

DIVANNIR RIBEIRO BARILE

**A ADEQUAÇÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA FRENTE
AO ESTADO. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS
DECISÕES PROVISÓRIAS**

PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2010**

DIVANNIR RIBEIRO BARILE

**A ADEQUAÇÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA FRENTE
AO ESTADO. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS
DECISÕES PROVISÓRIAS**

Monografia apresentada à
Banca Examinadora da
Pontífica Universidade Católica
de São Paulo, como exigência
para a obtenção do título de
especialista em Direito
Processual Civil, sob a
orientação do Professor
Francisco José Caseiro Neto.

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2010**

DIVANNIR RIBEIRO BARILE

**A ADEQUAÇÃO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA FRENTE
AO ESTADO. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS
DECISÕES PROVISÓRIAS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontífica Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Francisco José Caseiro Neto.

BANCA EXAMINADORA

Dedico a todos aqueles que fazem parte da minha vida, nos momentos de fraqueza, me prestam a força, na dúvida, sabedoria e perseverança; e no final me fazem enxergar que estou apenas no começo.

Aos meus pais pela luta diária para possibilitar-me todas as oportunidades.

Aos meus pares de labuta, Debora, Mirty, Janice e Stella, eterno agradecimento pela paciência. Ao meu amigo Dr. Jose Maurício da Silva Mello pela inspeção jurídica. A meu Professor Caseiro, muito obrigado pela confiança.

Meus sinceros agradecimentos a todos os mestres pelo carinho e atenção dispensados, pois mais do que educar é forjar novos valores que certamente construirão uma sociedade mais justa.

RESUMO

As técnicas visando a uma prestação jurisdicional eficaz e tempestiva encontram no Direito Romano suas raízes, como nos interditos, de cognição sumária, entregando o direito material pleiteado de forma justa e adequada. O tema abordado será desenvolvido a partir de origens históricas, para posteriormente analisarmos os institutos das cautelares e da antecipação de tutela, a proposta de estabilização de tutela, atualmente em trâmite no Senado Federal e o princípio da segurança jurídica nas decisões provisórias, que emprestando da teoria do fato consumado no direito administrativo traz efetividade e estabilização das decisões para o estado em um todo. As mudanças na sociedade moderna e a complexidade de suas relações exigem um processo que permita a realização da pretensão devida com justiça e tempestividade, vale dizer, uma efetiva prestação jurisdicional.

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	8
1. O PROCESSO COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO DE JUSTIÇA NO BRASIL	11
1.1. Influências históricas no direito processual civil brasileiro.....	11
1.2. Panorama doutrinário da efetividade processual.....	12
1.3. O acesso à justiça e a efetividade do processo.....	14
2. AS FORMAS DE PRESTAÇÕES JURISDICIONAIS	18
2.1. Antecedentes históricos	18
2.2. A prestação jurisdicional com cognição plena.....	19
2.3. A prestação jurisdicional provisória e a tutela de emergência.....	22
2.4. A prestação jurisdicional provisória e a cognição sumária	23
3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	27
3.1. Compreensão de medida liminar	27
3.2. Compreensão de tutela antecipada.....	29
4. A FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS URGENTES	35
4.1. A fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias – pedido incidentais....	35
4.2. A fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias	36
5. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL	39
5.1. A confirmação da tutela antecipada e da liminar pela sentença de mérito. A estabilidade das relações jurídicas.....	39
6. A VEDAÇÃO DE MEDIDAS URGENTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	46
6.1. Lei 8437/92: Da impossibilidade de liminares	46
6.2. Lei 9494/97: Da impossibilidade de tutela antecipada.....	55
7. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	59
7.1. A estabilização da tutela antecipada: o Projeto de Lei nº 186/2005	59
CONCLUSÕES.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
ANEXOS – TEXTOS E JURISPRUDÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

A monografia apresentada, intitulada “*A adequação da irreversibilidade da tutela antecipada frente ao Estado. O impacto do princípio da segurança jurídica nas decisões provisórias*”, serão abordados conceitos referente à tutela antecipada e cautelar, institutos de grande relevância no processo civil brasileiro para, posteriormente, ser feita uma reflexão sobre o seu impacto dado de maneira provisória pode ocasionar ao sistema jurídico brasileiro.

O legislador tem buscado de forma constante o aprimoramento das técnicas processuais, dentro dos princípios constitucionais do acesso à justiça, da efetividade do processo, da ampla defesa e do contraditório, aperfeiçoando as técnicas de tutela dos direitos colocados à apreciação do Judiciário, que não podem restar embaraçados, quer seja pela morosidade na prestação jurisdicional ou pela falibilidade da técnica processual. Nesse vetor, os institutos que serão analisados encontram grande importância na finalidade precípua da jurisdição, que é a distribuição de justiça tempestiva e eficaz.

O processo, como instrumento de pacificação de conflitos, somente alcançará pleno êxito no seu desiderato, quando na prática gerar resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento espontâneo dos preceitos legais.

Por conseguinte, o processo adequado deve dispor de mecânicos aptos a gerar ou induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação devida.

Dessa forma, quando se proporciona judicialmente ao titular do direito a obtenção de toda a pretensão, haverá prestação jurisdicional específica., vale dizer, a adequada prestação jurisdicional aplicada no fato concreto.

O objetivo dessa monografia é demonstrar a evolução das técnicas aplicadas no processo civil, em consonância com as recentes orientações doutrinárias, identificando características procedimentais alinhadas com as garantias constitucionais do devido processo legal.

Assim sendo, em apertada síntese, serão feitas considerações acerca da evolução histórica da função jurisdicional do Estado e das influências no direito processual civil brasileiro.

Outrossim, serão apresentadas as características das técnicas de tutela jurisdicional, a definitiva e a provisória, esta eficaz e tempestiva, enquanto aquela, segura e imutável, ou seja, a primeira lastreada na segurança, e a outra na efetividade.

Será discorrido ainda, sobre a concessão da medida liminar que implica na consolidação de uma situação de fato em que, existem situações nas quais a alteração se faz desaconselhável, sob pena de se infringir dano a ambas as partes e terceiros, acabando por perpetuar uma situação de fato que não convém seja modificada.

Tal hipótese não se trata da aplicação da denominada da “teoria do fato consumado” do direito administrativo, teoria esta rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se exclusivamente em afirmar temporalmente a consolidação jurídica pelo princípio da segurança jurídica em que as decisões jurisdicionais devem se portar.

Por fim, serão feitas considerações sobre o Projeto de Lei nº 185/2005, que versa sobre a estabilização da tutela antecipada, analisando-se, preliminarmente, o contraditório eventual e o mandamento monitório.

De tal modo, o intuito desse trabalho é a compreensão das técnicas desenvolvidas desde as origens romanas, e que permanecem com todo o vigor, na constante busca de um processo justo, tempestivo e eficaz, visando alcançar a mais abrangente prestação jurisdicional e a segurança jurídica.

