

## SEM REVISÃO

# Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela antecipada

Roy Reis Friede<sup>(\*)</sup>

Juiz Federal – RJ

---

### 1. Medida liminar em tutela antecipatória

A rigor, não existe propriamente o que se convencionou chamar de medida liminar, no sentido formal de provimento administrativo-cautelar, em tutela antecipatória, não obstante, seja cediço reconhecer, em uma tradução ampla, a plena licitude quanto à conclusão corrente pela presença de um instrumento jurídico, provisório e antecedente, assemelhado ao consagrado instituto liminar, na disciplina normativa da denominada tutela antecipada, ainda que com natureza finalística diversa e sem qualquer possibilidade de deferimento *ex officio* e *inaudita altera pars*.

(Resta oportuno assinalar que a expressão liminar, do latim *liminare*, traduz, em uma linguagem ampla, todo o tipo de procedimento antecedente ao mérito. Nesse sentido genérico, portanto, é plenamente aceitável afirmar que o instituto da tutela antecipada, coaduna com o provimento liminar, ainda que, em termos mais rigorosos (e técnicos), seja preferível interpretar o instrumental antecipatório como não perfeitamente compatível com a convencionalmente designada medida liminar).

“Salvo no caso do art. 461, não cabe a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte*” (RT 735/359).

“O nosso ordenamento jurídico acolhe, por regra constitucional, o respeito ao devido processo legal. Com exceção a esse princípio, em determinadas situações, a Lei Processual admite a concessão de liminares *inaudita altera pars*. Expressamente, o instituto criado pelo art. 273 do CPC, não menciona a possibilidade de concessão de liminar, antes da citação. Em se cuidando da antecipação da tutela, somente no art. 461 é que se vislumbra a possibilidade. A antecipação da tutela, antes da citação, será viável somente em casos que,

---

(\*) Mestre e Doutor em Direito e Professor Titular do Departamento de Direito Público da UNESA, além de Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação daquela instituição. Autor de várias obras jurídicas, dentre as quais se destacam: “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública e Ação Cautelar”, 4ª edição, Editora Forense Universitária, RJ, 1999, “Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Tutela Específica”, 4ª edição, Editora Del Rey, BH, 1998 e “Comentários ao Código de Processo Civil” (6 volumes), Editora Forense Universitária, RJ, 1998.

por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência” (Ac. un. da 1ª Câ. do TJMT de 12.8.1996, no Ag. 6.380, Rel. Des. Barros Filho).

“Inadmissível a concessão de antecipação de tutela pelo Juiz antes da citação do demandado para oferecimento de sua defesa, a fim de verificar a existência de prova inequívoca e convencimento de verossimilhança da alegação” (Ac. un. 2ª Câ. do TJMT de 13.5.1997, no Ag. 7.198, Rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento)

“O provimento antecipado tem por escopo adiantar o provimento final, apreciando-se *initio litis* o mérito do pedido. Provimento de cunho, exauriente, embora reversível.

Impossibilidade de concessão da medida *inaudita altera pars*. Inteligência dos arts. 273 e 461, § 3º do CPC.

Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder.” (TRF/3ª Região, Agrar 03013493, 1ª T/SP, DJ 30.6.1996, Rel. Juiz Sinval Antunes, unânime).

Aliás, esse é o pensamento dotado de maior rigor técnico e amplamente dominante, também na doutrina vertente.

(De qualquer sorte, é fundamental assinalar e, sobretudo, esclarecer que, na hipótese de eventual concessão da tutela antecipada (por se tratar de tutela de mérito) há sempre o obstáculo maior (e, nesse sentido, superável) caracterizado pela efetiva presença do princípio constitucional do contraditório (na hipótese, contraditório material) a impedir, de forma invencível, o deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária, considerando, particularmente, que a própria referibilidade ao direito material, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, sem o qual qualquer decisão meritória (mesmo que antecipada e, neste especial, reversível (e de cognição sumária) somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.

