravo promovida pela Lei n.º 10.352/2001 reduziu drasticamente o número de mandados de segurança que objetivavam suspender a eficácia da decisão objeto do recurso de agravo de instrumento, uma vez que, na nova sistemática, o próprio relator poderá conceder recurso suspensivo ao recurso interposto, suspendendo a eficácia da decisão recorrida. O mesmo pode-se dizer do recurso de apelação recebido sem efeito suspensivo, a teor do art. 558, parágrafo único do CPC.

Duas importantes exceções fazem-se presentes diante dessas conclusões. A primeira delas é que a restrição sob comento somente se impõe para as partes do processo. Com relação a terceiro que não faz parte do processo, é-lhe plenamente possível a utilização do mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, ainda que haja recurso previsto em lei. Esse entendimento encontra ressonância com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁴⁷ Esse entendimento é também objeto da Súmula 202 do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição do recurso”.

A segunda das exceções é que, diante de decisões teratológicas ou manifestamente ilegais e/ou inconstitucionais, é de se admitir o mandado de segurança. Há de se ter grande cautela quanto ao significado do que seja teratológico e manifestamente ilegal ou inconstitucional: se se der interpretação

²⁴⁵ Cf. ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁴⁶ Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

²⁴⁷ “Na esteira de culta doutrina (Hely Lopes Meireles, Seabra Fagundes e Arnaldo Wald), o terceiro prejudicado por ato judicial pode impugná-lo por mandado de segurança, mesmo que não tenha interposto o recurso cabível (na espécie, o agravo de instrumento). Isto porque, a escolha, nesta hipótese, é faculdade do interessado que, na maioria das vezes, não pretende discutir os méritos da lide, mas apenas livrar-se dos efeitos do ato judicial que lhe prejudicou e atingiu seus direitos. 2 - Precedentes (STF, Plenário, RE n.º 80.191/SP e 81.983/SP e STJ, RMS n.º 2.775/SP)”. (STJ - RMS 12226 – 4ª T. – rel. Min. Jorge Scartezini – j. em 02/12/2004 – DJU 17/12/2004, p. 546)

muito abrangente a tais conceitos, corre-se o risco de anular a serventia do instituto da preclusão, o que, por certo, causaria tumulto processual.²⁴⁸

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que não se aplica a restrição prevista no inciso II do art. 5º da Lei n.º 1.533/51 sob comento, quando não houver previsão de recurso ou correição capaz de atacar a ilegalidade do ato judicial.²⁴⁹

A última hipótese do art. 5º da Lei n.º 1.533/51 é a que proíbe a concessão de segurança e, portanto, também de antecipação da tutela, quando a pretensão se referir a ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. Segundo a própria disposição legal, se a questão a ser discutida referir-se à prática do ato disciplinar por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial, não há dúvida de que é possível a concessão da segurança e também a antecipação da tutela. A restrição refere-se à conveniência e oportunidade de aplicação do ato disciplinar. Assim, em relação ao ato disciplinar, “sempre será possível ao Judiciário, inclusive através de mandado de segurança, analisar os elementos do ato administrativo: sujeito ou agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade”.²⁵⁰

A restrição no que tange à conveniência e oportunidade da aplicação do ato disciplinar deve, com efeito, ser mantida, de modo que o Poder Judiciário não deve interferir na escolha discricionária do órgão administrativo que aplicará o ato disciplinar. Entretanto, de acordo com o entendimento formulado para o inciso II, do art. 5º, também nesta hipótese o Poder Judiciário deverá interferir no ato disciplinar quando aplicado em flagrante desrespeito à ordem jurídica e aos fatos cabalmente provados no processo administrativo. Novamente aqui se deve ter o máximo cuidado

²⁴⁸ “[...] 2. Em mandado de segurança, só se aceita impugnação de ato judicial quando a decisão se mostra teratológica e/ou manifestamente ilegal [...]”. (STJ – RMS 18070/RJ – 2ª T. – rela. Min. Eliana Calmon – j. em 19/10/2004 – DJU 13/12/2004, p. 267) No mesmo sentido: “1. O mandado de segurança é via imprópria para atacar ato judicial passível de recurso próprio, consoante o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/51, e na Súmula 267/STF. Precedentes do STJ. 2. Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano de difícil ou incerta reparação, e o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança para atacar ato judicial. O caso concreto, todavia, é que revelará, bem ponderados os seus contornos, se deve prevalecer tal regra ou a sua exceção”. (STJ – RMS 16436/MA – 5ª T. – rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. em 06/12/2005 – DJU 03/04/2006, p. 368)

²⁴⁹ “3. A jurisprudência da Corte somente tem admitido a impetração de mandado de segurança contra ato judicial em situações excepcionais, quando não existir recurso ou correição capaz de atacar a ilegalidade, abusividade ou teratologia da decisão”. (STJ – RMS 19689/MA – 2ª T. – rel. Min. Castro Meira – j. em 15/09/2005 – DJU 03/10/2005, p. 157)

²⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*, p. 306.

para não nulificar a restrição contida no inciso III do art. 5º, nem de interferir na independência entre os poderes. Mas os casos de flagrante ilegalidade e abuso devem ser conhecidos pelo Poder Judiciário, em hipóteses de gravidade manifesta de abusividade e ilegalidade, como forma de proteção a toda a ordem jurídica e ao Estado de Direito.²⁵¹ Nesse sentido, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, em seus comentários ao inciso III do art. 5º da Lei n.º 7.533/51:

Nessas condições, mesmo que se trate de ato disciplinar, seu controle jurisdicional via mandado de segurança não pode ser descartado de plano. Faz-se necessário prévio exame do ato para verificar em que condições ele, embora discricionário ou, quando menos, rotulado de discricionário, foi praticado e em que condições os padrões de legalidade e de juridicidade que devem presidir a prática de *qualquer* ato administrativo foram observados. Se nesse exame se constatar que tais padrões foram devidamente observados – inclusive quanto à competência do agente e à observância das ‘formalidades essenciais’ – descabe a anulação do ato mesmo em sede de mandado de segurança. O que não pode prevalecer é que por detrás de um ato chamado de ‘discricionário’ se esconda ilegalidade ou abusividade de poder. Havendo suspeita da ocorrência de qualquer desses vícios, o mandado de segurança (e, mais amplamente, o controle jurisdicional) tem pleno cabimento, não sendo óbice a *letra* do dispositivo em análise.²⁵² (grifo no original)

Excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça vem afastando a restrição do art. 5º, III da Lei n.º 1.533/51 para, em sede de mandado de segurança, corrigir a desproporcionalidade da penalidade imposta em processo administrativo disciplinar.²⁵³

²⁵¹ “Recurso especial. Administrativo e processual civil. Militar. Punição. Ato administrativo. Desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Possibilidade de exame via ação mandamental. Descabimento da alegação de afronta ao art. 8º. Cabível ação mandamental contra ato disciplinar quando se invoca inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Violação do art. 5º, III da Lei Mandamental não caracterizada. Inviável a discussão, na espécie, sobre possível afronta ao art. 8º da mesma lei. Recurso desprovido”. (STJ – REsp. 639850/RS – 5ª T. – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. em 18/10/2005 – DJU 21/11/2005, p. 278)

²⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*, p. 51.

²⁵³ “Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de farto entendimento jurisprudencial. Mesmo sendo clara em relação à ausência de comprovação de lesão ao erário e de dolo por parte do recorrente, a autoridade coatora entendeu pela presença da desídia, e assim alterou a capitulação da infringência, aplicando, com evidente falta de proporção, a pena demissória. Recurso provido, com a concessão parcial da ordem para determinar a anulação da demissão e a conseqüente reintegração do recorrente, resguardando à autoridade coatora a aplicação da penalidade sugerida pela Comissão”. (STJ – RMS 19774/SC – 5ª T. – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. em 08/11/2005 – DJU 12/12/2005, p. 398) No mesmo sentido: 6. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da

Após esse exame das limitações contidas nos incisos do art. 5º da Lei n.º 1.533/51, chega-se à conclusão de que nenhuma restrição deve ser considerada em absoluto, devendo sempre ceder às particularidades e necessidades do caso concreto. Entendimento idêntico é o exposto por NELSON NERY JUNIOR:

As limitações impostas pela LMS 5º à admissibilidade do *writ* são inconstitucionais. Não pode a lei ordinária limitar o exercício de instituto previsto e regulado expressamente na CF 5º LXIX, norma constitucional essa que tem competência exclusiva para fixar as peias e as amarras do mandado de segurança. Como a CF 5º LXIX não remeteu o regulamento do MS para a lei, os requisitos para a concessão do *writ* são somente aqueles que a norma constitucional estipula. A lei somente pode traçar regras para o procedimento do MS, mas não sobre o *direito material processual* ao MS. Doutrina e jurisprudência têm minimizado ou mesmo desconhecido essa limitação da LMS 5º.²⁵⁴

Tendo sido o mandado de segurança instituído pelo legislador Constituinte, e não tendo este imposto qualquer limitação para a concessão de liminares, não se pode considerar o legislador infraconstitucional (nem mesmo o legislador dotado de poder constituinte derivado) dotado de poderes para restringir o que a Constituição deixou ilimitado em sua existência.²⁵⁵

Trata-se de garantir ao cidadão a proteção e efetivação de seus direitos que forem violados ou ameaçados de sê-lo. Conforme lição de CANOTILHO, trata-se de um direito subjetivo público do cidadão, que deve ter seu direito colocado em uma situação jurídica de proteção:

proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades da espécie. 7. Segurança preventiva concedida em parte, para que se abstenha o impetrado de aplicar a pena demissória, sem prejuízo da possibilidade da aplicação de reprimenda menos gravosa. (STJ – RMS 7983/DF – 3ª Seção – rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. em 23/02/2005 – DJU 30/03/2005, p. 131)

²⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1596, nota 3 ao art. 5º da Lei n.º 1.533/51. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes: “Assim, presentes os requisitos necessários à liminar, seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados, pois a concessão da medida liminar será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que se restringira a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegido o direito líquido e certo do impetrante”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*, p. 308.

O sentido global resultante da combinação das dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é o de que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma *posição jurídica subjectiva*, cuja violação lhe permite exigir a protecção jurídica. Isto pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjectivo e se passe a incluir no *espaço subjectivo* do cidadão todo o *círculo de situações juridicamente protegidas*. O princípio da protecção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjectiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um *verdadeiro direito* ou *pretensão de defesa* das posições jurídicas ilegalmente lesadas.²⁵⁶

Assim, se o próprio artigo 5º da Lei n.º 1.533/51 vem sendo minimizado diante das considerações do caso concreto, também as disposições constantes do art. 1º da Lei n.º 8.437/92 e do art. 1º da Lei n.º 9.494/97 são, por consequência, relativizados, de modo a poder a antecipação da tutela ser concedida nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei do Mandado de Segurança, sempre que necessário for para a protecção do direito da parte.

5.1.5 Limite temporal das liminares concedidas em face da Fazenda Pública – Lei n.º 4.862/65.

A Lei n.º 4.357 de 16 de julho de 1964 proibia terminantemente a concessão de medida liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Pública, dispondo em seu artigo 39, *in verbis*: “Não será concedida medida liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Pública, em decorrência da aplicação da presente lei”.

Mesmo na época em que foi promulgada, a norma descrita pelo art. 39 da Lei n.º 4.357/64 recebeu severas críticas de todos os setores jurídicos, e logo recebeu a pecha da inconstitucionalidade.