As questões jurídicas aqui trazidas refletem a vivência diária que submetemos, principalmente na Justiça Federal de São Paulo, 1ª Subseção Judiciária. Verifica-se ao longo de cinco anos a sensível redução de acervo em

tramitação de feitos cíveis, porém, o crescimento aritmético em feitos fiscais e previdenciários, portanto será possível refletir pelas questões abordadas a necessidade de decisões robustas e que proporcionem solução rápida do legítimo para segurança das partes envolvidas.

1. O PROCESSO COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO DE JUSTIÇA NO BRASIL

1.1. Influências históricas no direito processual civil brasileiro

A pujança do ordenamento jurídico de Portugal alcançou seu apogeu com D. Afonso V que, educado na França, local de grande influência do direito romano, decretou as Ordenações Afonsinas, que vigoraram de 1446 a 1521.

A esta seguiram-se outras, como as Ordenações Manuelinas, de D. Manuel e, as Ordenações Filipinas, com Felipe II da Espanha, esta última criando o preâmbulo dos procedimentos especiais e diferenciados, destacando-os do procedimento comum, além da sistematização do processo civil, com as fases postulatória, probatória, decisória e até executória.

Com a independência do Brasil em 1822, a ausência de um ordenamento jurídico nacional manteve a vigência das Ordenações Filipinas, através do decreto de 20 de outubro de 1823.

No ano de 1850 é criado o Regulamento 737 como a finalidade de regular as relações comerciais, vigendo juntamente com as Ordenações Filipinas que regulavam a jurisdição civil.

O Conselheiro Ribas, em 1871, recebeu a missão do Império brasileiro de reunir toda a legislação esparsa juntamente com as Ordenações Filipinas visando a sistematização de todas as leis vigentes. Com a proclamação da República, veio em 1890 o Decreto 763, extinguindo as Ordenações Filipinas e determinando que o Regulamento 737 abrangesse além do processo comercial, o processo civil.

Ainda, como tal Decreto permitia que cada Estado criasse suas próprias normas processuais civis, após a promulgação da Constituição de 1891, assim fizeram os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia, dentre outros.

Entretanto, a diversidade da referida legislação processual civil, codificada em cada ente federado, acarretou dificuldades diversas, culminando com a determinação na Constituição de 1937 para a elaboração de um Código de Processo Civil e Comercial. O Código Unificado de Processo Civil Brasileiro ocorreu em 1939, a partir do projeto de autoria de Pedro Batista Martins, revisado por Guilherme Estellita.

No ano de 1964, Alfredo Buzaid inicia a elaboração do anteprojeto de reformulação da legislação processual civil, auxiliado por José Frederico Marques, Luís Antônio de Andrade e Luis Machado Guimarães, que após tramitação no Congresso Nacional e inúmeras emendas foi sancionado em 1973 com a Lei 5.869/73.

Como se pode observar, a evolução do direito processual civil pátrio teve sempre como objetivo principal a efetividade processual visando a tempestiva realização do direito material pretendido, perseguindo, sempre, a verdadeira distribuição de Justiça, como nos dizeres de Alfredo Buzaid, na conclusão da exposição de motivos do atual Código de Processo Civil:

Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito. Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação de sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-á, assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo.

1.2. Panorama doutrinário da efetividade processual

A lei material ou processual é eficaz e efetiva quando tenha a faculdade de aplicação imediata, produzindo todos os efeitos que dela se possa esperar.

Analogamente, efetividade processual se traduz no perfeito alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça, e também como forma de pacificação e modificação social, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas, vale dizer, um processo que revele uma justiça tardia, ou que demonstre na realidade uma série de procedimentos ou institutos que na prática sejam ineficazes para garantir a autêntica proteção do direito material pleiteado, é absolutamente desnecessário.

Nesse vetor, a efetividade pode ser entendida como o direito a um processo rápido, seguro e eficaz, proporcionando às partes envolvidas no processo a tutela jurisdicional adequada, e ainda, como princípio norteador do direito processual para realizar com eficiência a sua função instrumental dos direitos materiais, de forma justa e satisfatória.

O processo deve ser entendido como algo mais amplo que um instrumento técnico, na análise de João Batista Lopes, a seguir:

As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja, a pacificação com justiça. Expressões como *acesso à ordem jurídica justa, instrumentalidade substancial, efetividade do processo*, etc., resumem os escopos dessa moderna corrente processual que repele a idéia de processo como mero instrumento técnico.¹

Na convergência desse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque se posiciona a respeito do atual conceito do direito processual, como segue:

Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo direito material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.²

¹ LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.16.

Contudo, o processo deve se distanciar de um formalismo muito intenso que não seja capaz de realizar sua função modificadora, quer no âmbito social e cultural, como também no econômico, ou seja, o processo deve ser posto a serviço do homem e não o contrário, como leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de *alterar o mundo*, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.³

Do exposto, encontra-se a idéia de efetividade sustentada por Cândido Rangel Dinamarco:

(...) a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais.⁴

Assim sendo, há de se concluir que a efetividade deve refletir no processo de maneira que o torne, ao mesmo tempo, instrumental, social, ético e justo.

1.3. O acesso à justiça e a efetividade do processo

O processo é o instrumento da jurisdição, possibilitando ao Estado a pacificação dos conflitos, oferecendo às partes a oportunidade de autocomposição, como também solucionando o feito através da cognição feita pelo magistrado, fundado no ordenamento jurídico.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.297.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 270.

Nesse sentido, o processo é concomitante a forma de o Estado preservar a paz social, como também o meio pelo qual a parte faz valer sua pretensão em juízo, ou seja, atende a um interesse público, que é o direito objetivo, e noutra pólo satisfaz o direito subjetivo da parte de evocar o Judiciário.

Isto posto, o processo propicia às partes o acesso à justiça, na qual a jurisdição deve possibilitar o acesso a um maior número de pessoas e dos mais diversos tipos de lides, garantindo-lhes o devido processo legal para interagir no convencimento do magistrado, ou seja, o contraditório e a ampla defesa, com o fito de atingir uma solução justa, pacificando a lide.

Contudo, o direito de acesso a justiça, além de permitir às partes invocar o Judiciário para solução do conflito, deve conter uma tutela jurisdicional apropriada, que seja efetiva e tempestiva.

Todavia, os atos processuais estão sujeitos a obediência da forma que garante a regularidade e legalidade do desenvolvimento do processo, alicerçando o direito à segurança jurídica, garantia fundamental que assegura que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (CF/88, artigo 5º, inciso LIV), propiciando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (CF/88, artigo 5º, inciso LV).

Dessa maneira, a efetividade do processo encontra-se no equilíbrio de duas forças, quais sejam, a celeridade na solução do litígio assegurando às partes a satisfação do direito pretendido, e a outra, a regularidade imposta pelo contraditório e a ampla defesa que restringe a marcha da atividade jurisdicional.

Dessa análise, considerando que o contraditório e a ampla defesa decorre exatamente da tutela jurisdicional, e que tal garantia irá dilatar o tempo da solução da lide, afetando diretamente a efetividade do processo há de se esperar outra medida de ordem prática para priorizar a finalidade da tutela jurisdicional, que é entregar a solução do conflito com justiça.