Tal obstáculo – é importante esclarecer – inexistente de modo sinérgico, na tutela cautelar, posto que neste caso, de forma diversa da tutela antecipada, não há discussão sobre a questão de fundo (*merito cause*), existindo tão somente uma referibilidade processual (intrínseca) que, de nenhuma forma concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado contraditório formal que, embora, a exemplo do contraditório material, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser observado *a posteriori*, ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de preservação que é indiscutivelmente inerente à tutela cautelar).

“O requerimento de uma tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do *caput* do inciso I (não do inciso II que, evidentemente, só se verifica diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese, a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado, na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.” (Sérgio Bermudes, *in* “A Reforma do CPC”, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, pág. 36)

“Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto. (...) J. J. Calmon de Passos, *in* “Inovações do CPC”, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 13)

Ainda assim, determinados autores, e mesmo alguns julgadores, – dentre estes muitos confundindo os diferentes objetivos da tutela antecipada (de feição satisfativa e exauriente) e da tutela cautelar (de natureza acautelatória e não-exauriente) –, insistem em afirmar pela plena possibilidade de se prover liminarmente (e sem audiência da parte contrária) a tutela antecipada, o que tem motivado, de certa forma, o Poder Executivo (através de medidas provisórias) e o Poder Legislativo (por intermédio de sua competência constitucional) a, de modo atécnico e, em certo sentido, redundante, impor limites disciplinadores no que concerne à concessão da tutela antecipatória.

“Se urgente o deferimento da medida de antecipação da tutela, sob pena da possibilidade de ocorrência de grave, ou irreparável dano, a mesma deve ser assegurada liminarmente (ou seja, antes da ouvida do réu) a tutela, ouvindo-se em seguida aquele” (Francisco Cavalcante, *in* “Inovações no Processo Civil”, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1995, pág. 50).

“A inovação mais importante instituída pela Lei nº 8.952, de 1994, foi, sem dúvida, a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola (...)” (Humberto Theodoro Jr., *in* “As Inovações no CPC”, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, pág. 11).

De qualquer forma, ao que tudo indica, parece restar evidente à parcela majoritária (e mais tecnicamente capacitada), tanto da doutrina como da jurisprudência, as nítidas (e insuperáveis) diferenças, sobretudo finalísticos, de ambos os institutos (antecipatória e cautelar), afastando, neste diapasão analítico, qualquer possibilidade de concessão de provimento liminar, – no sentido específico de medida urgente desafiadora do princípio basilar do contraditório

–, em tutela antecipada, mormente se considerarmos o aspecto meritório (satisfativo e exauriente) que a mesma forçosamente contém em sua efetivação, ainda que parcial.

“Tutela antecipada não se confunde com medida liminar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido de ação” (Ac. un. da 5ª Câm. do TJRJ de 10.12.1996, no Ag. 4.266/96, Rel. Des. Miguel Pachá; RDTJRJ 32/240)

“A tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito reclamado, e não consiste em uma maneira de ampará-lo, como acontece com as cautelares. O art. 273 do CPC coloca como requisitos para a antecipação da tutela a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizada a resistência da parte adversa. Cândido Rangel Dinamarco, ao lecionar que o objeto da antecipação é a própria tutela requerida no processo, assevera com precisão:

‘A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se tratar de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor’ (in “A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, 1995, pág. 139).

Já no procedimento cautelar não se antecipa a prestação jurisdicional buscada na lide principal, pois isso implicaria atribuir-lhe o caráter de execução provisória da sentença a ser prolatada no processo principal, o que não é possível. Diversamente do que ocorre com a tutela antecipada, instituída pelo art. 273 do CPC para a admissibilidade da ação cautelar, além dos requisitos que devem ser observados em qualquer demanda, dentre eles os pressupostos processuais e condições da ação devem estar presentes o *fumus obni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito invocado pela parte e o *periculum in mora* ou o fundado temor de dano a direito de uma das partes.

Assim, não se pode dizer que com o advento do instituto da tutela antecipada o credor não possa valer-se das ações cautelares que entender por bem ajuizar para amparar o direito ameaçado, estando em pleno vigor o Livro III do Código de Processo Civil, que cuida do Processo Cautelar e medidas cautelares” (Ac. un. da 1ª T. do TJMS de 10.10.1995, na Ap. 45.065-3, Rel. Des. Chaves Martins; Adcoas, de 20.6.1996, nº 8.150.292).