Diante dessa situação, revogou-se expressamente o art. 39 da Lei n.º 4.357/64 com a promulgação da Lei n.º 4.862 de 29 de novembro de 1965 que, em seu art. 51, trouxe uma limitação temporal às liminares concedidas em mandado

²⁵⁵ Nesse sentido, ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *A liminar no mandado de segurança*, p. 222.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 392.

de segurança impetrado contra a Fazenda Pública. O dispositivo legal – ainda não revogado expressamente – possui a seguinte redação: “Art. 51. Fica revogado o art. 39 da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964, cessando os efeitos da medida liminar concedida em mandado de segurança contra a Fazenda Nacional, após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada a sua suspensão por Tribunal imediatamente superior”. Por sua vez, o art. 1º, b, da Lei n.º 4.348/64 prevê eficácia de apenas 90 dias às liminares concedidas em sede de mandado de segurança, prorrogáveis por mais 30 dias.

Esses dispositivos não podem ser considerados legais e constitucionais simplesmente pelo fato de estarem previstos em lei. Relembre-se que a concessão da tutela jurisdicional está lastreada em princípios e direitos fundamentais albergados pelo texto constitucional. De modo que

[...] a previsão em lei não garante a validade jurídica da regra concessiva de privilégio processual à Fazenda Pública. [...] se a diferenciação processual em benefício da Fazenda Pública não estiver lastreada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, será inconstitucional a regra jurídica que desigual.²⁵⁷

Se a proibição de concessão de medidas liminares em mandados de segurança – ou qualquer outra espécie de ação – movidos em face da Fazenda Pública configura-se inconstitucional, pelos mesmos motivos a inserção de um limite temporal para a vigência da liminar também se apresenta com o mesmo vício. Nesse sentido, TERESA ARRUDA ALVIM:

Parecem-nos indubitável e clarissimamente inconstitucionais as mencionadas limitações temporais, do mesmo modo que o são as regras em que se diz que em tal caso não se poderá conceder liminar e, Mandado de Segurança, como já frisamos, obviamente, pelas mesmas razões, uma vez que tanto é inconstitucional impedir a concessão de liminar, em tese, quanto fazer com que ela perca seus efeitos depois de escoado certo prazo, exclusiva e justamente por que este prazo se teria escoado. Poder-se-ia até dizer que neste caso está-se diante de inconstitucionalidade ainda mais flagrante, uma vez que se pressupõe que os pressupostos de concessão da liminar ainda estejam presentes, pois a liminar ‘caiu’ só em virtude de o prazo já se ter escoado.²⁵⁸

²⁵⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*, p. 14.

²⁵⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 34.

Ainda sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos que estabeleçam limitações temporais às liminares concedidas contra o Poder Público, lição de SÉRGIO FERRAZ:

Limitá-la de outra forma no tempo é flagrante e aberrante inconstitucionalidade: na verdade, a liminar existe para a salvaguarda do direito que é discutido, e, assim, há de considerar-se íntegra enquanto presentes seus pressupostos objetivos. Como o mandado de segurança tem por objetivo, sempre, a manutenção ou a recomposição, em si, do direito alegado como violado ou ameaçado, admitir-se uma outra regra limitativa temporal significa inviabilizar a própria garantia constitucional, vício incorrigível, inadmissível, insuportável.²⁵⁹

O provimento que concede a tutela jurisdicional antecipada deve vigor pelo tempo necessário para promover o completo afastamento de risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, não advindo novos elementos que afastem a verossimilhança das alegações do autor.

5.1.6 Suspensão da concessão de medidas liminares – Lei n.º 8.076/90.

A Lei n.º 8.076 de 23 de agosto de 1990, foi editada com a finalidade exclusiva de impedir a concessão de liminares, contra a Fazenda Pública, nas ações que visavam a declarar a inconstitucionalidade da retenção dos depósitos bancários, popularmente conhecido como Plano Collor.

Disponha o art. 1º da lei em comento: “Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e segs. do Código de Processo Civil, que versem matérias reguladas pelas disposições das Leis n.º 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 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”.

²⁵⁹ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 147-148.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que era incabível a concessão de liminares (cautelares ou antecipatórios), nas ações que visavam promover o desbloqueio dos cruzados, bem como que a sentença somente era exequível após o seu trânsito em julgado.²⁶⁰

Todavia, tratava-se de lei flagrantemente inconstitucional, ao infringir o Estado de Direito, furtando o Estado de submeter-se ao ordenamento jurídico, ferindo o princípio da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, rompendo com os limites da propriedade privada além de impedir ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário.²⁶¹

A aplicação do art. 1º da Lei n.º 8.076/90 infringiria o que CANOTILHO denomina como garantia de proteção judiciária, uma das garantias consubstanciadoras do Estado de Direito:

Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça o *princípio da efectividade dos direitos fundamentais*, proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das *questões de facto e questões de direito* suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes.²⁶²

O art. 1º da Lei n.º 8.076/90 tornou bem claro que os dispositivos legais que proíbem a concessão de liminares contra a Fazenda Pública possuem a finalidade de proteger atos ilegais e inconstitucionais do Estado, que se vale da

²⁶⁰ “Econômico. Processual Civil. Ação cautelar. Banco Central do Brasil. Caderneta de Poupança. Plano Econômico. Desbloqueio de cruzados. Correção monetária. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. Lei n.º 8.076/90. Recurso conhecido e provido. 1. A obrigatoriedade de submeter a sentença proferida contra autarquia federal (BACEN) ao reexame necessário, *in casu*, decorre da expressa disposição da Lei n.º 8.076/90, art. 1º, parágrafo único. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ – REsp. 66359/SP – 2ª T. – rel. Min. Adhemar Maciel – j. em 01/10/1998 – DJU 01/02/1999, p. 138)

²⁶¹ Cleide Previtali Cais traz a seguinte decisão, proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, declarando a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.076/90: “A Lei n.º 8.076, de 23/08/1990, é incompatível com a Constituição, pois, por via transversa, de forma oblíqua, atenta contra a garantia constitucional do mandado de segurança, com rito célere, ágil, hábil a afastar prontamente ilegalidade ou abuso do poder. A Constituição de 1988, ao permitir o amplo controle do Judiciário, até mesmo quando haja apenas ameaça de lesão a direito, faz com que as providências cautelares não possam ser proscritas por regras infraconstitucionais”. (TRF 3ª Região – Arguição de Inconstitucionalidade no MS 37.658 – Revista do TRF-3ª Região, arguições de inconstitucionalidade, período 1989-1993, p. 261 e ss). CAIS, Cleide Previtali. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 536, nota de rodapé n.º 292.

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 391.

morosidade e ineficiência do Judiciário para garantir, pelo maior tempo possível, a eficácia do ato ilegal e/ou inconstitucional perpetrado pelo Estado.

5.2 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E EXIGÊNCIA DE PRECATÓRIOS

Em geral, a necessidade de expedição de precatórios para a execução/realização dos créditos e pagamentos devidos pela Fazenda Pública, prevista constitucionalmente no art. 100 da CF, é elencada como óbice intransponível para a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Todavia, o regramento constitucional somente se apresenta como sério obstáculo nas hipóteses de antecipação da tutela condenatória, i. e., aquela que antecipa o dever de pagamento de quantia pecuniária, uma vez que o art. 100 da CF condicionaria o pagamento à existência de uma sentença judiciária, cuja realização do pagamento da quantia em que a Fazenda Pública foi condenada, far-se-ia exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.²⁶³

A doutrina, por sua vez, vem entendendo em sentido contrário, dada a natureza de urgência da tutela antecipada:

É certo que a execução contra a Fazenda Pública depende constitucionalmente do precatório, mesmo no caso de débitos de natureza alimentar como está assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mas isto não impede que uma liminar antecipatória seja veiculada por meio de precatório, já que a Constituição ao instituir esse regime executivo faz menção à 'sentença judiciária' mas não exige que se trate de decisório passado em julgado (art. 100, *caput*).²⁶⁴

Para a antecipação da tutela inibitória, entretanto, o art. 100 da CF não se constitui em óbice para sua concessão, na medida em que a tutela inibitória não guarda correlação com a existência de dano. A concessão da tutela inibitória

²⁶³ "A antecipação de tutela, em sendo satisfativa, encontra limite em se tratando de caso de pagamento do débito mediante precatório". (STJ – REsp. 200526/PR – 1999/0002037-5 – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. em 16/04/1999 – DJU 24/05/1999, p. 222)

²⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. *Genesis: Revista de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, ano 3, jul./set. de 1998, p. 483.

(antecipada ou não) em face da Fazenda Pública, não a condenará ao pagamento de nenhuma importância, mas consistirá exclusivamente na emissão de ordem determinando um fazer ou não-fazer apto a impedir a realização, manutenção ou continuação de um ilícito.

Não se olvida, contudo, que a ordem emitida vem, geralmente, acompanhada da cominação de multa, a incidir na hipótese de descumprimento. Todavia, como será visto adiante, a multa recairá sobre o servidor público responsável pelo descumprimento da ordem judicial. De tal forma que, para a tutela inibitória antecipada, o art. 100 da CF não se configura como obstáculo para sua concessão.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, ainda que consista na disponibilização de verba para o cumprimento da ordem, não se sujeita ao regime de precatórios, principalmente quando a concessão da tutela antecipada refere-se à preservação da saúde do indivíduo, considerando bem maior e constitucionalmente privilegiado.²⁶⁵

Nesse mesmo sentido a 5ª Turma do STJ decidiu que o art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97 não tem aplicação quando se trata de restauração de benefício que anteriormente ao suposto ato ilegal da Administração integrava a folha de pagamento.²⁶⁶

²⁶⁵ “[...] 3. Submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. [...] 5. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida”. (STJ – AgRg no Ag 706485/RS – 2005/0149597-9 – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – j. em 13/12/2005 – DJU 06/02/2006, p. 263)

²⁶⁶ “III - O artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 determina que somente poderá ser executada a sentença, após o trânsito em julgado, em se tratando de pleitos atinentes a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores. IV - No caso dos autos, percebe-se que o pleito deferido pelo Tribunal *a quo* foi, tão somente, a restauração de benefício outrora negado, ou seja, hipótese não contemplada pelo art. 2º-B da Lei 9.494/97, razão pela qual, deve a norma ser interpretada restritivamente, que não impõe óbice ao restabelecimento de um status *quo ante*. Precedentes”. (STJ – AgRg no REsp. 663854/DF – 2004/00765714 – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – j. em 02/06/2005 – DJU 20/06/2005, p. 358)

5.3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA E REEXAME NECESSÁRIO

Prevê o art. 475, I do CPC, que a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

Trata-se do instituto do reexame necessário, tratado acima no item 5.1.2. O reexame necessário é considerado condição de eficácia do provimento jurisdicional emitido. A necessidade do reexame necessário vem sendo apontada como um dos óbices a impedir a antecipação da tutela face ao Poder Público em geral. O principal fundamento para tanto reside na idéia de que a decisão interlocutória que concedesse a tutela antecipada teria mais eficácia e força que a própria sentença a ser emitida. Nesse sentido, RITA GIANESINI, para quem, “[...] ao se afastar o reexame necessário da hipótese, se estaria dando ao autor, preliminarmente, muito mais do que ele poderia vir a obter na própria sentença, o que é errado e ilógico”.²⁶⁷

Esse argumento não resiste a duas considerações que se lhe contrapõe:

a) a tutela antecipada é concedida sob o peso da iminência de um dano irreparável ou de difícil reparação, somado à verossimilhança das alegações apresentadas pelo autor. A sentença, ao ser proferida, não leva em consideração a ocorrência de dano ou a iminência da prática de um ato ilícito, tratando-se de técnica processual de acertamento da relação jurídica entre as partes, de formulação da regra jurídica concreta que regulará o litígio trazido perante o Estado-juiz. Assim, trata-se apenas de política legislativa prever institutos que condicionem a eficácia da

²⁶⁷ GIANESINI, Rita. Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. (Coords.) *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 173. No mesmo sentido: “Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, *a fortiori*, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença)”. CONTE, Francisco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. de 1995, n.º 718, p. 20.