A garantia constitucional do acesso à justiça por meio do devido processo legal não se traduz apenas num conjunto de regras de procedimento em juízo, mas também para garantir a necessária segurança jurídica, como na preleção de Humberto Teodoro Júnior, a seguir:

Quando a Constituição garante o acesso à Justiça por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que, na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira a que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, nessa ordem de idéias, tem de apresentar-se como via adequada e segura para propiciar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o *processo justo*, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela.

A demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda a eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça pra quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo.

Sob este ângulo, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem o contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica)⁵.

Para a efetividade do processo, vale dizer, a eliminação dos conflitos com distribuição de justiça, é necessária uma decisão justa que possa agir com eficácia no mundo fático, mas obtida pela parte titular do direito no prazo adequado.

Nesse contexto, José dos Santos Bedaque expõe com clareza, afirmando que:

O ordenamento que não assegura a atuação de regras que estabelece mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico⁶.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 37ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, V. 2, p. 569.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998, p.10.

A atuação da jurisdição e o seu resultado efetivo no mundo fático está diretamente ligado ao conceito de tutela jurisdicional, pois na apreciação dos direitos ou da ameaça da lesão, formula-se um juízo que deverá impor as medidas adequadas e indispensáveis à estabilização do conflito, solucionando as controvérsias apresentadas, através de técnicas de tutela, definitivas ou provisórias.

2. AS FORMAS DE PRESTAÇÕES JURISDICIONAIS

2.1. Antecedentes históricos

Os romanos utilizavam o termo *jus* tanto com relação ao direito subjetivo como ao objetivo, em que era focado mais sob o aspecto processual, daí quando alguém tinha um direito dizer-se que tinha uma *Actio*.

Dentre as definições de *jus* encontra-se a do jurisconsulto romano Celso: *Ius est ars boni et aequi*, ou seja, o direito é a arte do bem e do justo.

O termo *aequitas* era usado para exprimir a essência e o objeto do direito, relacionado, entretanto, ao momento social da época, correspondendo atualmente a justiça ideal, incluindo os conceitos de justiça e justo, a qual era utilizada pelo pretor para corrigir a solução inadequada apresentada pelas *leges* ou regras rituais do *ius civile*.

Utilizando o poder de *imperium* e visando corrigir as injustiças e os inconvenientes do *ius scriptum*, o pretor introduz outros meios processuais como a *restitutio in integrum*, os interditos e a *missio in possessionem*, esta última como meio suplementar de tutela, com o objetivo de repor as partes ao estado anterior, dissolvendo os efeitos do *ius civile* ou ainda, autorizando a emissão na posse de bens de outra pessoa, sem conceder-lhe o domínio.

As *aequitas* foram os fundamentos que deram ensejo a correção das injustiças do *ius civile*, e a partir de então os pretores passaram a utilizar procedimentos mais céleres, os interditos, de cognição sumária, fundado num juízo de verossimilhança e provisoriedade da decisão, atendendo a situações urgentes nas quais a parte poderia ser prejudicada se estivesse sujeita a demora do procedimento ordinário, antecipando a tutela invocada.

Cabe salientar a diferença entre a *actio* e o *interdictum*, em que na primeira a eficácia obrigatória da sentença traz a manifestação de vontade das partes com a

participação do magistrado que tinha o intuito de organizar a controvérsia, e no último, este entrava no mérito da questão, decidindo-a através do poder de *imperium*.

Noutra análise, na *actio* a cognição do pretor era anterior a instauração do processo, que se dava com a *litiscontestatio*, como dito alhures, excluindo ou autorizando a controvérsia sem, entretanto decidi-la, pois a decisão era proferida pelo *iudex*, fazendo coisa julgada, e no *interdictum* a cognição do magistrado se dava posteriormente ao *postulatio*, momento da instauração do processo, com o fito de emanar um provimento decisório, mas de cognição sumária.

A tutela dos interditos com base na *aequitas* romana foi instituída com vistas a garantir a solução para as mais diversas pretensões, nas situações em que a tutela ordinária ocasionaria o perecimento do direito.

A busca de soluções céleres para os litígios, nas situações que exigiam imediata intervenção, tendo-se em mira a efetividade do processo, teve como decorrência a adequação do *ius à aequitas*, criando e ampliando a técnica interdital de antecipação de tutela para os fatos concretos que demandassem urgência.

2.2. A prestação jurisdicional com cognição plena

A proibição da autotutela pelo Estado, impondo a exclusividade na solução de conflitos, vem inserida na Carta Constitucional de 1988, no seu artigo 5º, em que no inciso LIV, *ninguém será privado da liberdade dos seus bens e direitos sem o devido processo legal*, complementado pelo inciso XXXV, no qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão*.

Dessa forma, o Estado assume a responsabilidade de apreciar os conflitos, provendo a proteção devida com vistas a encontrar a satisfação do direito subjetivo pretendido, reparando danos e lesões, encontrando-se nesse momento a tutela reparatória ou ressarcitória, ou ainda, prevenindo a ocorrência de possíveis lesões, tutelando, então, de forma preventiva.

No que tange ao processo, instrumento pelo qual a tutela será conferida, a Suprema Lei garante no inciso LV do mesmo artigo, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, vale dizer, as partes envolvidas terão igualdade de condições, em que serão expostas as teses e as antíteses, possibilitando o contraditório e a ampla defesa, com a produção de provas e a interposição dos recursos cabíveis, objetivando o deferimento e o provimento dos direitos postulados.

Ao completar esse período, com o pronunciamento do juízo e tomadas as providências para a efetivação da satisfação dos direitos reconhecidos, o Estado completa a atividade jurisdicional, com a imutabilidade da decisão, mesmo sendo por lei posterior, diretriz traçada no inciso XXXVI do aludido artigo, na qual *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Tal tutela jurisdicional, considerada como modelo para as demais, tem como características, a criação e a aplicação no processo através de cognição plena e exauriente, assumindo o perfil de definitivo e imutável. Daí se inferir que o procedimento comum ordinário é o modelo de outros procedimentos de cognição, pois permite um esclarecimento mais amplo da parte, no tocante aos direitos invocados, como também a possibilidade de utilização do maior número possível de meios de defesa.

Por oportuno, por cognição entende-se a atividade desenvolvida pelo magistrado para tomar conhecimento do que foi apresentado no processo tais como pedidos, defesas, provas, visando à prestação jurisdicional.

Há porém, outros procedimentos em que a cognição é plena e exauriente, mas que estão adstritos à natureza da lide, os chamados especiais, fixando-se restrições na esfera dos direitos materiais pleiteados e conseqüentemente nas alegações de defesa, pois a demora resultante da formalidade do processo comum não atenderia aquele tipo de lide.

Por conseguinte, a cognição plena e exauriente se processa tanto no procedimento ordinário e sumário, como nos vários procedimentos existentes na legislação processual civil.