## **2. Normas infraconstitucionais impeditivas (ou restritivas) quanto à concessão da tutela antecipatória**

No que tange ao instituto da tutela antecipada genérica (art. 273 do CPC) e específica (art. 461 do CPC), de forma diversa da tutela cautelar (e de seus respectivos provimentos liminares), basicamente existe apenas um único ato normativo, editado pelo Poder Legislativo, objetivando impor limites à concessão da tutela antecipatória contra o Poder Público.

Em termos mais precisos, trata-se da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que, por sua vez, originou-se do texto da Medida Provisória nº 1.570, inicialmente editada em 26 de março de 1997.

Esta mencionada MP nº 1.570/97, é importante assinalar, impôs, na verdade (numa razoável confusão legislativa), uma série de restrições a diversos instrumentos jurídicos, alterando expressamente o texto da Lei nº 8.437/92 (basicamente uma disciplina normativa limitadora de medidas liminares, de feição cautelar) e da Lei nº 7.347/85, relativo a disciplina legal da ação civil pública.

### **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.570, DE 26 DE MARÇO DE 1997**

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.)

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o dispositivo nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4-7 da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

‘§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória’.

Art. 3º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova’.

Art. 4º Esta Medida provisória entra em vigor na data de sua publicação (27.3.1997)”.

A medida provisória em questão foi reeditada em 24 de abril de 1997 (MP nº 1.570-1) já com alterações, suprimindo, desta feita, a anterior modificação consagrada no art. 2-7 da versão original, que foi reputada inconstitucional pelo STF.

#### **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.570-1, DE 24 DE ABRIL DE 1997**

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as Leis nºs 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º, da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Art. 2º O artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova’.

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação”.

As subsequentes reedições (MP’s nºs 1.570-2, 1.570-3, 1.570-4 e 1.570-5) repetiram, na íntegra, o texto da MP nº 1.570-1, permitindo que, em 10 de setembro de 1997, fosse editada a Lei nº 9.494 com base no texto último da MP nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997.

Ainda assim, de forma, no mínimo, surpreendente, o Poder Executivo editou nova medida provisória, em 11 de fevereiro de 1999, alterando, dentre outras, o texto da Lei nº 9.494/97, criando novas restrições, de modo geral, ao Poder Jurisdicional, e atingindo, de uma certa feita, a disciplina normativa da tutela antecipada que, em termos objetivos, continua restringida diretamente pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 e, agora, indiretamente, pelo art. 2º, B do mesmo ato normativo, ainda que na primeira hipótese seja oportuno consignar a existência de uma ADIN junto ao STF.

**LEI Nº 9.494, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997**

(Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências)

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

(Sobre a eficácia jurídica do presente dispositivo legal, resta consignar que o ‘STF, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.1997, sustando ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram. Votou o Presidente’ (STF-Pleno, ADC 4-UF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.2.1998, DJU 13.2.1998, Seç. 1, pág. 1)

Art. 1-7 A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

(artigo acrescentando por força do art. 5º da MP nº 1.798-3, de 8.4.1999)

Art. 2º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.’

Art. 2º A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangem apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com o ato da assembléia da entidade associativa que a autorizou,

acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Art. 2º B. A 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 seu trânsito em julgado”.

Parágrafo único. A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado e sentença proferida na ação principal.”

(artigo 2º A, 2-7 B e respectivos parágrafos únicos, acrescentados por força da MP nº 1.798-3, de 8.4.1999)

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.570-4, de 22 de julho de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”

(É importante assinalar que o texto original da MP nº 1.570, de 26.3.1997, aludia, em seu art. 2º, a uma importante modificação na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, vazada nos seguintes termos:

“Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”

O STF, em 15.4.1997, no entanto, suspendeu a eficácia deste dispositivo por seis votos a cinco (DJU de 24.4.1997, pág. 14.914), fazendo com que a Lei nº 9.494 tomasse por base a MP nº 1.570-5 (5ª reedição) desprovida deste dispositivo e com a conseqüente renumeração dos demais)

### **2.1 Restrições objetivas previstas na Lei nº 9.494/97**

Em termos objetivos, é lícito afirmar que as principais restrições à concessão da tutela antecipada se encontram previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/97 que, em seu texto redacional, expressamente alude à aplicação dos arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348/64, art. 1º da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92 aos institutos da tutela geral (art. 273 do CPC) e da tutela específica (art. 461 do CPC).