sentença proferida, bem como a existência de recursos recebidos com efeito suspensivo. Não é o que ocorre com a tutela antecipada, cujo provimento, necessariamente, deve estar livre de toda e qualquer formulação que lhe retire a eficácia, como o reexame necessário, com exceção do efeito suspensivo concedido ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, por se tratar de prerrogativa inerente ao duplo grau de jurisdição. A efetividade da tutela antecipada é ínsita à urgência que a caracteriza, uma vez que de nada adiantaria uma técnica preocupada com a urgência, “que corre contra o tempo para evitar danos ao processo e ao seu conteúdo, se no momento em que fosse concedida a tutela existissem obstáculos que impedissem a sua plena e pronta realização”.²⁶⁸

b) conforme foi visto no item 3.2 acima, a tutela antecipada não é juridicamente satisfativa, exigindo, necessariamente, a sua confirmação pela sentença. Quanto à tutela jurisdicional concedida por meio da sentença, estar-se-á diante de tutela dita satisfativa, dotada de natureza definitiva, uma vez que regulará, de forma consistente e perene, a relação jurídica trazida ao Judiciário.²⁶⁹ Dessa forma, justifica-se, diante da existência de uma sentença, concedendo tutela jurisdicional definitiva, a previsão de institutos que visam a confirmar a tutela concedida, como, *in casu*, o reexame necessário. Diante de uma decisão interlocutória, concedendo tutela jurisdicional não satisfativa, i. e., não definitiva, a própria sentença a ser posteriormente proferida servirá como reexame da tutela antecipadamente concedida. Diante da não definitividade da tutela antecipada concedida, mostra-se desprovida de fundamento a exigência do reexame necessário para confirmá-la. Ademais, a redação do art. 475 do CPC é suficientemente clara ao dispor que estará sujeito a reexame necessário apenas a *sentença* proferida contra o Poder Público.²⁷⁰ Assim,

²⁶⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 156. Nesse sentido, decisão do STJ: “[...] III - O reexame necessário não pode obstar os efeitos da antecipação de tutela, porquanto a decisão liminar, além de objetivar a garantia da efetiva execução de sentença, não se trata de sentença definitiva, conforme dicção do art. 475 do CPC. Ainda assim, a medida antecipatória não impede a sua confirmação por meio da sentença de mérito, posteriormente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Precedentes”. (STJ – REsp. 638919/RS – 2004/0023073-3 – 5ª T. – rel. Min. Felix Fischer – j. em 23/06/2004 – DJU 09/08/2004, p. 289)

²⁶⁹ Cf. BELINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, jan./mar. 1996, n.º 81.

²⁷⁰ Nesse sentido: “Não há qualquer eiva a ser sanada no acórdão. O artigo 475 do CPC não constitui óbice à medida antecipatória, pois é cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de

Se se ‘resolve’ provisoriamente uma relação controvertida mediante uma decisão antecipatória, é porque se espera que ao longo do curso do processo a solução se aperfeiçoe por meio de uma decisão definitiva sentencial. Assim, se alguma tutela há de submeter-se a reexame obrigatório pelo tribunal, esta tutela há de ser a tutela definitiva, justamente pelo fato de ser definitiva.²⁷¹

Desse modo, a própria natureza da tutela antecipada pressupõe a inexistência de condições de eficácia protelatórias de sua efetivação, como o reexame necessário, ressalva já feita anteriormente ao recurso de agravo de instrumento, que pode ser recebido com efeito suspensivo. “Acresce ainda dizer que o reexame necessário é uma simples fase do procedimento que, estando em curso, permite sempre, como qualquer outro, a antecipação, quando for a hipótese”.²⁷² Segundo CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a previsão do art. 475 do CPC – reexame necessário – não impede a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública

porque o característico da tutela antecipada é, justamente, *antecipar* a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito nenhum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo – a regra – poderia ter seus efeitos antecipáveis. E, cá entre nós, nunca ninguém duvidou do contrário. Aliás, é justamente porque determinado ato jurisdicional não tem efeito imediato que tem lugar a tutela antecipada. Nunca o contrário.²⁷³ (grifo no original)

mérito”. (STJ – REsp. 424863/RS – 2002/0039476-4 – 2ª T. – rel. Min. Franciulli Neto – j. em 05/08/2003 – DJU 15/09/2003, p. 293). E ainda: “II - Consoante entendimento desta Corte, inaplicável o reexame necessário a decisões que antecipam os efeitos da tutela, por não se tratar de sentença definitiva e possuir natureza interlocutória. Precedentes”. (STJ – AgRg no REsp. 663854/DF – 2004/0076571-4 – 5ª T. – rel. Min. Gilson Dipp – j. em 02/06/2005 – DJU 20/06/2005, p. 358). ” 2. A decisão que antecipa os efeitos da tutela proferida no curso do processo tem natureza de interlocutória, não lhe cabendo aplicar o art. 475 do CPC, o qual se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (art. 269 do CPC)”. (STJ – REsp. 659200/DF – 2004/0050904-0 – 6ª T. – rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. em 21/09/2004 – DJU 11/10/2004, p. 384). Idêntico é o entendimento do TRF da 4ª Região: 1. A decisão que antecipa os efeitos da tutela proferida no curso do processo tem natureza de interlocutória, não lhe cabendo aplicar o art. 475 do CPC, o qual se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (art. 269 do CPC). (TRF 4ª Região – AI 2003/04010186361/PR – 6ª T. – rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Júnior – j. em 30/03/2005 – DJU 13/04/2005, p. 826)

²⁷¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública*, p. 15.

²⁷² SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, p.

51.

²⁷³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 136-137.

Deve-se proceder ainda a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico: “se é possível a antecipação de tutela quando a sentença esteja sujeita a apelação com efeito suspensivo, também o será quando a sentença estiver sujeita à remessa obrigatória”.²⁷⁴

Antecipando-se a tutela inibitória, a ordem proferida deve ser cumprida imediatamente, ou no prazo concedido pelo Judiciário. A ordem somente perderá sua eficácia sobrevindo a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, o provimento definitivo dado ao agravo de instrumento pelo tribunal ou pela revogação da tutela antecipada concedida pelo próprio magistrado que concedeu a medida.

5.4 EXISTÊNCIA DE DANO E REQUISITO DO DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Especificamente, para a concessão da tutela inibitória antecipada não se faz necessário demonstrar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Isto porque, conforme foi visto no precedente item 4, a tutela inibitória não vislumbra evitar a ocorrência de dano ou prejuízo ao suposto titular de um direito. Ao contrário, a concessão da tutela inibitória justifica-se mediante a efetiva proteção da ordem jurídica, evitando o desrespeito de suas normas, impedindo a ocorrência, manutenção ou repetição de um ato ilícito, independentemente da idoneidade deste ilícito vir a causar prejuízos.

O requisito previsto no inciso I do art. 273 do CPC – fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – deve ser substituído pelo fundado receio da ocorrência ou repetição de um ato ilícito. Deve o autor, assim, demonstrar cabalmente ao juiz a iminência de que o réu praticará um ato ilícito, ou voltará a repeti-lo, pelos fatos ocorridos que demonstrem a probabilidade, a forte expectativa de que o ato ilícito será praticado.²⁷⁵

²⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. *As tutelas de urgência e o poder público – algumas considerações sobre a LC 104/2001*, p. 162.

²⁷⁵ Acerca da antecipação da tutela inibitória, leciona Luiz Guilherme Marinoni que, “basta o ‘justificado receio’, isto é, a probabilidade de que o ilícito possa ser praticado antes do trânsito em julgado. Note-se que o justificado receio não é de dano, mas de ato contrário ao direito. Não teria sentido a exigência de receio de dano para legitimar a tutela antecipatória, já que a tutela inibitória

Quanto à tutela inibitória que visa a impedir a manutenção de um ato ilícito que está sendo praticado pelo réu, não há que se falar em probabilidade de o ato ilícito vir a ser praticado. Com efeito, deverá o autor demonstrar, *rectius*, provar que o ato ilícito está sendo praticado pelo réu, razão pela qual necessita da tutela inibitória para ordenar ao réu que se abstenha, imediatamente, da prática do ato ilícito demonstrado em juízo. Não se trata, na hipótese, de provar o fundado receio de que o ato ilícito venha a ser praticado, mas de que este ilícito é praticado pelo réu, no presente.

Trata-se de idiosincrasia própria da tutela inibitória, a alterar a natureza do requisito exigido pelo inciso I do art. 273 do CPC.

5.5 OUTRAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Assim como não é possível ao ordenamento jurídico prever todos os litígios que podem emergir do convívio social, é impossível elencar neste e em qualquer estudo todas as hipóteses possíveis de antecipação da tutela inibitória face à Fazenda Pública. A seguir, analisam-se algumas hipóteses em que é possível conceder tutela inibitória antecipada face à Fazenda Pública.

5.5.1 Tutela inibitória para garantia do direito constitucional de locomoção

No ano 2000, devido às comemorações dos quinhentos anos de “descoberta” do Brasil, diversos eventos comemorativos foram programados na cidade de Porto Seguro, Estado da Bahia, cidade próxima ao local em que, segundo conta a história, os europeus teriam pela primeira vez pisado o solo pátrio.

Entretanto, por entenderem que não havia nada a comemorar, mas ao contrário, havendo muito a protestar, centenas de cidadãos de origem indígena

tem por fim inibir a prática de um ato contrário ao direito que, conforme já visto, nada tem a ver com o

tinham o intuito de promover diversas manifestações na cidade, em protesto contra a condição do povo indígena.

Entretanto, é de conhecimento geral que o Estado, por meio de força policial, impediu a entrada dos cidadãos indígenas na cidade. Diversas barreiras policiais foram instaladas a quilômetros da cidade. A força policial foi efetivamente utilizada, conforme noticiado amplamente pelos meios de comunicação, e os indígenas tiveram sua entrada na cidade impedida.

Ocorre que o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal estatui, como direito fundamental, a possibilidade de “reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização pública, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Vislumbra-se que a atitude estatal em impedir a entrada dos cidadãos indígenas na cidade constituiu-se em ato inconstitucional. Aqueles cidadãos tinham o direito fundamental de ingressar na cidade, desde que não frustrassem os atos públicos comemorativos já agendados. Se isso viesse a acontecer, somente então caberia à força policial agir.

A livre locomoção dentro do território brasileiro e a entrada e saída aos espaços públicos não podem ser proibidas sob o pretexto de que provavelmente protestos violentos possam ocorrer. Caberia à força policial, por exemplo, promover a revista corporal nos cidadãos em busca de armas.

Trata-se de hipótese em que seria cabível a interposição de mandado de segurança preventivo, com pedido de antecipação de tutela, obtendo-se ordem ao Estado para que não impedisse a entrada de quem quer seja na cidade, garantindo livre acesso da população aos locais públicos, inclusive permitindo todo e qualquer protesto, desde que realizado de forma pacífica e que não frustrasse outro evento anteriormente marcado para o mesmo local. Mesmo local não significa a mesma cidade. Uma mesma cidade comporta vários eventos públicos, em locais diferentes de seu espaço urbano.

A concessão da liminar no mandado de segurança impetrado no caso apresentado trata-se de hipótese de concessão da tutela inibitória antecipada, impedindo a ocorrência de um ato ilícito por parte do Estado.