Impende destacar, que em ambos os procedimentos, comum e especial, garante-se o contraditório e a ampla defesa como meio de se alcançar a tutela padrão definitiva, ou seja, a cognição exauriente, na qual a sentença de mérito só adquire a imutabilidade após exauridos todos os meios adequados e razoáveis na formação do convencimento do magistrado.

Todavia, como analisado anteriormente, a garantia constitucional da ampla defesa que promove a cognição exauriente deve se encaixar no conjunto de direitos e garantias que compõe a prestação jurisdicional, tal como o devido processo legal, que contém uma seqüência de atos subordinados a regras específicas, e ainda, com o direito a um processo cujo deslinde é a entrega da jurisdição com efetividade e tempestividade. A instrumentalidade e a efetividade são os princípios que norteiam a tutela provisória.

Diante disso, existe a adequação da ampla defesa feita pelo legislador, na criação de procedimentos especiais com regras típicas como limite do número de testemunhas, restrição de matéria de defesa, preclusões, dentre outras.

A tutela jurisdicional decorrente do processo no qual as partes exerceram o direito à cognição plena terá caráter definitivo em relação a elas, na qual a sentença de mérito com trânsito em julgado está isenta de qualquer modificação por ato do Estado, excetuando-se os casos de cabimento da ação rescisória.

Na doutrina, a cognição exauriente e a coisa julgada material são analisadas por Teori Albino Zavascki, transcrito a seguir:

Constituem elementos indispensáveis à própria razão de ser da tutela jurisdicional, que é a manutenção da paz social mediante decisões justas, percebendo aí uma relação entre o nível de

cognição e a justiça das decisões: quanto mais aprofundado aquele, maior será o grau de probabilidade de acerto da sentença⁷.

A tutela jurisdicional inserida na Constituição é a tutela de cognição plena e exauriente, perquirindo o juízo mais próximo da certeza jurídica. É a tutela de cognição definitiva a qual sua imutabilidade enseja um nível adequado de estabilidade às relações sociais com a garantia da segurança jurídica.

2.3. A prestação jurisdicional provisória e a tutela de emergência

Na prestação jurisdicional da tutela definitiva haverá sempre um lapso entre o pedido e a entrega efetiva da jurisdição, por mais sumário que seja o rito e mais céleres os serviços judiciários.

Deste tempo inerente ao procedimento ordinário decorrem conseqüências práticas, as quais para o autor não há disponibilidade imediata de dispor do direito pretendido, tendo que aguardar o procedimento das sucessivas etapas para que seja afirmado o acolhimento dos pedidos. Tal espera, às vezes não é compatível com o direito proposto em juízo, em situações em que deve ser usufruído de imediato, sob a conseqüência de perecimento ou dano irreparável. Outra conseqüência é a possibilidade da ocorrência, dentro desse período, de fatos que levem risco a execução da futura sentença confirmatória do direito.

Nesses casos, em razão da ineficácia dos mecanismos ordinários da prestação da tutela, torna-se necessário a adoção de medidas acautelatórias evitando-se o comprometimento da prestação jurisdicional. Essas outras espécies de tutela jurisdicional se realizam através de providências que visam antecipar a fruição do direito deduzido e garantir a futura execução.

Essas espécies de tutela denominam-se provisórias, e são encontradas em diversos dispositivos do sistema processual civil brasileiro, como os artigos 273, 461,

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação de Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p 22 e 23.

798, 928, 937, dentre outros, que por seu caráter provisório e temporário são largamente utilizadas.

O conceito de emergência nessa espécie de tutela deve ser entendido de forma mais ampla do que no sentido em que é adotado, vale dizer, de representar situação com potencial de gerar dano irreparável, quer seja pela não fruição imediata do direito, pelo comprometimento das bases materiais à execução, como também pela oposição de expedientes protelatórios a regular prestação jurisdicional.

Com a vedação da tutela privada pelo Estado, excetuando-se, unicamente, na legislação civil, o desforço imediato na defesa da posse ante injusta agressão, assumiu a exclusividade da jurisdição, ressalvadas as hipóteses de autocomposição (renúncia, reconhecimento jurídico do pedido e transação) e, por conseguinte, nasce o dever de resguardar os indivíduos dos danos decorrentes da demora da atividade jurisdicional, no qual presente uma situação de emergência, tenha a parte mecanismos para garantir a futura execução ou para antecipar a tutela requerida.

Na esteira desse entendimento, é direito do litigante obter do Estado a entrega da tutela de maneira tempestiva e adequada em condições de preservar a efetividade da prestação devida ou até mesmo, quando necessário, medida garantidora de que tal tutela se efetive no futuro.

Ausente a efetividade da tutela jurisdicional, tornar-se-á comprometida e possivelmente inútil, razão pela qual pode se afirmar que a tutela de urgência além de se destinar a prestar essa garantia, tem acentuada importância da busca pela distribuição de justiça.

2.4. A prestação jurisdicional provisória e a cognição sumária

Na tutela definitiva, na qual se busca um juízo de certeza, é efetuada com cognição exauriente e plena. No seu turno, a tutela provisória é realizada através de cognição sumária, fundada em juízo de verossimilhança, de probabilidade do direito pleiteado. Tal metodologia advém da necessidade de se tutelar alguma medida de

urgência, cuja concessão, como dito, torna-se incompatível com a demora exigida para o atendimento simultâneo e completo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para Kazuo Watanabe, “cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada”⁸, se comparada com a cognição exauriente prevista para a correspondente tutela definitiva.

Enquanto a cognição exauriente visa alcançar o juízo de certeza, de convicção, privilegiando o valor da segurança jurídica, a cognição sumária nativa da tutela provisória é pautada pelos juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus bonis iuris*, necessários para salvaguardar a garantia da efetividade desse tipo de tutela.

Contudo, a tutela definitiva goza da imutabilidade jurídica através da coisa julgada, ao passo que na tutela provisória vige a precariedade e o caráter de vigorar por tempo determinado. Assim, em razão das características de precariedade e temporaneidade, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, a tutela provisória não se sujeita a imutabilidade inerente da coisa julgada.

As medidas antecipatórias e as medidas cautelares propriamente ditas são caracterizadas pelos conceitos de provisoriedade e temporaneidade, nas quais as primeiras são provisórias, pois sua duração se exaure com a tutela definitiva, enquanto que as cautelares são temporárias, pois vinculadas a uma eficácia temporal, não serão sucedidas por medida de igual natureza.

O limite da eficácia temporal da tutela de urgência deve ser analisado na vinculação existente entre a tutela provisória e a tutela definitiva, pois aquela é que dá a razão de ser desta. Assim sendo, a tutela cautelar e a tutela antecipatória têm como tempo de vigência a duração do processo ou a entrega da tutela definitiva, vale dizer, a tutela provisória não terá eficácia e vigência num prazo superior ao do processo.