### **LEI Nº 4.348, DE 26 DE JUNHO DE 1964**

“Art. 5º 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.

Art. 7º 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”.

#### **LEI Nº 5.021, DE 9 DE JUNHO DE 1966**

“Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados, 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”.

#### **LEI Nº 8.437, DE 30 DE JUNHO DE 1992**

“Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Art. 3º O recurso voluntário, ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.”

Também, segundo o texto normativo da Lei nº 9.494/97, fica alterado o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que passa a vigor com a seguinte redação:

“A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Se considerarmos em seu conjunto, as restrições impostas pela nova lei vertente – em uma interpretação hermenêutica de feição sistêmica – encer-

ram, sobretudo, limitações para o deferimento da medida liminar (na verdade, antecipação *in limine*, como já nos referimos) em tutela específica (art. 461, § 3º, do CPC), possuindo, no que tange à denominada antecipação de tutela geral, prevista no art. 273 do CPC, no mínimo, alcance menor, na própria medida que inexistente na hipótese provimento liminar *inaudita altera pars*, conforme já nos referimos.

Por efeito, o disposto no art. 5º da Lei nº 4.348/64 e a previsão ínsita no § 4º do art. 1º da Lei nº 5.021/66 cingem-se, pelo menos em princípio, a pretensas medidas liminares deferidas sem a audiência da parte contrária (possuindo, neste sentido, nítida característica cautelar), o que, em todos os casos, não encontra respaldo de aplicabilidade prática no que tange ao instituto da chamada tutela antecipada (art. 273 do CPC), considerando que o escopo de atuação da antecipação meritória somente se efetiva após a resposta do réu (ou de audiência específica) e da conseqüente caracterização do contraditório.

Como, por outro prisma, os arts. 1º e 3º da Lei nº 8.437/92 aludem expressamente a procedimento cautelar, de incontestável natureza diversa em relação ao instituto antecipatório (que, por sua vez, apresenta-se com indiscutível matiz cognitiva), resta, nesta acepção, a absoluta inaplicabilidade efetiva da restrição *sub examen* e, por efeito conseqüente, a sinérgica possibilidade legal de se prover, pelo menos em princípio, a antecipação meritória pretendida, com fulcro no art. 273 do CPC, após a oitiva do réu (integrante da Fazenda Pública), independente de outras condicionantes legais, com exceção das que tenham por objeto recursos públicos, em face da restrição imposta pelo art. 2º B, introduzido por força da MP nº 1.798/99, *verbis*:

“Art. 2º B. A 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 seu trânsito em julgado.

Parágrafo único. A sentença proferida em ação cautelar só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado e sentença proferida na ação principal.”

## **2.2 Recorribilidade ampliada**

Sob o aspecto recursal, todavia, a nova legislação restritiva da concessão de tutela antecipada parece ter plena e sinérgica efetividade.

Nesse sentido, o art. 7º da Lei nº 4.348/64, assim como os arts. 3º e 4º da Lei nº 8.437/92, ao incluir obrigatório efeito suspensivo nos recursos interpostos contra o deferimento da tutela antecipada, adiciona importante restri-

ção ao exercício da faculdade anterior de se prover (ou não) efeito suspensivo quando da apreciação do recurso de agravo, na modalidade por instrumento.

Desta feita, a anterior opção do julgador, quando da apreciação do recurso e de seu eventual provimento, simplesmente desaparece, ensejando lugar à inafastável imposição do efeito suspensivo no eventual recurso interposto contra a antecipação porventura concedida no juízo originário.

Também, o recurso próprio e específico (e, neste particular, até então único) de agravo contra a concessão da antecipação da tutela enseja lugar a outras possíveis modalidades recursais (até então inadmissíveis *in casu*), como o recurso administrativo de suspensão de efeitos da antecipação, apreciada pelo presidente do tribunal a que se encontra vinculado o julgador originário.