5.5.2 Tutela inibitória para fornecimento de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos negativos

Apresenta-se ainda uma situação totalmente diversa, a indicar a riqueza com que a tutela inibitória pode ser pleiteada em face da Fazenda Pública: trata-se de hipótese em que determinada pessoa – física ou jurídica – parcelou um débito seu junto à Fazenda Pública. Neste caso, não é possível falar que a pessoa se encontra em mora com a Fazenda, uma vez que, apesar de possuir um débito “vencido”, este foi parcelado, para pagamento em parcelas mensais sucessivas.²⁷⁶ Havendo parcelamento do débito, não pode a Fazenda Pública negar-se a fornecer certidão negativa de débito, *rectius*, certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN. Apesar de tecnicamente haver um débito, sua exigibilidade está suspensa diante do parcelamento efetuado. Se o parcelamento está sendo pago em dia, não pode a Fazenda Pública negar-se a expedir certidão negativa de débito. Conforme lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

vale como certidão negativa aquela certidão da qual conste a existência de crédito (a) não vencido; (b) em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora; e (c) cuja exigibilidade esteja suspensa (CTN, art. 206). Tanto uma certidão negativa, isto é, dizendo que eu nada devo ao Fisco, como uma outra dizendo que eu devo, mas o crédito do Fisco contra mim se encontra em uma das três situações mencionadas, produzem o mesmo efeito, porque: a) se o crédito não está vencido, não se pode dizer que sou inadimplente; b) se o crédito se encontra em processo de execução, com penhora já efetivada, está com sua extinção garantida, de sorte que o Fisco não tem interesse em denegar a certidão; c) se está o crédito com sua exigibilidade suspensa, o fundamento da suspensão justifica também o fornecimento da certidão. Na prática, o caso mais comum de certidão positiva com efeito de negativa é o de crédito com exigibilidade suspensa, quer em face de parcelamento ou de depósito para garantia do juízo, ou ainda do deferimento de medida liminar. Seja como for, sendo caso de certidão positiva com efeito de negativa, a recusa em admitir essa equivalência de efeitos justifica a impetração de mandado de segurança.²⁷⁷

²⁷⁶ Trata-se de hipótese de suspensão do crédito tributário, nos termos do art. 151, I do CTN.

²⁷⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225-226.

Nesses casos, poderá o interessado manejar ação em face da Fazenda Pública – é cabível, *in casu*, o mandado de segurança – para o fim de obter tutela inibitória, impedindo que a Fazenda Pública volte a cometer um ato ilícito já cometido anteriormente: a negativa de fornecimento de certidão positiva com efeitos de negativa, na hipótese em que o único débito existente está com sua exigibilidade suspensa devido a parcelamento efetuado junto ao contribuinte.²⁷⁸

A concessão da tutela inibitória antecipada, nesses casos, é de rigor, uma vez que, em geral, o contribuinte necessita com urgência da certidão negativa de débito, seja para participar de licitação, seja para comprovar sua regularidade com o Fisco para outros fins.²⁷⁹

5.5.3 Tutela inibitória concedida em ação civil pública

A tutela inibitória antecipada pode ser pleiteada e concedida em sede de ação civil pública. Sua concessão é possível desde antes da reforma do art. 273 do CPC, patrocinada pela Lei n.º 8.952/1994, que estendeu a possibilidade de concessão da tutela antecipada para todas as espécies de ação. Isto porque a Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, já permitia a concessão da tutela antecipada em seu art. 12, nos seguintes termos: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Trata-se de regulação específica da antecipação de tutela, ainda antes da reforma do art. 273 do CPC. Sua natureza fica bastante evidenciada principalmente pelo fato de o art. 4º da Lei n.º 7.347/85 tratar especificamente da

²⁷⁸ Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “Previdenciário - administrativo - certidão negativa de débito - parcelamento sem garantia - ausência de mora - remessa oficial improvida - sentença confirmada. 1. Havendo parcelamento do débito, no âmbito administrativo, sem a exigência de garantia por parte do órgão previdenciário, tal fato não pode obstar a expedição da certidão almejada. 2. Suspensa a exigibilidade do crédito, inexistente a ‘mora solvendi’ a justificar a negativa na expedição da referida certidão. 3. Precedentes do Tribunal Regional Federal da Terceira Região. 4. Recurso oficial improvido. Sentença confirmada”. (TRF – 3ª Região – 5ª T. – REOMS n.º 168730 – j. em 10/09/2002 – DJ 03/12/2002, p. 667)

²⁷⁹ 2. Verifica-se que o intento da parte era usufruir do direito constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição, de modo que não seria uma legislação pífia e autoritária como a ímproba Lei nº 9.494/97 o impedimento suficiente para obstar a concessão de medida antecipatória, ainda que no “mérito” se discorde da concessão da liminar. (TRF – 3ª Região – 5ª T. – Ap. em MS n.º 259452 – rel. Des. Fed. Johnson de Salvo j. em 22/02/2005 – DJ 31/05/2005, p. 381)

medida cautelar, reservando o art. 12 para a concessão de liminares. Todavia, ainda que o art. 12 da Lei n.º 7.347/85 não tivesse essa redação, a tutela antecipada poderia ser concedida no âmbito da ação civil pública, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil e ser art. 273, a teor do permissivo constante no art. 19 da LACP: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”.

O art. 21 da Lei n.º 7.347/85, acrescentado pela Lei n.º 8.078/90, não deixa dúvidas acerca da possibilidade de concessão da tutela inibitória (antecipada ou final) na ação civil pública. Dispõe esse artigo que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. É no Título III da Lei n.º 8.078/90 onde se encontra o art. 84 do CDC que, juntamente com o art. 461 do CPC, constitui-se na fonte da tutela inibitória, antecipada e final, do ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se perfeitamente à ação civil pública. Nesse sentido,

A mais perfeita interação entre o Código [de Defesa do Consumidor] e a Lei n.º 7.347, de 24.7.85, está estabelecida nos arts. 90 e 110 *usque* 117, de sorte que estão incorporadas ao sistema de defesa do consumidor as inovações introduzidas pela referida lei especial, da mesma forma que todos os avanços do Código são também aplicáveis ao sistema de tutela de direitos criado pela Lei n.º 7.347.²⁸⁰

Da análise do art. 1º da LACP vislumbra-se que a tutela inibitória encontra terreno fértil no âmbito da ação civil pública. A própria finalidade da ação civil pública, por se tratar de ação própria para a defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da ordem urbanística, da ordem econômica e da economia popular e de qualquer outro interesse difuso e coletivo, denota a insuficiência das tutelas repressiva e ressarcitória.²⁸¹ O art. 11 da LACP prevê a cominação de multa diária, a

²⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 792.

²⁸¹ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Dissemos que precipuamente a natureza da sentença é cominatória, porque o objeto da ação civil pública é voltado para a tutela específica de um

incidir na hipótese de descumprimento da ordem emitida, a indicar a possibilidade de provimentos mandamentais no âmbito da ação civil pública, técnica processual adequada para a concessão da tutela inibitória.²⁸²

5.5.4 Tutela inibitória concedida em ação popular

O mesmo pode ser dito da ação popular, disciplinada pela Lei n.º 4.717/65, que permite a qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII).

Para o manejo da ação popular, não está o cidadão obrigado a esperar pela efetivação do prejuízo resultante do ato lesivo ao erário. É o que poderia resultar de uma interpretação apressada do art. 1º da Lei n.º 4.717/65, que fala em “pleitear a anulação ou a declaração de nulidade”. É de se admitir que ainda antes da ocorrência dos atos lesivos a ação popular seja manejada, pleiteando a concessão de tutela inibitória, visando a emissão de ordem judicial que impeça a ocorrência, repetição ou manutenção do ato lesivo. Não é necessário, entretanto, que se prove a efetiva lesão ao patrimônio público. Basta a demonstração de que será perpetrado ato ilícito em desfavor do erário público, apto ou não a produzir dano no patrimônio. Com efeito, tanto a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII, quanto a Lei n.º 4.717/65, não restringem o conceito de ato lesivo a ato capaz de causar dano. A lesividade pode simplesmente advir do próprio desrespeito ao

interesse metaindividual, e não para a obtenção de uma condenação pecuniária. Até porque em muitos casos o dinheiro seria uma pálida ‘compensação’ pelo dano coletivo, uma vitória de Pirro”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 341.

²⁸² Mais uma vez, Rodolfo de Camargo Mancuso: “a multa prevista no art. 11 da Lei 7.347/85 tem caráter sancionatório-coercitivo, atuado como elemento indutor da execução específica, não tendo pois índole ‘compensatória’ e menos ainda ‘sub-rogatória’ da obrigação inadimplida, exegese que nos parece consoante com o explicitado na Súmula de Entendimento n.º 23 do Conselho Superior do Ministério Público: ‘A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico’”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, p. 360.

ordenamento jurídico, causando assim lesão à segurança jurídica, à ordem pública e á própria eficácia das normas jurídicas.²⁸³

Assim, por exemplo, o manejo de ação popular, pleiteando a tutela inibitória, para impedir a admissão ao serviço público remunerado sem concurso público (art. 4º, I); a realização de operação bancária, pela Fazenda Pública, em desconformidade com as normas legais, possam ou não vir a causar efetivo dano ao erário (art. 4º, II, a); a continuidade de licitação cujo edital contenha cláusulas que comprometam o caráter competitivo do certame ou diminuam as possibilidades normais da competição (art. 4º, III, b e c); bem como para impedir a ocorrência de quaisquer das ilicitudes previstas no art. 4º da Lei n.º 7.417/65.²⁸⁴

Reconhece-se, todavia, que a maioria da doutrina e da jurisprudência entendem que o manejo da ação popular deve-se dirigir contra ato ilegal e lesivo. Entretanto, um novo entendimento vem despontando tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial, segundo o qual bastaria que de demonstrasse a ilegalidade do ato, uma vez que sua lesividade seria presumida. EROS ROBERTO GRAU, estudando a ação popular, ensina que pelo manejo dessa ação pode-se obter dois efeitos distintos, a saber: a anulação ou declaração do ato lesivo, e a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes do ato ilícito.²⁸⁵

Ademais, qualquer ato ilícito, ainda que não cause um prejuízo econômico ao erário público, é capaz de, por si só, causar prejuízo à moralidade administrativa. A moralidade administrativa vem sendo entendida como fundamento autônomo para fundamentar a ação popular.²⁸⁶

Reservar à ação popular finalidade apenas desconstitutiva e ressarcitória das perdas e danos significa amputar do remédio constitucional seu

²⁸³ Conforme lição de MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2000: "a ação popular pode ter finalidade corretiva da atividade administrativa ou supletiva da inatividade do Poder Público" (p. 122-123). Entretanto, a todo o tempo o consagrado administrativista vincula o ato lesivo ao patrimônio público, objeto da ação popular, à ocorrência de um dano, ao menos potencial (p. 122), em sentido contrário ao proposto neste estudo.

²⁸⁴ Arnoldo Wald, na atualização da obra de Hely Lopes Meirelles, entende que a ação popular possui natureza e finalidade predominantemente desconstitutiva e, subsidiariamente, condenatória em perdas e danos. Esse entendimento excluiria do âmbito da ação popular a concessão da tutela inibitória, de natureza preventiva, utilizando-se de ordem judicial acompanhada de mecanismos de coerção indireta. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, p. 155.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Requisito da lesividade na ação popular. In.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 341.

maior objetivo: evitar a prática de atos ilícitos, que possam ou não causar prejuízos ao patrimônio público. Impedir a concessão da tutela inibitória, utilizando-se da ação popular, seria esperar, ou até mesmo desejar, que o ato atacado possa efetivamente causar um dano material ao erário, regredindo assim anos de evolução da tutela jurisdicional preventiva. A simples prática de um ato ilícito, contrário ao ordenamento, independentemente de causar um efetivo dano material ao patrimônio público, é por si mesmo lesivo à moralidade pública e administrativa, lesiva ao ordenamento e à segurança jurídica.

A antecipação da tutela inibitória é igualmente cabível em sede de ação popular, conforme permissivo expresso constante no art. 5º, § 4º da Lei n.º 4.717/65: “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Ainda que não houvesse esse permissivo legal, a tutela antecipada poderia ser concedida normalmente, uma vez que o art. 22 da Lei n.º 7.417/65 determina a aplicação subsidiária do CPC à ação popular, desde que não contrarie os dispositivos específicos. Com efeito, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a possibilidade de concessão da tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC (e art. 461), com a natureza e procedimento da ação popular. Ao contrário, tudo indica pela conveniência de sua aplicação, havendo o cumprimento dos pressupostos necessários para sua concessão.