⁸ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95

A tutela provisória tem, também, como critério de limite temporal, a necessidade. A tutela de urgência se faz necessária quando no caso concreto existam situações que dificultem a efetividade da prestação jurisdicional, tornando-se indispensável antecipar os efeitos executivos da sentença ou em dispor garantias para a futura execução. Todavia, ocorrendo alterações nos fatos ou nas provas que possibilitem afastar ou alterar o obstáculo, não estará compatível a necessidade da medida, ensejando a sua revogação ou substituição e, até, sua modificação.

Nas considerações a respeito do tema, Teori Albino Zavascki complementa:

Há um limite temporal fixado pelo critério da finalidade dessa espécie de tutela. Considerando que a tutela provisória tem por escopo afastar ou superar obstáculos porventura opostos à efetividade da prestação jurisdicional, seu limite temporal é o atingimento de seu objetivo⁹.

Ainda, a tutela provisória, pela sua precariedade, não faz coisa julgada material, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, contrapondo-se à tutela definitiva que traz as prerrogativas da imutabilidade jurídica.

Porém, no tocante a imutabilidade da sentença que concede a tutela provisória, cabem os comentários de José Joaquim Calmon de Passos, como segue:

Toda sentença proferida em processo cautelar, como toda e qualquer sentença é firme enquanto as coisas não se modificarem, ou seja, toda a sentença tem ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*. Conseqüentemente, a sentença que defere uma medida cautelar é sentença firme e insuscetível de revisão, ela sentença, por qualquer outro juiz e muito menos pelo juiz que a proferiu. A situação que disciplinou permanece como ela disciplinou, enquanto as coisas não sofrerem modificação em termos de direito ou em termos de fato, vale dizer, enquanto perdurar a situação de perigo configurada como posta em fundamentação¹⁰.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, p. 235.

No que concerne a medida antecipatória, é proferida através de decisão interlocutória, no início ou no decurso da lide, pois se através de sentença, não haveria eficácia da sua concessão em razão da demora do processo.

Isto posto, a tutela provisória é concedida a título precário e temporário, baseada numa cognição sumária, e por isso, não se submete a coisa julgada material, tudo com o fito de resguardar a efetividade e a instrumentalidade do processo.

3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

3.1. Compreensão de medida liminar

O processo cautelar foi inserido no Livro III do Código de Processo Civil Brasileiro em que se encontram disciplinados, além dos procedimentos cautelares específicos, o chamado poder geral de cautela atribuído ao juiz que poderá “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”¹¹.

Durante muito tempo a interpretação desse instituto foi controvertida, em que o debate principal girava em torno da legitimidade ou não da concessão de medidas cautelares de natureza satisfativa, ou seja, se tais medidas visavam apenas garantir o processo, assim consideradas *stricto sensu*, ou se também poderiam adquirir o caráter antecipatório da satisfação do direito pretendido pela parte.

O entendimento de que o poder geral de cautela teria caráter satisfativo fundava-se na tese de que como o texto do Código de Processo Civil contempla várias medidas cautelares específicas naquele cunho, tais como alimentos provisionais, a busca e apreensão, as previstas no artigo 888, há de ser aplicada nessa dimensão quando necessária a tutela de urgência.

Na esteira, essa visão era representada por aquilo que fosse deduzido em juízo, ou seja, se caracterizada a defesa do *fumus bonis iuris* e a necessidade de se contornar o *periculum in mora* toda a tutela de urgência estaria dentro do universo cautelar, vale dizer, a antecipação de tutela, de cunho satisfativo, e a cautelar, de cunho conservatório, teriam igualdade no tratamento jurídico.

Entretanto, a prevalência na jurisprudência era de que a natureza satisfativa antecipada só teria cabimento quando houvesse previsão legal, como as liminares

¹¹ Artigo 798 do Código de Processo Civil

inseridas no mandado de segurança, na ação popular, na ação de nunciação de obra nova, dentre outras, como se observa a seguir:

“Salvo casos expressos em lei, não cabe medida cautelar com efeito satisfativo, isto é, como sucedâneo da ação principal”¹².

A propósito, nas espécies de tutela provisória incluem-se a liminar e a medida cautelar, de natureza distinta, pois naquela há uma entrega antecipada e provisória do pedido, ao passo que nessa não há interferência no resultado do processo, limitando-se a assegurar o êxito de futura execução ou resguardar o direito material pleiteado.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior discorre sobre o tema:

Na linguagem jurídica, usa-se a expressão liminar para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo - *in limine litis* - vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido no momento mesmo em que o processo se instaura, em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda, como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação para que foi citado o réu, mas antes de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts. 930 e 928, e respectivos parágrafos).

A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a propiciar-lhes emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo para o advogado do autor para que exhiba posteriormente, e em prazo certo, o mandado *ad judícia* que, pela urgência do aforamento da causa, não pode ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida unilateral e liminar.

O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão somente ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*. O critério a observar,

¹² TJSP - Apelação nº 156.602-2 - Rel. Des. Dínio Garcia - j. 08.11.1994 - RJTJSP 126/174.

para esse fim, portanto, é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da seqüência dos atos que compõe a cadeia processual.¹³

3.2. Compreensão de tutela antecipada

A reforma do Código de Processo Civil em 1994, Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, deu nova redação ao artigo 273, em que ao juiz é possível, mediante o atendimento de certos requisitos, antecipar no processo de conhecimento os efeitos da tutela definitiva de mérito. A possibilidade de concessão de antecipação do direito material pretendido pelo autor veio, entretanto, dentro de um regime de procedimentos próprios, diversos dos previstos para as medidas cautelares.

Dessa forma, a partir desse momento cessaram os debates no que diz respeito a legitimidade das medidas provisórias satisfativas, agora cabíveis em qualquer ação de conhecimento, pois as medidas cautelares passam exclusivamente a assegurar o futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto que as medidas antecipatórias visam proporcionar ao autor uma provisória atribuição do direito material requerido, permitindo usufruí-lo juridicamente como se suas pretensões na lide tivessem sido solucionadas.

A diferença entre medida cautelar e medida antecipatória é demonstrada por Araken de Assis, comparando os atos do juiz no seqüestro e na reintegração de posse na ação possessória do interdito proibitório:

Em qualquer caso, o juiz atuará a função litisreguladora, mas de modo bem diverso: seqüestrando, a nenhum dos litigantes satisfaz, no mundo dos fatos; reintegrando, satisfaz o autor, conquanto temporariamente, porque poderá restituir a coisa ao réu, no curso do processo ou através de sentença. Enquanto o autor se mantiver

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 37ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, V. 2, p. 539.

reintegrado na posse da coisa litigiosa, desfrutando-a livremente, vai satisfazendo seu direito.¹⁴

A concessão da medida antecipatória se realiza através de um regime próprio, mais rigoroso que o das cautelares, descritos no artigo 273 do Código de Processo Civil, e se dá mediante decisão interlocutória no processo de conhecimento, enquanto que as medidas cautelares estão sujeitas a ação própria disciplinadas no Livro III do referido diploma legal.