### **2.3 Limites quanto ao objeto da antecipação**

Não obstante a doutrina mais abalizada sobre o tema sempre ter manifestado entendimento no sentido de que o objeto próprio e particular da antecipação de tutela meritória (arts. 273 do CPC) limita-se a prestações futuras (uma vez que as prestações pretéritas (os denominados atrasados em se tratando de prestações periódicas) gozam da prerrogativa de pagamento (e quitação) através de precatórios judiciais, o art. 1º da Lei nº 5.021/66, aplicável aos arts. 273 e 461 do CPC, não permite mais qualquer dúvida nesse particular, considerando a expressa disposição normativa impeditiva de qualquer forma de antecipação sobre prestações vencidas e/ou anteriores ao ajuizamento da ação em que se deseja o deferimento da tutela antecipada.

Aliás, mesmo antes do advento da disciplina legal restritiva em epígrafe, expressiva parte da jurisprudência já nutria posicionamento neste sentido, *verbis*:

“Providência plenamente satisfativa da pretensão de direito material, que essa Colenda Segunda Turma, a exemplo das demais que integram o egrégio tribunal, têm como ato ilegítimo, que ao juízo não é dado proferir na antecipação de tutela para pagamento de vantagens e vencimentos a servidores, aplica-se, por analogia, a vedação da Lei nº 5.021/66” (TRF/1ª Região, AG 0136882, 2ª T/DF, DJ 12.5.1997, Rel. Juiz Antônio Sávio, maioria).

### **2.4 Exigência de prestação de caução para o deferimento da antecipação de tutela cognitiva**

Quanto ao acréscimo do § 4º ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, por força da MP nº 1.570/97, *verbis*:

“§ 4º Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.”,

deve ser consignado, em nosso entendimento, – de forma diversa do restante do texto normativo – a perfeita correção redacional do dispositivo em análise que expressamente alude, de maneira diferenciada, à concessão de medida liminar (de nítida feição cautelar) e à concessão de medida antecipatória (como as previstas nos arts. 273 e 461 do CPC (de incontestes natureza cognitiva), ambas em qualquer hipótese, passíveis, com fulcro neste regramento (embora no que diz respeito às providências cautelares já existisse disposição legal semelhante), de garantia real ou fidejussória, na qualidade de autêntica prestação contracautelar (ainda que na segunda hipótese (antecipação de tutela meritória) mais certo seria afirmar pela existência *in casu* de verdadeira prestação cautelar de garantia).

De qualquer forma, cumpre registrar que o acréscimo normativo em questão foi reputado, em votação apertada, seis votos a cinco (DJU 24.4.1997, pág. 14.914), inconstitucional pelo STF, tendo sido suprimido das reedições subsequentes da MP nº 1.570/97 e, conseqüentemente, não incorporado ao texto da vigente Lei nº 9.494/97.

### **2.5 Constitucionalidade da Lei nº 9.494/97**

Em que pese algumas vozes discordantes, entendemos que inexiste, na atual configuração vigente, qualquer vício de ineficácia jurídica (inconstitucionalidade) macular a Lei nº 9.494/97 em sua disciplina restritiva quanto à concessão da tutela antecipada (art. 273 do CPC) ou da tutela específica (art. 461 do CPC), na própria medida em que os institutos em questão não possuem natureza cautelar e, portanto, não encontram abrigo no princípio da inafastabilidade ampliada do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88).

Esta também é, em particular, a posição de Celso Ribeiro Bastos (*in* Executivo *versus* Judiciário, Correio Braziliense, edição de 6.4.1997), não obstante o autor, na defesa da plena constitucionalidade da MP nº 1.570/97 (atual Lei nº 9.494/97), independente de sua consagrada sabedoria, ter, em nosso modesto entendimento, acabado por incorrer em um pequeno deslize, ao confundir o preceito meritório antecipado da tutela prevista no art. 273 do CPC (consignado no livro I do *codex* processual vigente relativo ao processo de conhecimento) com o preceito de segurança cautelar (de natureza assecuratória) previsto nos dispositivos registrados no livro III do CPC, concernente ao processo cautelar.