Acerca da possibilidade de antecipação de tutela na ação civil pública e na ação popular, diante das limitações impostas pela legislação, obstaculizando sua concessão em desfavor da Fazenda Pública, a doutrina mais autorizada vem admitindo sua aplicação (em lição que pode se estender à ação popular), proclamando a inconstitucionalidade das regras proibitivas. Nesse sentido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

A antecipação dos efeitos da tutela (CPC, arts. 273, 461) tornou-se difícil, senão remota, no âmbito das ações civis públicas, porque a Medida Provisória 1.570/97, depois convertida na Lei n.º 9.494, de 10.09.1997, trouxe para o âmbito dessas ações o regime processual diferenciado que obstaculiza a concessão de liminares e a própria execução, nos mandados de segurança, ações populares, enfim, nas ações em que o Poder Público sóe figurar no pólo passivo (art. 1º dessa lei). Minimamente, esse texto legal deixa malferido o princípio da igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I), corolário da garantia

²⁸⁶ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106-107.

constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que afasta a aplicação, em face do Poder Público, do regime da tutela antecipada (CPC, arts. 273, 461), desse modo acarretando tratamento processual discriminatório em prol da Fazenda Pública.²⁸⁷

A tutela inibitória, antecipada ou não, poderá ser concedida, dessa forma, em desfavor da Fazenda Pública, em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, ou outra qualquer forma de ação, apta a conceder a impedir a prática, repetição ou manutenção do ato ilícito.²⁸⁸

5.6 EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A tutela inibitória antecipada será concedida sempre que se fizer necessária para impedir, efetivamente, a prática, a repetição ou a manutenção de um ilícito, não sendo possível esperar o momento ordinário de sua concessão, qual seja, o trânsito em julgado da sentença ou o não cabimento de recurso recebível com efeito suspensivo.

Diante dessa necessidade, a tutela inibitória antecipada poderá ser concedida inclusive contra a Fazenda Pública, sendo inconstitucionais quaisquer regras jurídicas que visem, abstratamente, à sua proibição.

Isto não significa que a tutela inibitória antecipada deverá ser sempre concedida em desfavor da Fazenda Pública. Ao contrário: na prática, aqueles que militam na lide forense sabem o quão difícil é demonstrar a presença de todos os requisitos necessários para obter a tutela antecipada. Não se trata de tutela a ser concedida a toda hora, em qualquer espécie de demanda. Sua concessão

²⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, 2004, p. 259.

²⁸⁸ A antecipação da tutela para se obter a suspensão da exigibilidade de crédito tributário não será tratado neste estudo, por não consistir em hipótese de tutela inibitória, na medida em que visa decretar a suspensão da exigibilidade de determinado crédito tributário. Todavia, anote-se que vem sendo concedida, pelos tribunais, antecipação de tutela para suspender, liminarmente, a exigibilidade de crédito tributário, desde que presentes os requisitos necessários. Nesse sentido: "Atendidos os requisitos do art. 273 do CPC, correta a decisão que antecipa a tutela jurisdicional, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário". (TJ/PR – AI 169.362-1 – 2ª Câm. Cív. – rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira – j. em 11/05/2005). A concessão de medida antecipatória para suspender a exigibilidade do crédito tributário é hipótese expressamente prevista no art. 151, V do CTN, por força da nova redação dada pela Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001.

deve ser pautada na verificação dos requisitos necessários, bem como na necessidade inafastável de se conceder a tutela antecipada.

Resta ainda analisar a efetivação da tutela inibitória antecipada concedida. A tutela inibitória é concedida mediante a utilização de técnica que consiste na emissão de ordem, acompanhada de uma medida de coerção indireta que, em nossa sistemática, compreende: a possibilidade de prisão, diante da perpetração do ilícito penal previsto no art. 330 do CP; cominação de multa; prisão civil do alimentante ou do depositário infiel. Para o presente estudo, não interessa o debate acerca da prisão civil do alimentante ou do depositário infiel, por não ser possível sua aplicação em face da Fazenda Pública; por sua vez, o estudo acerca da possibilidade de prisão prevista no art. 330 do CP deve ser feito unicamente no âmbito do Direito Penal; resta, portanto, a utilização da multa a ser cominada para a hipótese de descumprimento. Seu estudo foi efetuado no item 4.2 acima.

Torna-se necessário, todavia, que ainda se façam mais algumas considerações sobre a efetivação da tutela inibitória antecipada concedida ao demandante em face da Fazenda Pública.

Diante da demonstração de que a Fazenda Pública está prestes a praticar um ato ilícito, repetir um ato ilícito ou continuar a praticá-lo, poderá o Estado-juiz, diante da constatação, em sede de cognição sumária, da ilicitude a ser praticada, emitir uma ordem destinada à Fazenda Pública, para que esta faça ou deixe de fazer alguma coisa, cominando, para a hipótese de descumprimento, a incidência de multa.

A primeira questão que se expõe é acerca do destinatário da multa: esta deverá incidir sobre a própria Fazenda Pública, isto é, sobre a pessoa jurídica de direito público, ou deverá incidir sobre o funcionário público, aqui incluídos os titulares de cargos eletivos?

A tutela inibitória poderia dar ensejo a um verdadeiro assalto aos cofres públicos, mediante o conluio de funcionário público e terceira pessoa: aquele descumprindo propositadamente a ordem que lhe é emitida, fazendo incidir a multa, durante dias ou até mesmo meses, de forma a permitir a execução desta quantia, favorecendo interesses particulares escusos.

Essa situação pode ser evitada, fazendo com que o responsável pelo pagamento da multa, nas hipóteses de descumprimento da ordem emitida,

recaia sobre o próprio funcionário público.²⁸⁹ Como se trata de *ordem de cumprimento* impondo um dever de fazer, de agir, ou não fazer ou não agir, enquadrado no desempenho de uma função governamental, “a recalcitrância, o *descumprimento* acarretará a responsabilidade do agente rebelde, inclusive *penal, político-administrativa (crime de responsabilidade) e civil*”.²⁹⁰ (grifos no original) Todavia, o cumprimento da ordem emitida não está, na maioria absoluta dos casos, afeito à discricionariedade de um único funcionário público: este pode depender de atos alheios à sua vontade, como a atuação de um superior hierárquico, da aprovação de medidas pelo Poder Legislativo etc.

A questão pode ser resolvida da seguinte forma: quando se tratar de ordem a ser cumprida por uma única pessoa, ou, em outras palavras, que dependa da atuação de um único funcionário público, a multa deve incidir sobre essa pessoa. Isto é mais facilmente detectável no mandado de segurança, que é movido contra autoridade pública específica, que esteja atuando de forma a praticar atos ilícitos. Assim, v.g., para se utilizar dos exemplos expostos neste estudo: a multa deverá incidir sobre o Secretário da Fazenda Pública que se recusa a liberar o pagamento da quantia empenhada, vinculada à construção de obra objeto de licitação. Nesta hipótese, cabe unicamente ao Secretário da Fazenda promover a liberação da quantia. Não se faz necessário o auxílio do Poder Legislativo para incluir o valor no Orçamento Geral, uma vez que isto já foi feito no passado, o que autorizou inclusive o empenho da quantia necessária para garantir o pagamento.

Em outros casos, a solução pode não ser tão simples: ingressa-se com ação em face de um município, pleiteando a concessão de tutela inibitória para, mediante a obtenção de ordem, emitida pelo Estado-juiz, obrigá-lo a manter em funcionamento o sistema de transporte de alunos residentes na área rural para suas respectivas escolas. Para quem deverá ser dirigida a ordem emitida? Sobre qual autoridade pública deverá recair a responsabilidade do pagamento pela multa?

Trata-se de hipótese em que o prefeito municipal poderia, durante alguns meses, determinar a manutenção do sistema de transporte rural. Mas não se olvida que, também nesta hipótese, cabe ao Poder Legislativo inserir, no orçamento para os próximos exercícios, a quantia necessária para garantir o transporte rural.

²⁸⁹ Nesse sentido, GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000, v. 100, p. 76-80.

Entretanto, pode ocorrer que, ao votar o orçamento do próximo exercício, o dinheiro necessário para o transporte rural não esteja previsto no orçamento. Sobre quem recairá a multa prevista na ordem emanada do Estado-juiz? Sobre todos os vereadores? Somente sobre os vereadores que votaram contra a inclusão daquela verba destinada ao transporte escolar rural? Deverá a multa recair ainda sobre o prefeito municipal, bem como sobre a pessoa do Secretário de Transportes e/ou do Secretário da Educação?

A ordem foi emanada do Estado-juiz a determinado município, no caso sob comento. Trata-se de hipótese em que o cumprimento da ordem depende da atuação de diversas autoridades: vereadores, prefeito municipal, secretário dos Transportes ou da Educação. Neste caso, e nos semelhantes a eles, a multa deverá recair sobre a autoridade pública que não tomar as providências cabíveis para dar cumprimento à ordem de garantir o transporte escolar rural.²⁹¹ Assim, poderá a multa recair sobre os vereadores que impediram a inclusão da verba no orçamento do município para o próximo exercício, bem como sobre o prefeito e/ou secretário municipal que não tomaram as medidas cabíveis para dar cumprimento à ordem.²⁹²

Se a multa recaísse única e exclusivamente sobre a pessoa jurídica de direito público, poderia inculir na autoridade ou funcionário público o

²⁹⁰ FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública*, p. 185.

²⁹¹ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que o Governador do Estado é o responsável pelo descumprimento de ordem judicial, quando os servidores públicos que não deram cumprimento à ordem agiram sob o comando do Governador: "Mandado De Segurança - Administrativo, Constitucional e Processo Civil - Assistência Pensionistas - Extensão de Vantagens - Sub-Teto Decreto 25168/99 - Legitimidade ad causam Assistência - Mérito Concedido. 1 - Não havendo prova da existência de interesse jurídico nem de qualquer liame qualificado, não há como se admitir a assistência. 2 - A Governadora do Estado é a autoridade que determina e autoriza o pagamento das despesas, inclusive as referentes às vantagens aos funcionários e pensionistas. O descumprimento do dever de efetuar esses pagamentos, decorrendo de sua orientação, a legitima para figurar no pólo passivo da presente ação, afastando os demais impetrados, que atuaram sob a sua ordem e inspiração. 3 - O art. 4º, § 8º da Constituição Federal determina que os proventos da aposentadoria e as pensões, serão aumentadas na mesma proporção e na mesma data dos servidores da ativa. Além disso, que se estenda a elas quaisquer benefícios e vantagens concedidas aos da ativa. 4 - Reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto 25.168/99, por ter violado o princípio de irredutibilidade de vencimento, criando um subteto remuneratório estadual, bem como violando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, impõe-se a concessão da ordem". (TJ/RS – Mandado de Segurança 2003.004.00859 – rel. Des. Azeredo da Silveira – Corte Especial – j. em 09/08/2004)

²⁹² "Estão certamente incluídos dentre esses empecos os entraves de caráter burocrático, de qualquer natureza, inclusive aqueles criados por servidores públicos, fundacionais ou autárquicos, de qualquer das esferas da administração pública, que serão pessoalmente responsabilizados por sua conduta. A atribuição de responsabilidade pessoal ao agente administrativo parece ser a única interpretação capaz de dar ao dispositivo o rendimento desejado, em favor da efetividade do processo, quando se tratar de responsável vinculado ao poder público". WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, p. 30.

entendimento de que não seria responsável pelo pagamento da multa, que somente seria paga após longo período, decorrente dos vários anos de espera na fila de pagamento dos precatórios. ARAKEN DE ASSIS bem demonstrou o caráter psicológico da multa sobre os servidores e funcionários públicos:

Pois bem: no caso de descumprimento à ordem judicial, travestida de provimento mandamental (art. 14, V), o servidor e o agente públicos sujeitam-se à pena do art. 14, par. ún. Arruda Alvim percebeu, corretamente, que a sanção se dirige ao 'destinatário *precípua* da ordem'. Ora, tais pessoas, cujo comportamento se subordina ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), se revelam suscetíveis à ameaça da multa. É pouco provável que desafiem o órgão judicial, arrostando a consequência de se verem apenados. Razões individuais, a exemplo da promoção iminente e o amor próprio, tornam o servidor apegado à rotina inflexível do cumprimento espontâneo. Depois, transitada em julgado a decisão, a inscrição da multa como dívida ativa do Estado ou da União, e, em seguida, a execução da respectiva certidão, constituem atos de competência de outros servidores, nada propensos a deixar de praticar atos de ofício para eximir colegas desconhecidos, ainda mais sob a fiscalização sempre aterrorizante do Ministério Público. Assim, a ameaça é real e efetiva, atingindo os objetivos da técnica da pressão psicológica.²⁹³

No mesmo sentido, lição de MARCELO LIMA GUERRA:

Ora, em se tratando de pessoa jurídica de direito público percebe-se logo que é muito remota a possibilidade de uma medida coercitiva como a multa diária exercer uma efetiva pressão psicológica sobre a vontade do exato agente administrativo responsável pelo cumprimento da decisão judicial. [...] Para contornar tal situação, sugere-se a aplicação da multa diária contra o próprio agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*.²⁹⁴

²⁹³ ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, jul./set. de 2003, n.º 111, p. 30. Também a jurisprudência vem reconhecendo que a cominação de multa possui caráter psicológica, sendo ineficaz frente a pessoa jurídica: "3. Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisprudência, registrando que a aplicação e *astreintes* à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeita ao regime de precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver a responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada". (TRF 2ª Região – AI n.º 97.02.29066-0/RJ – rel. Des. Fed. Convocado Ricardo Perlingeiro, *apud* GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 651)

²⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução de sentença em mandado de segurança*, p. 650.