Sobre o tema, Arruda Alvim se pronuncia:

Os principais elementos que guardam similitude entre estes dois institutos podem ser assim referenciados: 1º) a eficácia da cautelar (concedida) resta dependente do resultado do processo principal e a tutela antecipatória para sobreviver e transformar-se em eficácia de sentença final, ao que, de resto, tende, ficando também dependente do resultado final do processo; 2º) as cautelares podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, mas isso depende de fato novo e a tutela antecipatória poderá vir a ser revogada ou modificada pelo juiz, diante de fato novo (o qual deverá ter imprimido um novo perfil defluente da instrução no processo, ou, mesmo, por fato externo, mas em decorrência do qual se descaracterize a precedente situação configuradora da potencialidade do dano).

Na cautelar, em relação ao processo principal, há um acerto meramente hipotético e abstrato do *fumus bonis iuris* do que consta ou deverá constar do processo principal. Por isto e que na medida cautelar poder-se-á em larga escala prescindir-se de resultado probatório para se contentar (o juiz) com as alegações de verossimilhança fundadas num mero cálculo de probabilidades. Na tutela antecipatória o juiz não deverá, nessa escala, prescindir de resultado probatório porque a tanto não o autoriza o artigo 273, caput. Em realidade, o juiz, para conceder tutela antecipatória, deverá, exaustivamente, fundamentar com a juridicidade da decisão (é a regra do art. 273, § 1º, claramente assumindo que essa qualidade está presente na situação postulada).¹⁵

¹⁴ ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ps. 44 - 45.

¹⁵ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p.358.

Para Teori Albino Zavascki, a previsão da antecipação de tutela no ordenamento jurídico purificou o processo cautelar, como segue:

O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim adquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos de tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento...Postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão de tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.¹⁶

Esse foi o entendimento adotado pela jurisprudência, como na lavra do acórdão transcrito a seguir:

“Depois da Lei nº 8.952, de 1994, a ação cautelar só subsiste para o efeito de assegurar a efetividade do processo; a tutela antecipada deve ser requerida nos próprios autos da ação ordinária, nos termos do artigo 273 do CPC”.¹⁷

Outra distinção entre essas tutelas provisórias reside na intenção do que se almeja assegurar, quer seja com relação às provas, ou aos bens para o futuro processo de execução, como para antecipar provisoriamente a tutela jurisdicional, que como um todo, caracterizam situações de risco a efetividade da tutela definitiva.

Há casos em que se encontra em risco a certificação do direito material, pois a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta de dados por meios ordinários. Na sua ocorrência haverá urgente a medida para antecipar a prova que, contudo, não importa qualquer antecipação dos efeitos da sentença.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação de tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

¹⁷ STJ, 2ª T. - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.558/PE - Rel. Min Ari Pargendler. Julgado em 11.09.97. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br?SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 08 de agosto de 2006.

Ainda, o perigo da ameaça poderá se fixar não na certificação, mas na futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação de suas indispensáveis bases materiais, impondo-se, dessa maneira, urgente medida visando garantir a execução, que também não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva.

Por fim, o perigo de dano pode ser decorrente exclusivamente da demora na sua fruição, seja por eminente lesão irreparável ou de difícil reparação, ou pelo manifesto propósito protelatório da parte contrária, circunstâncias em que se faz necessária urgente medida que propicie a própria satisfação do direito afirmado, e tal medida, certamente representará antecipação total ou parcial dos efeitos típicos da tutela definitiva, própria da sentença de procedência. É, pois, a situação característica da medida antecipatória.

Assim sendo, outro elemento diferenciador é a possibilidade do juiz antecipar a tutela do autor se verificar que ficou caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, inciso II), independente da existência de dano imediato irreparável, enquanto a medida cautelar sujeita-se somente ao requisito do perigo de dano grave e de difícil reparação, nos termos do artigo 798.

Para Calmon de Passos, o abuso de direito quando há desvio do objetivo de alcançar a tutela desejada, como segue:

Talvez a melhor maneira de definir o abuso de direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, sim outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável.¹⁸

O propósito protelatório do réu reside na intenção de retardar o processo sem razão atendível, como ensina o mesmo autor:

A par do abuso de direito, também pode fundamentar a antecipação a comprovação nos autos de que há, por parte do réu, manifesto propósito protelatório. No já mencionado art. 17, fala-se em provocar

¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 3, pp. 18-19.

incidente manifestadamente infundado; é uma hipótese capaz de configurar intuito protelatório. Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar; inclusive quem, no curso da demanda, provoca incidentes infundados, além do abuso de direito, revela propósito manifestadamente protelatório. Também quem opõe resistência injustificada ao andamento do processo exterioriza manifesto intuito protelatório. Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática.¹⁹

A utilização de meios escusos pelo réu, com o intuito de criar sua defesa, como também, a resistência a pretensão do autor sem fundamentos ou contra direito expresso, constitui o abuso de direito de defesa, que poderá ocorrer na contestação ou em atos antecedentes a propositura da ação, que poderá ser demonstrado pelo autor na inicial.

Em sede de tutela antecipada, deverá estar afastado o perigo da irreversibilidade, como dispõe o § 2º do artigo 273, preservando dessa forma o contraditório e a ampla defesa.

A efetiva e tempestiva prestação jurisdicional deve estar harmonizada com o princípio da segurança jurídica, preservando-se ao réu a reversão do provimento concedido caso tenha êxito no julgamento definitivo da lide.

No seu turno, a reversibilidade a que alude o referido § 2º deve se evidenciar para assegurar ao magistrado condições de restabelecimento pleno, caso haja necessidade, dentro do próprio processo, ou seja, verificada a possibilidade de ação de perdas e danos para o restabelecimento da situação anterior a medida antecipatória não terá cabimento. Noutras palavras, a antecipação de tutela não se reveste de um mecanismo que vise transferir para o réu o *periculum in mora*, o qual o autor tem o direito de afastá-lo.

¹⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 20.

Todavia, existem casos de extrema urgência nos quais o requisito da irreversibilidade poderá deixar de ser observado, como com os alimentos provisionais e outras medidas no âmbito do direito de família, em que são tomadas medidas satisfativas de natureza irreversível.

Do exposto, a tutela cautelar é a tutela provisória que visa garantir o resultado útil e eficaz do processo principal a que se refere, garantindo a certificação do direito ou sua futura execução, fundando-se no valor segurança, enquanto que a tutela antecipatória, no seu turno, é a tutela provisória que busca a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, para os casos em que a não fruição imediata do direito possa acarretar dano grave. É medida de satisfação antecipada do direito apurado em juízo de verossimilhança e por prova inequívoca, tendo em mira o valor da efetividade.

4. A FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS URGENTES

4.1.A fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias – pedido incidentais

Os efeitos da antecipação da tutela de forma parcial, apesar de previstos no *caput* do artigo 273, foi especificado, através da introdução do seu § 6º pela Lei nº 10.744/2002, na hipótese de um ou mais pedidos cumulados não forem contestados pelo réu deixando-os incontroversos.