“A Medida Provisória nº 1.570/97 provocou grandes alaridos vindos de diversos setores da sociedade e dos próprios poderes envolvidos, o Judiciário e o Executivo.

Uma leitura atenta dos pouquíssimos artigos da medida, na verdade três, revela que ela contém, na maior parte, medidas atualizadoras de leis recentes, dentro de nossa tradição jurídica, sendo que, quando inova, o faz para, com muita justiça, impor um certo equilíbrio entre os conflitos de interesses que se estabelecem entre quem pleiteia uma liminar e o Poder Público que a sofre.

Preliminarmente, temos que consignar que impor limitações ao uso de liminares é praticamente contemporâneo à própria criação do instituto.

As liminares nasceram para atender a situações de extrema especificidade, nas quais o administrado se afigurava como o requerente de algo que só lhe poderia ter efetivo valor se concedido *incontinenti* e não ao final do processo. Ademais, elas eram concedidas sem prejuízo para o Poder Público.

Quando o prejuízo surgiu, logo com o segundo pós-guerra, na importação e desembaraço de veículos automotores, surgiram as primeiras leis proibitivas da concessão de liminares com efeitos alfandegários (como foi a Lei nº 2.770/56).

Outro ponto a ser observado é que, por outra via processual, em linguagem comum, isso é exatamente o que estabelece o artigo 1º da Medida Provisória que se analisa.

O artigo 2º, reconhece-se desde logo, inova e o faz para melhor. A medida de urgência, liminar ou antecipação da tutela, para que possa ser um instrumento real de justiça tem de se prestar a evitar um dano para ambas as partes – o particular e o Poder Público. A medida judicial que empurra o dano para só um dos lados, não faz jus a sua existência e, consigam-se também, com muito maior razão, não pode ela transformar-se num elemento de transferência de danos pessoais para o patrimônio público. É por isso que, para que caiba essa medida extraordinária, é necessário examinar se está o requerente sob a possibilidade de sofrer um dano que a sentença final não previu. Também, o mandado de segurança, que era a sede processual onde se obtenham as liminares e que foi sendo gradativamente moralizado pelo legislador, por meio de sucessivas leis que disciplinaram e moderaram sua utilização, foi simplesmente abandonado em favor de uma série de outras medidas – em especial, a medida cautelar inominada. Essas últimas passaram a contar com a possibilidade de liminares, mas sem as restrições de condicionamento estabelecidos com relação ao mandado de segurança.

Novamente, o legislador teve de conter – para usar as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal (STF), – “a manifestação daquele entusiasmo e bem intencionado abuso da cautelar inominada.”

Eis que surge, então, com a reforma processual civil de 1994, o instituto da tutela antecipada. O que fez, então, a medida provisória sob comentário? Simplesmente estendeu a esta nova medida as proibições já constantes de leis anteriores a hipóteses que são semelhantes já que a tutela antecipada apresenta nitidamente a natureza cautelar. (*sic*)

Parece óbvio que, se algo não há de ser obtido liminarmente pela via do mandado de segurança ou da cautelar também não o deva ser, terá possibilidade de reparar e mais do que isto, se uma vez concedida esta liminar, terá o seu beneficiário condições de devolver os benefícios e os bens que houve por força da medida de que se beneficiou – não confirmada pela sentença.

Parece justíssimo que assim se imponha, e é ao que procede o § 2º da medida provisória ao exigir que, para as hipóteses em que a administração possa sofrer o dano da concessão de uma liminar que depois não se confirme, tenha ela como recompor seu patrimônio mediante a caução que o artigo exige – o depósito do valor em disputa ou o compromisso de alguém idôneo em resgatar esse débito, medida de equilíbrio e temperança.

O artigo 3º da medida vem dizer o que, de certa forma, é o óbvio, pois as sentenças dos juízes só têm eficácia contra terceiros nos limites de atuação do seu órgão. O contrário é que seria absurdo: um juiz federal de Fortaleza conceder uma tutela antecipatória para ser cumprida no Rio Grande do Sul.