Dessa maneira, evita-se o conluio de interesses entre as autoridades públicas e terceiras pessoas, interessadas no descumprimento da ordem, visando ao recebimento do valor previsto na multa arbitrada pelo Estado-juiz; evita-se ainda a desídia da autoridade pública, que se preocupará com a possibilidade de vir a ser o responsável pelo pagamento da multa, envidando esforços para o seu cumprimento. Segundo escólio de LUIZ GUILHERME MARINONI,

Caso a multa incidir sobre a pessoa jurídica de direito público, apenas o seu patrimônio poderá responder pelo não-cumprimento da decisão. Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional. Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente poderá ser imposta se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a multa somente pode ser exigida da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão – e não a cumpriu. A tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – de que o Poder Judiciário pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público.²⁹⁵

Se a prisão por descumprimento de ordem judicial recai sobre a autoridade pública que descumpriu a ordem, com maior razão a multa pecuniária também deverá recair sobre a autoridade. Vale, aqui, o conhecido adágio de que, quem pode o mais, pode o menos.²⁹⁶

Em sentido semelhante, também proferido em ação de revisão de pensão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi expresso ao determinar que “as penalidades previstas na legislação, na hipótese de descumprimento de ordem,

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 662.

²⁹⁶ “Acórdão ou sentença transitada em julgado. Parcelas posteriores. Pagamento. Caráter mandamental da decisão. Desobediência. Prisão. Possibilidade. A decisão judicial de revisão de pensão é mandamental no que atina com os pagamentos das parcelas posteriores ao trânsito em julgado. Precedentes do STJ. O não-pagamento importa em desobediência à ordem judicial, pois implantar e não pagar é como não implantar. Servidor ou agente público é passível de sanção pelo crime de desobediência à ordem judicial. Precedentes do STJ. A obediência às decisões judiciais é

recairá [sic] sobre o servidor público que não lhe der cumprimento: tratando-se de sentença mandamental dirigida contra servidor público, eventual desobediência sujeita-o às penalidades previstas na legislação”.²⁹⁷

Outra questão que pode gerar polêmica acerca da efetivação da tutela inibitória antecipada concedida em desfavor da Fazenda Pública recai acerca da possibilidade de sua imediata efetivação, tendo em vista dispositivos como o reexame necessário. Esta questão foi vista acima – item 5.3 – onde se concluiu que o reexame necessário não se aplica às hipóteses de antecipação da tutela. A antecipação de tutela deve poder ser efetivada imediatamente, até que provenha ordem em sentido contrário, do magistrado monocrático ou do Tribunal, sob pena de perder sua razão de ser.

Parte da doutrina chegou a defender que não seria possível a efetivação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, tendo em vista que esta não estaria sujeita à execução provisória. Este entendimento, todavia, foi rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁹⁸

5.7 ORDEM À FAZENDA PÚBLICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Impende ainda proceder a uma rápida análise acerca da separação dos poderes, que poderia ser considerada obstáculo intransponível para a concessão da tutela inibitória em face da Fazenda Pública, tendo em vista a possível ingerência do Poder Judiciário nos demais Poderes. A separação dos Poderes vem prevista no art. 2º da CF, tratando-se de matéria cuja supressão é proibida, inclusive, por meio de emenda constitucional, pelo art. 60, § 4º, III da CF.

A pergunta que comumente se faz é se o Poder Judiciário, ao emitir ordem para cumprimento compulsório da Fazenda Pública, não estaria invadindo a

imperativo para manutenção do Estado Democrático de Direito e da ordem pública”. (TJ/RS - Ag.Reg. 70002992162 - rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano - j. em 24/04/2002).

²⁹⁷ TJ/RS – Ap. Cív. e Reexame necessário 70002763704 – 2ª Câmara Cív. – rel. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza – j. em 12/09/2001.

²⁹⁸ “Processual civil - execução contra a Fazenda Pública - possibilidade de executar provisoriamente o julgado – não infringência aos artigos 730 e 741, V, do CPC - recurso improvido. I - O art. 730 do CPC não cria óbice à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública. II - Não se pode

esfera de atuação da Administração (ou do Legislativo), em desrespeito ao art. 2º da CF.

A concessão da tutela inibitória, antecipada ou não, consistente na emissão de ordem à Fazenda Pública para que faça ou deixe de fazer algo, não se consubstancia em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

No Estado de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, o Estado, no âmbito de seus três poderes, está submetido ao respeito das normas jurídicas. Sendo o Judiciário o poder competente para julgar os conflitos, garantir a aplicação e efetividade da ordem jurídica mediante a elaboração da norma jurídica concreta a regular o litígio, não é possível falar em infração à separação dos poderes, mormente quando o Judiciário esteja exercendo a função que lhe é própria, prevista pelo texto constitucional. Ademais, quaisquer dos três poderes submetem-se normalmente aos provimentos jurisdicionais, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios; se não há infração ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário, v. g., condena a Fazenda Pública ao pagamento de determinada importância, porque haveria essa infração indevida quando a tutela jurisdicional é concedida mediante provimentos mandamentais? Assim, a concessão de ordem para cumprimento pela Fazenda Pública não pode ser considerada infração ao Estado de Direito, mas cumprimento do dever constitucional, pelo Poder Judiciário, de concessão da tutela jurisdicional.

Por seu turno, a própria Constituição Federal prevê hipóteses que denunciam que a separação dos poderes não é absoluta. Além de sua função típica de legislar, o legislativo também exerce funções administrativas, quando procede à sua organização e operacionalidade interna, e julga, como na hipótese de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade; por sua vez, o Poder Executivo, além da função típica administrativa, legisla, quando edita Medidas Provisórias, e julga, nas hipóteses do contencioso administrativo; por fim, o Poder Judiciário que, além de cumprir com sua função típica, igualmente legisla, quando elabora seus regimentos internos, e administra sua própria estrutura.²⁹⁹

A Constituição Federal, por seus dispositivos, estabelece que a separação dos poderes não é feita de forma absoluta; ao contrário, a separação de

prejudicar ainda mais o credor com a interpretação pretendida pela fazenda. III - recurso não provido". (STJ – REsp. 87978/SP – 1ª t. - rel. Min. José Delgado - j. em 29/04/1996 – DJ 03/06/1996, p. 19225).

²⁹⁹ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, p. 364, 408 e 436.

poderes passa a ser interpretada como princípio do balanceamento dos poderes. Nesse sentido, convém transcrever, *ipsis litteris*, a lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART:

O direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros “poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluindo os princípios e diretrizes constitucionais. Dessa forma, sempre que a atividade dos outros “poderes” se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja impondo-a*, quando verificada a omissão.³⁰⁰

A concessão da tutela inibitória, emitindo-se ordem à Fazenda Pública, revela-se, na verdade, como cumprimento, pelo Poder Judiciário, da função constitucional que lhe é reservada. Entendimento contrário levaria à conclusão de que o Poder Executivo não está sujeito à atuação da justiça, podendo praticar ilicitudes sem que haja qualquer instrumento capaz de conformá-lo à atuação em conformidade com o ordenamento.

Atente-se, todavia, que a possibilidade de o Poder Judiciário julgar as atividades ilegais da Fazenda Pública, inclusive por meio de emissão de ordem, cujo descumprimento acarretará sanções previamente previstas, não possibilita ao Judiciário interferir na determinação das políticas públicas, não podendo julgar, ainda, o chamado “mérito administrativo”, bem como os atos discricionários,³⁰¹ em que porção do ato a ser praticado está entregue ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador.³⁰² O campo de apreciação meramente subjetiva do

³⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 513-514.

³⁰¹ Marinoni, com escólio de Celso Antonio Bandeira de Melo, entende que também os atos discricionários podem sofrer o controle do Poder Judiciário “sempre que as circunstâncias do caso concreto possibilitarem concluir que não foi adotada a melhor solução de aplicação da norma em vista das finalidades em nome das quais a competência foi conferida ao órgão administrativo”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 91.

³⁰² Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou improcedente pretensão veiculada em ação civil pública, que visava ordenar ao Estado a construção de Cadeias Públicas: “Ação civil pública. Ministério Público. Condenação do Estado a construir e manter em funcionamento Cadeia Pública e Casa de Albergado. Hipótese indevida de intervenção do Ministério Público na esfera da

ato administrativo “permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções”.³⁰³

Após a aplicação do princípio do balanceamento dos poderes, essa ressalva é feita expressamente por SÉRGIO CRUZ ARENHART:

Realmente existe - e deve existir, pela precisa maneira distinta de legitimação da função exercida pela função administrativa e pela função jurisdicional do Estado – limite para o controle político pelo Judiciário. Não é conveniente (nem tocaria à função reservada ao Poder Judiciário) que o magistrado se substitua ao administrador, regendo a forma pela qual o Estado deve ser gerido. Não foi para desempenhar este papel que o juiz foi galgado a esta posição, nem se espera deste agente a compreensão da lógica que preside a atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Há, portanto, sem dúvida, uma porção do ato administrativo insindicável pelo magistrado, dentro do qual, realmente, não há legítima interferência judicial.³⁰⁴

Conforme lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a discricionariedade, os conceitos vagos e imprecisos que constem da lei possuem limites que podem ser apreendidos pela interpretação de outros elementos constantes do ordenamento jurídico:

Mesmo quando a norma haja se servido de conceitos práticos, isto é, algo imprecisos, para designar os motivos ou a finalidade, ainda assim persistem como prestantes para demarcar a discricção. Isto porque todo conceito, por imperativo lógico, é uma noção finita, que tem contornos reconhecíveis. [...] Para tanto coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros *realmente* se subsumem ao enunciado normativo. Além disto, perquire o móvel, a intenção do agente, para aferir seu ajuste à finalidade da lei, posto que a norma não prestigia comportamentos produzidos em desarmonia com os objetivos públicos em geral e com o objetivo público específico correspondente à tipologia do ato exarado.³⁰⁵

Administração Pública. Não caracterizado interesse difuso ou coletivo. Ao Estado cabe, no exercício de sua autonomia, decidir por lei estadual se constrói Cadeias Públicas e em que Comarcas, segundo as prioridades que estabelecer, de conformidade com as disponibilidades financeiras”. (TJ/SP – Ap. Cív. 271.710-1 – 2ª Câmara de Direito Público – rel. Des. Paulo Shinate – JTJ 190/10) *apud* QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. Ação civil pública e separação de poderes – da interferência do Ministério Público no exercício da discricionariedade político-administrativa do Estado – um estudo de caso. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 193.

³⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito administrativo*, p. 567.

³⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, p. 515-516.

³⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito administrativo*, p. 565-566.

O mesmo pode-se dizer das hipóteses em que o Estado queda-se omissivo perante situação em que legalmente deveria agir. Seja por um ato comissivo, seja por omissão, ontologicamente, o Estado estará praticando um ato ilícito e, justamente por se estar perante um ilícito (comissivo ou omissivo), a tutela inibitória deve ser prestada, de modo a evitar a ocorrência do ilícito:

Sempre que a lei regula de forma vinculada a atuação administrativa, obrigando a administração a um determinado comportamento, não se pode falar em insindicabilidade dessa atuação, justamente porque existindo o dever de atuar não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política. [...] sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violação da lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário”.³⁰⁶

O controle judicial dos atos da Administração constitui expressão do Estado Democrático de Direito: “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudesse ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”.³⁰⁷ Apropriada a lição de MARCELO LIMA GUERRA, em lição que tratava dos de atos executivos exercidos contra o Poder Público:

Com as medidas executivas, o órgão jurisdicional não estará exercendo nem atividade administrativa, nem legislativa, e sim cumprindo a mais clara e inequívoca atribuição da função jurisdicional. Assim, é o próprio princípio da separação dos poderes que submete quer o Poder Legislativo, quer o Poder Executivo à atividade, sempre substitutiva, do órgão jurisdicional destinada a atuar em última instância o ordenamento jurídico. Negar essa possibilidade, em favor de uma suposta prerrogativa de algum Poder constituído, isso, sim, é uma flagrante e intolerável violação ao princípio da separação dos poderes, tal como positivado no ordenamento constitucional brasileiro.³⁰⁸

Ressalte-se que as hipóteses de concessão da tutela inibitória antecipada, utilizadas como exemplos no presente estudo, não se configuram como

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 88.

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 640.

³⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução contra o Poder Público*, p. 69.

infração à separação dos poderes, nem muito menos ingerência no mérito administrativo. Assim, v. g., as hipóteses anteriormente citadas, em que se impediu a entrada de indígenas na cidade de Porto Seguro; a retenção indevida, pela Fazenda Pública, de quantia empenhada para o pagamento da realização de obra objeto de regular licitação; a não concessão de certidão negativa de débito, quando o único débito existente é objeto de parcelamento; a retenção indevida de medicamento indicado para tratamento de hepatite C pelos postos alfandegários; a admissão ao serviço público remunerado sem concurso público; a realização de operação bancária, pela Fazenda Pública, em desconformidade com as normas legais, possam ou não vir a causar efetivo dano ao erário; a continuidade de licitação, cujo edital contenha cláusulas que comprometam o caráter competitivo do certame ou diminuam as possibilidades normais da competição; a ocorrência de quaisquer das ilicitudes previstas no art. 4º da Lei n.º 7.417/65; ordem para inclusão, no orçamento, dos valores referentes à revisão de pensão e aposentadoria; a manutenção, pelo Poder Executivo, do transporte escolar rural.

As hipóteses são ilimitadas, todas elas a evidenciar a possibilidade, *rectius*, necessidade e obrigatoriedade da concessão da tutela inibitória, na maior parte dos casos, antecipada, devido à urgência em que a tutela é pleiteada, sob pena de se perpetrar o ato ilícito que se objetiva impedir.

6 CONCLUSÃO

1 – A suplantação do Estado legalista-positivista pelo Estado Constitucional conferiu às normas constitucionais a força normativa que lhe é própria, fundada e legitimada nas aspirações da sociedade pela Constituição regulada. O Estado Democrático e de Direito sujeita o próprio Estado, nas suas relações com os cidadãos, a limites formais e materiais, representando obstáculos à ingerência do Estado em um rol de direitos indisponíveis.

2 – Podem-se dividir as normas jurídicas em princípios e regras. Os princípios, positivados ou implícitos, possuem carga normativa, que regulam o comportamento e a produção das demais normas jurídicas, constituindo-se esta última sua função normogênica. O respeito ao princípio pelo Estado, inclusive na formulação das demais normas jurídicas, constitui-se em requisito de legitimidade da atuação estatal.

3 – Os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em complemento com o direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, são normas jurídicas constitucionais. Qualquer norma infraconstitucional, ou mesmo constitucional, advinda de reforma ou emenda ao texto constitucional, não poderão contrariar aqueles princípios e direitos, ainda que pela exigência do cumprimento de requisitos infundados e desproporcionais. Trata-se da “liberdade negativa” imposta por aquelas normas constitucionais, resultado direto do vínculo hierárquico de obediência imposta pelas normas que se encontram em um plano jurídico superior.

4 - Para efeitos deste estudo, considera-se justa a tutela que promova a composição do conflito de interesse, atingindo a pacificação social, não somente aplicando o direito positivado, mas aplicando-o em consonância com os princípios e direitos fundamentais que fundamentam e legitimam o aparato estatal e o próprio ordenamento jurídico. Por tutela jurisdicional adequada entende-se aquela que dispõe dos mecanismos (técnicas) adequados e suficientes para promover efetivamente a proteção dos direitos concedidos pela ordem jurídica. Tutela jurisdicional tempestiva é aquela concedida em tempo hábil a promover a efetiva e adequada proteção do direito.

5 - Para cumprir com os adjetivos de justiça, adequação e tempestividade, as partes e o Estado-juiz devem ter à disposição instrumentos apropriados para o efetivo resguardo dos direitos. Trata-se das técnicas processuais.

6 - As técnicas processuais são atos que efetivamente podem conceder a tutela jurisdicional, e devem ser escolhidas tendo em vista a capacidade de promover, efetivamente, a proteção e efetivação dos direitos. Diante do dever do Estado em promover a pacificação social mediante a composição dos conflitos de interesses, o que deve ser feito pela efetivação dos direitos, tem o legislador o dever, perante o direito fundamental do cidadão de receber tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, de instituir técnicas processuais idôneas e aptas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material.

7 - Conceder a tutela jurisdicional não é apenas formular a norma concreta que regerá determinada relação jurídica, mas também entregar ao jurisdicionado, titular de um direito subjetivo, o bem (coisa, dinheiro etc.) e/ou pô-lo na situação jurídica que o direito material lhe concede, permitindo-lhe usufruir dessa situação que lhe é garantida abstratamente. É somente com a conjugação da formulação da regra concreta pela sentença, produtora de efeitos, com a realização destes, que a tutela jurisdicional será completamente concedida.

8 - O que se pode antecipar são os efeitos práticos da tutela jurisdicional, os efeitos que adviriam de futura declaração, decretação ou condenação, colocando-se o autor na situação de fato, ainda que parcial, que somente adviria após a concessão da tutela jurisdicional pela sentença e sua efetivação.

9 - Tanto a cautelar, quanto a tutela antecipatória, são tutelas não satisfativas, uma vez que não definitivas. Enquanto a tutela cautelar apenas assegura, garante o que a doutrina chama de “eficácia da tutela jurisdicional”, a tutela antecipada concede imediatamente os efeitos práticos da tutela jurisdicional que somente seria concedida mais tarde, em momento adequado, após a realização da cognição exauriente pelo magistrado. Mas ambas as tutelas não são satisfativas, uma vez que não concedem, em definitivo, a proteção ao direito alegado em juízo, ao qual se pede a tutela jurisdicional.

10 - Para que a tutela antecipada possa ser concedida é imprescindível que haja pedido expresso da parte cuja antecipação interessa. A lei não estabelece prazo para que se peça a antecipação de tutela, não podendo falar

que tenha havido preclusão na hipótese de o autor não pedir a tutela antecipada logo na inicial.

11 - A antecipação da tutela não agride o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa: o contraditório será apenas postecipado para um momento futuro, no qual poderá defender-se amplamente, fazendo as alegações e protestando e produzindo as provas que entender necessárias.

12 - Tanto a decisão que concede, quanto a que denega a tutela antecipada devem ser clara e precisamente fundamentada pelo magistrado, que deverá expor as razões de sua decisão, demonstrando a presença ou a ausência dos requisitos legais para a caracterização da medida pleiteada.

13 - Não se deve antecipar um efeito concreto que se mostre irreversível para proteger um direito pecuniário e/ou patrimonial em prejuízo de outro direito patrimonial do réu sem que este tenha a oportunidade de se defender. Entretanto, tratando-se de um confronto entre o direito à vida, à saúde ou à integridade física ante um direito patrimonial, e apresentado-se aquele corroborado por prova suficiente que demonstre sua verossimilhança, deverá o magistrado optar por proteger aquele, na impossibilidade de se proteger a ambos.

14 – Para a concessão da antecipação da tutela, o requisito da presença de prova inequívoca, previsto no *caput* do art. 273 do CPC, deve ser entendido como prova suficiente a convencer o juiz da verossimilhança das alegações.

15 – Não é possível, na prática, estabelecer elementos que possam mensurar a quantidade de “certeza”, “probabilidade” ou “verossimilhança”. Por verossímil deve-se entender aquilo que parece verdadeiro, que é possível ou provável de não contraria a verdade.

16 – Apenas a hipótese do inciso I do art. 273 é caso de tutela de urgência, fundada na necessidade de o provimento ser concedido antecipadamente para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

17 - O requisito previsto no inciso II do art. 273 do CPC é requisito específico da tutela antecipada sancionatória que, para ser concedida, deve estar cumulada com os requisitos do *caput* do artigo, não sendo necessária a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

18 - A antecipação de tutela fundada na parte incontroversa da demanda não pode ser concedida em caráter liminar, nem pode ser pleiteada na

petição inicial, uma vez que se faz necessário esperar, no mínimo, pela contestação do réu para, somente então, verificar se algum pedido ou parcela dele tornou-se incontroverso. O art. 273, § 6º, não prevê técnica de desmembramento de pedido, nem excepciona o princípio da unicidade ou unidade do julgamento: trata-se de provimento concedido com base em cognição sumária.

19 - Quando do momento de prolatar a sentença, ainda que não haja novos fundamentos de fato ou de direito relevantes, deve-se admitir que a tutela antecipada seja modificada ou revogada, uma vez que somente agora, após uma análise mais acurada das alegações constantes da petição inicial, da contestação, da análise de todos os documentos e provas realizadas, estará o juiz proferindo uma decisão fundada em cognição exauriente.

20 - A doutrina vem entendendo que este § 7º do art. 273 se caracteriza como um mecanismo de mão dupla, i. e., assim como é possível conceder a medida cautelar quando pedida sob o título de antecipação de tutela, esta poderá ser concedida quando requerida sob a forma de medida cautelar.

21 - A declaração subjacente à sentença, com efeito, não pode ser antecipada, mas os efeitos concretos advindos da condenação, da ordem judicial ou do cumprimento por meio de auxiliares da justiça é plenamente possível, e se coaduna com a própria natureza do provimento antecipatório.

22 - Tutela inibitória é aquela destinada a evitar a prática, a repetição ou a continuação de um ato ilícito. Para sua concessão, não é necessária a ocorrência de dano, bastando apenas verificar a prática, ou a provável ocorrência de um ilícito. Visando a evitar a ocorrência, manutenção ou repetição de um ato ilícito, independentemente da possibilidade de ocorrência de dano, a tutela ressarcitória apresenta-se evidentemente insuficiente e inadequada, uma vez que esta última tem a finalidade de ressarcir os danos materiais ou morais causados a alguém, ou seja, após a prática do ilícito.

23 - A tutela inibitória é concedida por meio de provimentos diferenciados, antecipadamente ou ao final do processo, consistente na emissão ordem para cumprimento no prazo assinalado pelo juiz, acompanhada de medidas coercitivas.