A ausência de contestação implica na presunção do fato presumido, possibilitando a antecipação de tutela independente da aplicação dos requisitos exigidos, tais como prova inequívoca ou dano grave.

A anuência do réu pode ser explícita quando ele apenas se manifestar sobre um ou alguns dos pedidos formulados pelo autor, e implícita, na sua omissão a respeito de um pedido ou fato que lhe constitui causa de pedir, ensejando, em ambos os casos, a antecipação da tutela pretendida pelo autor.

No caso em tela caberá a qualidade de incontroverso ao pedido que estiver juridicamente independente do outro, como quando a lide versa sobre pedido de rescisão contratual e imposição da multa estipulada e o réu se manifesta apenas com relação a rescisão contratual, não se referindo a cláusula penal, caso em que não existirá, nesse último, a qualidade de incontroverso. Entretanto, se o réu atacar apenas a sanção avençada, poderão ser antecipados liminarmente os efeitos da rescisão, pois essa independe da controvérsia apresentada na referida multa.

A incidência do comando normativo do § 6º poderá ocorrer, também, na existência de somente um pedido, em que o réu contestou apenas parte da pretensão do autor, ocorrendo, por exemplo, na ação de cobrança, em que o réu contesta apenas metade do valor apresentado pelo autor. Nessa hipótese, o autor poderá ter a antecipação da tutela com o fito de exigir de imediato a metade do valor incontroverso, permanecendo a controvérsia restrita a outra metade do valor pleiteado.

4.2. A fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias

No tópico anterior foram descritas as distinções entre a medida cautelar e a medida antecipatória dos efeitos da sentença, a primeira de natureza conservativa, e a última, de natureza satisfativa. Como ambas são tutelas preventivas, poderão ocorrer situações em que haverá certa dificuldade para enquadrar a medida em uma dessas espécies.

No caso em tela, há situações como a da sustação de protesto de título cambiário que poderiam se enquadrar tanto em medida cautelar como na antecipação da tutela, pois apesar da existência da natureza satisfativa da tutela, a parte se encontrando no risco iminente de dano ao seu direito material não terá tempo hábil para interpor processo de conhecimento, restando-lhe, somente, a formulação do pedido de tutela de urgência pelo rito da cautelar.

Entretanto, visando a efetividade do processo, vale dizer, da futura prestação jurisdicional, nos casos de evidente dano grave e de difícil reparação, poderá o juiz no requerimento da medida cautelar que se encaixa nos requisitos contidos no artigo 273 e seus parágrafos, deferir de maneira idêntica à medida antecipatória, ou seja, mediante decisão interlocutória no processo, ou ainda, com os mesmos pressupostos, medida satisfativa dentro de procedimento de ação cautelar.

É este o comando normativo inserido no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil com a Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002, que instituiu a fungibilidade entre a medida antecipatória e a medida cautelar:

“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Dessa forma, tendo em mira a efetividade do processo, vale dizer, a efetividade da prestação jurisdicional tida como valor constitucionalmente garantido,

o legislador deu certa flexibilidade aos procedimentos cautelares e antecipatórios, como já era recomendado pela doutrina, na preleção de Araken de Assis:

A toda evidência da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.²⁰

Por oportuno, há de se entender que a utilidade da ação cautelar não dissipa-se com tal preceito legal, pois ainda remanescem as medidas preparatórias, somente disponibilizadas na ação cautelar em razão da inexistência do processo principal, na qual será pleiteada a prevenção adequada.

Outra hipótese se dá quando a medida de cunho cautelar, requerida no processo principal, for complexa e exigir dilação probatória mais abrangente, e como não se encontra no momento processual adequado, a fungibilidade será garantida ordenando-se o processamento em apenso nos autos, com o deferimento da liminar, assegurando o contraditório e evitando tumulto no processo principal.

Nesse aspecto, deve ser observada a natureza da medida que terá primazia sobre o procedimento adequado, levando-se em conta os requisitos pertinentes a cada tipo de tutela, vale dizer, se requerida medida satisfativa dentro de procedimento cautelar, a tutela só será atendida se reunidos os pressupostos delimitados no artigo 273 do Código de Processo Civil, e não somente os que estão contidos no artigo 798 do referido diploma legal.

Em suma, a fungibilidade descrita no aludido § 7º deverá ser aplicada sob determinadas condições que permitirão o seu ensejo. Se a tutela cautelar requerida contiver pedido de natureza satisfativa, e a exordial estiver instruída com as provas necessárias e conter os requisitos necessários do artigo 273, o magistrado poderá

²⁰ ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 5ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1998.

deferi-la incidentalmente no processo principal, analogamente como atuaria se fosse o caso de antecipar a tutela pretendida.

Por outro lado, ausentes algum dos requisitos elencados no referido artigo ou, se não caracterizada a urgência apresentada demonstrando que o provimento poderá ser adiado, o juiz poderá indeferir o pedido antecipatório, que na realidade é cautelar, determinando seu processamento em apartado nos trâmites próprios da ação cautelar. O mesmo processamento poderá ocorrer quando a medida, requerida incidentalmente no processo, ocorrer em algum momento processual que não mais será possível formar-se o contraditório, típico das ações cautelares.

Por conseguinte, ao magistrado caberá acolher a medida cautelar se unicamente a parte falhou, requerendo-a como antecipação de tutela, quando presente o risco de dano grave e de difícil reparação.

Dessa forma, afastando a situação perigosa, estará garantido o acesso a justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

5. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO CIVIL

5.1.A confirmação da tutela antecipada e da liminar pela sentença de mérito. A estabilidade das relações jurídicas.

O que será abordado neste capítulo trata-se do mantimento da decisão liminar ou proferida em tutela antecipada em razão do princípio da segurança jurídica.

É imprescindível que o processo tenha certa duração, maior do que aquela que as partes desejam, porquanto o Estado deve assegurar aos litigantes o devido processo legal, amplo direito de defesa e contraditório e, até mesmo, tempo para se prepararem adequadamente. Contudo, nada justifica a interminável espera causada pela tormentosa duração do processo a que os cidadãos se vêem submetida e da qual, ao final, resta sempre à sensação de injustiça.

Diante disso, é possível verificar situações fáticas de que concedida a liminar até o julgamento final da lide implica na consolidação de uma situação de fato.

Porém, deve-se explicitar moderadamente o que disciplina a teoria do fato consumado no âmbito do direito administrativo a fim de permitir melhor análise do que está sendo discorrido.

Diante disso, é necessário trazer a lição do Ministro Moreira Alves sobre a teoria do fato consumado no âmbito do direito administrativo:

“A aplicação desta teoria enfrenta temperamentos neste Tribunal. Nesse sentido, o RMS 23.793, 1ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 14.12.01 e o RMS 23.544, 2ª T., Rel. Celso de Mello, DJ 21.06.02, no qual restou consignado no voto:

“Tenho para mim, na linha de recente decisão emanada da Colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (RE 275.159-SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE), que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, tractu temporis, de eficácia jurídica que

lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada, notadamente nas hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo esteja em conflito com a ordem constitucional, como ocorre na espécie destes autos.