Vê-se, pois, que nada de revolucionário nem de profundo foi editado, que pudesse justificar uma troca ríspida de argumentos entre os envolvidos. É fácil perceber que por trás disso está um fato que chega a ser mesmo político, referente ao pagamento dos 28% de aumento aos funcionários públicos civis da União, irresponsavelmente concedidos no final do mandato de um presidente que não primou pela economia com os gastos e nem com a constitucionalidade. Evidentemente, por ter dado esse aumento aos militares, estaria obrigado pela Constituição a estendê-lo aos civis.

O desastre já foi praticado. Cumpre repará-lo. Mas tenho para mim que a função do STF é a de encontrar a solução justa para o caso, e a justiça do Supremo é aquela que se calca na Constituição, mas se estende até a política. Um ato jurídico justo não pode levar ao impossível e nem ao desastroso, que é o que, na melhor das hipóteses, ocorreria com o pagamento imediato dos 28% de aumento.

A medida presidencial não significa, de nenhuma forma, o fechamento do acesso ao judiciário, eis que permanece perfeitamente aberta essa via para a reclamação do funcionário lesado. Simplesmente há de se entender que esse pleito há de se compatibilizar com medidas processuais adequadas e que não

criem o caos financeiro. O que se espera é que o Supremo cumpra seu papel de resolver os conflitos entre os poderes, mantendo-se sempre fora do próprio conflito, sob pena de termos a anarquia institucional porque não existe um terceiro órgão capaz de resolver juridicamente um atrito entre o Executivo e o Judiciário.

Alguém dirá, então que a solução é fácil: o Judiciário dita e o Executivo cumpre. Temos que essa é mesmo a regra a prevalecer nas questões corriqueiras. Mas quando elas dizem respeito ao destino de toda uma política econômico-financeira, os argumentos do Executivo têm legitimidade suficiente para serem absorvidos pelo Judiciário no processo de decisão final. Aliás, no momento, nada se pede de ilegal ou inconstitucional ao Judiciário. Pede-se somente uma interpretação razoável da medida provisória para que não seja inutilizada como instrumento de interesses.”

A verdade, de qualquer sorte, é que existem razoáveis dúvidas na doutrina quanto à possibilidade de se restringir a concessão de medidas liminares (e, portanto, de providências cautelares) através de legislação infraconstitucional, em decorrência da previsão constitucional que menciona expressamente a garantia contra a “ameaça ao direito”.

Nesse diapasão, resta afirmar que a Constituição do Império (1824), a primeira Constituição Republicana de 1891, e as Constituições de 1934 e 1937 eram todas, em princípio, omissas quanto ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional quanto às lesões de direito individual. Foi somente com o advento da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º, “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”) que o princípio em epígrafe, pela primeira vez, tornou-se expresso (não obstante a interpretação doutrinária de que o seu cumprimento anterior se entendia decorrente do próprio mecanismo do sistema jurídico de garantias individuais), ratificado *in totum* pelo art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967 e pelo art. 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

“O princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário nasceu com a Constituição de 1946, que tinha uma redação quase idêntica à atual: à lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Pontes de Miranda, contudo, observa, com muito acerto, que este princípio era tido como presente na Constituição de 1891, porque na verdade estava implícito na sistemática constitucional então adotada.

Com efeito, foi em 1891 que o Brasil se filiou à tripartição dos poderes, de maneira desenganada. E, como se sabe, o Sistema Constitucional então

implantado inspirou-se, em suas grandes linhas, na Constituição norte-americana. Esta filiação é muito importante para explicar o papel do Poder Judiciário na nossa história, ao qual sempre coube ser o recurso último para todas as lesões de direito, provenham elas de onde provierem.

É, portanto, um dos sustentáculos do Estado de direito. Mas, mais do que isto: alguns países preferem seguir o modelo francês que, nada obstante dar lugar também a um Estado de direito, implanta uma repartição da função jurisdicional. Parte das questões são ajuizadas perante o Poder Judiciário, enquanto outras têm de ser levadas a um contencioso administrativo, organismo que desempenha funções jurisdicionais, sem contudo fazer parte das estruturas do Poder Judiciário. Nada disso ocorre no sistema constitucional brasileiro, tal como consolidado a partir de 1891.