24 - A multa fixada tem natureza processual, desvinculada do direito material, podendo seu valor ser exigida mesmo quando a decisão final, transitada em julgado, seja favorável ao réu.

25 - A proteção jurisdicional será concedida para proteção do interesse primário, inerente à coletividade e em busca do bem geral. O interesse secundário somente poderá ser protegido quando coincidir como interesse primário. A busca pelo interesse público primário deve se iniciar pela análise dos princípios e objetivos da República elencados na Constituição Federal. É a partir da análise do texto constitucional, dos princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais elevados a dogma constitucional que se encontrará o interesse que deve ser protegido.

26 - Pelo simples fato de estar o Estado constituído e organizado sob a forma de Estado Democrático de Direito, a previsão, geral e abstrata, de impedimentos à concessão de qualquer espécie de tutela jurisdicional que se apresente necessária para a justa, adequada e tempestiva proteção dos direitos configura-se inconstitucional, a retirar a legitimidade de atuação do próprio Estado.

27 - Nos litígios em que está envolvido o Estado, a Fazenda Pública ou qualquer outra pessoa, física ou jurídica: a) a tutela antecipatória deve ser concedida quando, cumpridos os requisitos, seja imprescindível para promover tempestivamente a efetiva proteção dos direitos; b) a tutela inibitória deve ser concedida quando se fizer necessária para impedir a ocorrência, a repetição ou a manutenção de um ilícito.

28 – O art. 1º da Lei n.º 2.770/56 que proíbe a concessão de tutela de urgência que objetive a liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro não foi recepcionada pela Constituição Federal, uma vez que configura afronta ao Estado de Direito, aos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional e ao direito fundamental de receber tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva.

29 - Demonstrado pelo importador, em juízo, que cumpriu com todos os requisitos exigidos para importar as mercadorias, apresentando-se as exigências das autoridades alfandegárias como manifestamente indevidas e abusivas, nada impede a concessão da tutela antecipada para liberação da mercadoria, ainda que haja pena *in abstracto* de perdimento de bens.

30 – O art. 1º da Lei n.º 9.494/97 impede a concessão de tutela antecipada que importe em reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Independentemente desta restrição, afigura-se de difícil caracterização a presença dos requisitos necessários

para a concessão da tutela antecipada nessas hipóteses. É mais fácil visualizar o receio de dano irreparável à Fazenda Pública se for concedida a tutela antecipada para reclassificar ou equiparar servidores públicos, ou conceder-lhes aumento ou extensão de vantagens. De qualquer forma, a proibição é inconstitucional, uma vez que a pretensão à satisfação urgente nasce no plano do direito material, não podendo ser delimitada pelo legislador.

31 – A conjugação da norma prevista no art. 1º da Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 com o disposto no art. 1º da Lei n.º 5.021/66 resulta no seguinte enunciado: a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, concedida em qualquer espécie de ação, não poderá determinar o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas em data anterior ao ajuizamento da ação, ou seja, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidas anteriormente à propositura da ação não poderá ser objeto de antecipação da tutela para o fim de determinar seu pagamento.

32 – No julgamento de Medida Cautelar na ADI 4/DF, o STF suspendeu a eficácia de todas as decisões que concedem a tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494/97. Todavia, o próprio STF vem mitigando esse entendimento, uma vez que não se aplicaria a restrição prevista no art. 1º da Lei n.º 9.494/97 em matérias outras que não as expressamente previstas neste dispositivo.

33 – A proibição constante no art. 1º da Lei n.º 8.437/92 não se limita apenas às ações cautelares ou de natureza preventiva, tendo sido estendida a todas as espécies de ações pelo art. 1º da Lei n.º 9.494/97.

34 - Ante a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional, demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, convencido o juiz da verossimilhança das alegações, não deve o magistrado ficar preso à restrição do art. 5º, I da Lei n.º 1.533/51 c/c o art. 1º da Lei n.º 8.437/92, sob pena de infringir direito e garantia fundamental, constitucionalmente previsto, além de estabelecimento de privilégio sem fundamento, a ferir o Estado Democrático de Direito.

35 - Se o recurso administrativo com efeito suspensivo não bastar para a tutela integral do direito da parte, deve-se admitir a interposição da ação mais

adequada, concedendo a tutela, antecipada ou final, necessária para a efetiva proteção do direito.

36 – A alteração no regime do agravo promovida pela Lei n.º 10.352/2001 reduziu a quantidade de mandados de segurança que objetivavam suspender a eficácia da decisão objeto do recurso de agravo de instrumento. Mas o mandado de segurança vem sendo admitido contra decisão judicial considerada teratológica, ou quando interposto por pessoa que não seja parte no processo em que a decisão foi proferida.

37 – A restrição prevista no inciso III do art. 5º da Lei n.º 1.533/51 refere-se à conveniência e oportunidade de aplicação de ato administrativo disciplinar, sendo possível sua revisão pelo Judiciário no que se refere à análise dos elementos do ato: sujeito ou agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade. Todavia, também os casos de flagrante ilegalidade e abuso devem ser conhecidos pelo Judiciário, como forma de proteção a toda a ordem jurídica e ao Estado de Direito.

38 - Se o próprio artigo 5º da Lei n.º 1.533/51 vem sendo minimizado diante das considerações do caso concreto, também as disposições constantes do art. 1º da Lei n.º 8.437/92 e do art. 1º da Lei n.º 9.494/97 são, por consequência, relativizados, de modo a poder a antecipação da tutela ser concedida nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei do Mandado de Segurança, sempre que necessário for para a proteção do direito da parte.

39 - Se a proibição de concessão de medidas liminares em mandados de segurança – ou qualquer outra espécie de ação – movidos em face da Fazenda Pública configura-se inconstitucional, pelos mesmos motivos a inserção de um limite temporal para a vigência da liminar também se apresenta com o mesmo vício. O provimento que concede a tutela jurisdicional antecipada deve vigor pelo tempo necessário para promover o completo afastamento de risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, não advindo novos elementos que afastem a verossimilhança das alegações do autor.

40 - O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que era incabível a concessão de liminares (cautelares ou antecipatórios), nas ações que visavam promover o desbloqueio dos cruzados, bem como que a sentença somente era exeqüível após o seu trânsito em julgado. Todavia, tratava-se de lei flagrantemente inconstitucional, ao infringir o Estado de Direito, furtando o Estado de

submeter-se ao ordenamento jurídico, ferindo o princípio da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, rompendo com os limites da propriedade privada além de impedir ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário.

41 - Para a antecipação da tutela inibitória o art. 100 da CF não se constitui em óbice para sua concessão, uma vez que a concessão da tutela inibitória (antecipada ou não) em face da Fazenda Pública, não a condenará ao pagamento de nenhuma importância, mas consistirá exclusivamente na emissão de ordem determinando um fazer ou não-fazer apto a impedir a realização, manutenção ou continuação de um ilícito.

42 – O reexame necessário não se aplica às decisões interlocutórias que concedem a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. A própria natureza da tutela antecipada pressupõe a inexistência de condições de eficácia protelatórias de sua efetivação, como o reexame necessário.

43 - Para a concessão da tutela inibitória antecipada não se faz necessário demonstrar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que a tutela inibitória não objetiva evitar a ocorrência de um dano, mas sim a prática de um ato ilícito.

44 – A tutela inibitória antecipada pode ser concedida em sede de ação civil pública, podendo-se utilizar, para tanto, do disposto no art. 84 do CDC, uma vez que a própria finalidade da ação civil pública denota a insuficiência das tutelas repressiva e ressarcitória.

45 - É de se admitir que ainda antes da ocorrência dos atos lesivos a ação popular seja manejada, pleiteando a concessão de tutela inibitória, visando a emissão de ordem judicial que impeça a ocorrência, repetição ou manutenção do ato lesivo. Não é necessário, entretanto, que se prove a efetiva lesão ao patrimônio público. Basta a demonstração de que será perpetrado ato ilícito em desfavor do erário público, apto ou não a produzir dano no patrimônio. Reservar à ação popular finalidade apenas desconstitutiva e ressarcitória das perdas e danos significa amputar do remédio constitucional seu maior objetivo: evitar a prática de atos ilícitos, que possam ou não causar prejuízos ao patrimônio público. Impedir a concessão da tutela inibitória, utilizando-se da ação popular, seria esperar, ou até mesmo desejar, que o ato atacado possa efetivamente causar um dano material ao erário, regredindo assim anos de evolução da tutela jurisdicional preventiva.

46 – A multa cominada pelo magistrado que incidirá na hipótese de descumprimento da ordem emitida deverá ser suportada pelos servidores públicos, incluindo-se os de cargos eletivos – que houverem dado causa ao descumprimento da ordem. Se a prisão por descumprimento de ordem judicial recai sobre a autoridade pública que descumpriu a ordem, com maior razão a multa pecuniária igualmente deverá recair sobre a autoridade.

47 - A concessão da tutela inibitória, emitindo-se ordem à Fazenda Pública, revela-se, na verdade, como cumprimento, pelo Poder Judiciário, da função constitucional que lhe é reservada. Entendimento contrário levaria à conclusão de que o Poder Executivo não está sujeito à atuação da justiça, podendo praticar ilicitudes sem que haja qualquer instrumento capaz de conformá-lo à atuação em conformidade com o ordenamento. O controle judicial dos atos da Administração constitui expressão do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. As tutelas de urgência e o poder público – algumas considerações sobre a LC 104/2001. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, jan./fev. de 2002, n.º 42, p. 157-175.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giufrè, 1983.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

_____. O contempt of court no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, jul./set. de 2003, n.º 111, p. 18 a 37.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1984, n.º 34, p. 273 a 285.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 246-266.

_____. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, jan./mar. 1996, n.º 81, p. 98-103.

BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Mandado de segurança: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.024/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud en el proceso civil. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. v. III.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CONTE, Francisco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. de 1995, n.º 718, p. 18 a 21.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A efetivação das liminares monetárias contra a Fazenda Pública. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. de 2004, n.º 56, p. 11 a 38.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, jan./mar. 1996, n.º 81, p. 54-81.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A Reforma da Reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v.1.

_____. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FADEL, Sérgio Fahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Realização de liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 159-194.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDE, Reis. *Medidas liminares (e providências cautelares ínsitas)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIANESINI, Rita. Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. (Coords.) *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Execução de multa – art. 461, § 4º do CPC – e a sentença de improcedência do pedido. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Jair. *Herança Jurídica de Hans Kelsen*. Campo Grande: UCDB, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Requisito da lesividade na ação popular. In.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000, v. 100.

_____. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 603 a 658.

HESPANHA, Benedito. O direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, jul./set. de 2004, n.º 48, p. 7 a 90.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o processo de execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad.: João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos Machado. Antecipação da tutela jurisdicional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.) *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado – parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

MAZZILI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, abr./jun. 1997, n.º 86, p. 24 a 34.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito constitucional administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Método, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, jun. de 2005, n.º 836, p. 11-33.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. de 2004, n.º 372, p. 77 a 86.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Jovene, 2002.

PERELMAN, Chain. *Lógica Jurídica: nova retórica*. trad. de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. Ação civil pública e separação de poderes – da interferência do Ministério Público no exercício da discricionariedade político-administrativa do Estado – um estudo de caso. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1987.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 199-230.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Hipóteses para concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, mar. de 2005, n.º 121,

SANTOS, Ernani Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 96, p. 45 a 58.

SHIMURA, Sérgio. Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. (Coords.) *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A multa da atuação das ordens judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, abr./jun. de 2003, n.º 110, p. 72-94.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. *Genesis – Revista de direito processual civil*. Curitiba: Genesis, ano 3, jul./set. de 1998, p. 473-494.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, e 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ainda sobre a recorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo de Arruda; WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim. (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, ano 2, jan./abr. 1997, n.º 4, p. 111-124.