Desde então, firmaram-se duas idéias que, embora de conteúdos aparentemente diversos, no fundo significam a mesma coisa.

Uma é a de que toda lesão de direito, toda controvérsia, portanto, poderia ser levada ao Poder Judiciário e este teria de conhecê-la, respeitada a forma adequada de acesso a ele disposta pelas leis processuais civis.

A outra é a de toda a jurisdição, o que significa dizer, toda a decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica, só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Não haveria jurisdição fora deste, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo”. (Celso Ribeiro Bastos *in* “Comentários à Constituição do Brasil”, 2º vol., 1ª ed., Saraiva, 1989, págs. 170-171)

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, outrossim, inovou, ao ampliar o alcance do dispositivo, incorporando, ao lado das lesões, as ameaças a direito e em não mais restringir às situações jurídicas que envolvam a proteção dos direitos individuais, conferindo, desta feita, ao Poder Judiciário possibilidades de alterações que até então não possuía e, conseqüentemente, ampliando a sua esfera de interferência e seu poder intrínseco, especialmente no que tange à aplicação de particular e específica de medidas liminares de modo geral.

“É interessante notar que a maior regra que assegura o acesso ao Judiciário, quando haja lesão ou ameaça de lesão a direito, não se insere dentre as do Capítulo III dedicadas ao Poder Judiciário. Localiza-se meio aos Direitos e Garantias Fundamentais como a ressaltar não só a competência do órgão jurisdicional mas, também, a garantia que se empresta aos direitos individuais coletivos dos cidadãos, como que a confirmar a advertência de Santi Romano.

Segundo a pré-falada norma Constitucional (art. 5º, no XXXV, da CF), ninguém, nem mesmo a lei, que a expressão maior da vontade nacional, pode



excluir uma lesão ou ameaça de lesão a direito do controle do Judiciário. Esta regra já existia na Constituição passada, só que com redação menos feliz, pois dava margem a interpretações restritivas, além de, efetivamente, ter previsto a criação de um contencioso administrativo de curso prévio e forçado.

Deveras, ao dispor: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’ o constituinte deu margem a interpretações restritivas como as que afirmaram só ser possível o ajuizamento de demandas com vistas a afastar lesões de direito, mas não para se por em segurança contra ameaças de sua ocorrência. Ou para restringir a atuação do Judiciário a casos de lesão a direitos individuais, excluídos dos direitos coletivos ou difusos.

A atual redação deste dispositivo da Constituição, como aliás em quase todo o seu texto, foi mais feliz e precisa ao afirmar. À lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ Desse modo, sem sombra de dúvidas, passaram a ser abrangidas não só as lesões já verificadas a direito mas, também, as ameaças de lesões a direitos. Por outro lado, ao utilizar-se da expressão ‘direitos’ no seu sentido amplo, permitiu o acesso ao Judiciário em defesa de direitos individuais, coletivos ou difusos. Assim, basta a ameaça a qualquer desses direitos para autorizar o indivíduo a buscar socorro no Poder Judiciário.” (Edgard Silveira Bueno Filho, *in* a Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e a Ameaça de Direito, R. AJUFE, dez./91, págs. 52-53).

Como, entretanto, a antecipação de tutela cognitiva geral (art. 273 do CPC) ou mesmo a antecipação de tutela cognitiva específica (art. 461 do CPC) não possuem natureza cautelar – e, de igual modo, não possuem também previsão constitucional –, não há como, mesmo por pretensa analogia, estabelecer idênticos parâmetros que conduzem ao raciocínio jurídico interpretativo que qualquer norma legal infraconstitucional, de vigência posterior, não possa estabelecer restrições (ou mesmo simplesmente revogar) às previsões legais disciplinadoras da tutela antecipada que também possuem idêntico nível infraconstitucional.

Não há como, por efeito conseqüente, em nosso entendimento, reputar ineficaz, sob o aspecto jurídico, por pretense (porém, inexistente) vício de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.494/97 e todas as restrições e/ou limitações que a mesma contenha, de forma objetiva, inserida na disciplina legal da denominada tutela antecipada (art. 273 do CPC) e da tutela específica (art. 461 do CPC).