Cabe registrar, por relevante, que esse entendimento tem prevalecido na mais recente jurisprudência firmada, no tema, por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, como se vê dos julgamentos - a seguir referidos – consubstanciados em acórdãos assim ementados:

‘Não assiste, ao candidato reprovado em etapa eliminatória de concurso público, a pretensão de alcançar a segunda fase do mesmo, sob a alegação da ulterior abertura de novo procedimento seletivo.

Assertiva, também infundada, de fato consumado, decorrente de concessão liminar do mandado de segurança indeferido por decisão definitiva (cfr. Acórdão no Agravo nº 120.893-AgRg).’

(RTJ 176/263, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma - grifei)

‘A CONCESSÃO DE LIMINAR MANDAMENTAL NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA GARANTIR, EM CARÁTER DEFINITIVO, A NOMEAÇÃO E A POSSE EM DETERMINADO CARGO PÚBLICO.

A mera concessão de liminar mandamental - consideradas as notas de transitoriedade, cautelaridade, provisoriedade e instabilidade que tipificam esse provimento judicial - não basta, só por si, em face de sua evidente precariedade, para assegurar, em caráter permanente, a nomeação e a posse em determinado cargo público, pois tais atos administrativos, quando vindicados em sede judicial, somente se revelam compatíveis com a definitiva prolação de ato sentencial favorável. Precedentes.’ (RMS 23.636-DF (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma) ‘Recurso ordinário de mandado de segurança.

[...]

- Improcedência da aplicação ao caso da denominada ‘teoria do fato consumado’. Teoria, aliás, que tem sido rejeitada por esta 1ª Turma.

[...]

Recurso ordinário a que se nega provimento.’

(RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira

Turma - grifei)

‘A aprovação na primeira etapa, conforme estabelecido no edital, não confere aos candidatos direito de participar do curso de formação, se não classificados dentro do número de vagas previsto.

Liminar que determina a participação dos impetrantes na segunda etapa de novo concurso público, cujo resultado final é publicado quando já verificada a caducidade do concurso anterior.

Hipótese em que não se caracteriza a quebra da ordem classificatória. Fato consumado inexistente diante da denegação do mérito da ordem liminarmente concedida. Recurso não provido.’ (RMS 23.693-DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma - grifei).”

A fundamentação dos julgados que prestigiam a teoria do fato consumado, de um modo geral e em síntese, gira em torno da consideração de que a situação é excepcional e o problema, mais do que sob o aspecto da legalidade, deve ser encarado do ponto de vista da finalidade social das leis; as circunstâncias excepcionais aconselhariam a inalterabilidade da situação²¹. A inércia da Administração teria permitido a constituição de situações de fato revestidas de aparência de legalidade; assim, mereceriam prestígio. O ordenamento jurídico seria conservador no sentido de respeitar fatos ocorridos²².

Por mais que se entenda que toda liminar é provisória e possa, a princípio, ser revertida, existem situações nas quais a alteração se faz desaconselhável, sob pena de se infringir dano a ambas as partes e terceiros.

O provimento jurisdicional acabou por perpetuar uma situação de fato que não convém seja modificada.

Nestes casos, a manutenção da decisão provisória deferida anteriormente, ainda que contrária ao entendimento do magistrado que profere a sentença, deve ocorrer em razão do princípio da segurança jurídica.

²¹ RMS n. 17.444, RTJ 15/589.

²² RDA 134/217.

Cabe ressaltar que não se trata de desconhecimento do sentido tradicionalmente empregado ao princípio da segurança jurídica, qual seja:

- a) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
- b) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
- c) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
- d) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
- e) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.²³

Na verdade, trata-se de ampliação do conteúdo para incluir a estabilidade das relações jurídicas travadas por pessoas que se encontravam ao abrigo de decisões judiciais provisórias com terceiros.

Amparados por decisões judiciais provisórias, as pessoas praticam atos jurídicos, incluindo e/ou afetando terceiros, que muitas vezes nem têm conhecimento da precariedade da circunstância. A situação se concretiza de tal maneira que não mais se torna possível reverter, ou as conseqüências do desfazimento são ainda mais nefastas.

Insta salientar que é pretendido discutir neste capítulo a realidade de concessão de liminar e diante do tempo de tramitação que o processo tomou o magistrado ao prolatar a sentença consolida a situação de fato. A teoria do fato consumado no direito administrativo trata especificamente quando do ato da concessão de liminar, se melhor análise perfunctória do litigante, é concedida a liminar.

²³ Luís Roberto Barroso. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil 2005. Revista de Direito Renovar – RDR, vol. 31, janeiro/abril 2005, p. 143/170).

Portanto, a ilegalidade já existia no mundo jurídico, mas, não foi conhecido pelo magistrado pelo simples ato do fato jurídico trazido ao seu conhecimento é suficientemente robusto para a concessão da medida liminar.

Como assim, descrito na página anterior, foi apresentada a construção doutrinária para a confirmação da tutela/liminar concedida. Deve-se diferenciar o fato de existir preteritamente já a ilegalidade quanto do ajuizamento da demanda.

Sem prejuízo, a teoria do fato consumado no direito administrativo afeta diretamente o litigante. O que está sendo demonstrado, que a concessão de medida liminar/tutela antecipada pode afetar com seus efeitos, terceiros na relação.

Diante disso, em tal hipótese, a aplicabilidade da teoria do fato consumado e o ato (fato) consolidado pelo decurso do tempo, em respeito à segurança das relações jurídicas, não resultando desse fato nenhum prejuízo a terceiros, ofensa à ordem jurídica.

Ensina o Superior Tribunal de Justiça, em matéria de aplicação da chamada teoria do fato consumado, que, quando o decurso do tempo consolida situação de fato amparada por decisão judicial, é desaconselhável a sua desconstituição. Essa teoria se constitui no reconhecimento de que não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

A esta teoria do fato consumado em exceção ao direito administrativo é bastante utilizada na esfera da educação.

No que respeita às condições em que tem sido acolhida a teoria do fato consumado em matéria estudantil, pode-se traçar uma linha bastante nítida:

- a) a teoria do fato consumado é aceita para convalidar situações e posições prestigiadas pelo Judiciário com provimentos liminares que se

postergam no tempo, no mínimo por dois anos, na maioria dos precedentes, por quatro anos ou mais. Há casos, muitos, que alcançam as cortes superiores às vésperas da conclusão do curso;

b) existe um pressuposto, muitas vezes implícito, de que “não tenha gerado prejuízos a terceiros.

Concluindo o exame da teoria do fato consumado, pode-se aproximá-la da figura da prescrição ou decadência. Trata-se da peculiar maneira de o Judiciário responder ao decurso do tempo. A jurisdição enfrenta a passagem do tempo de diversas formas, e uma delas é justamente a consideração da consumação de efeitos, que não convém sejam anulados. É uma especial projeção do *quieta non movere*.

A jurisprudência prestigiou a teoria para oferecer uma solução socialmente aceitável. Ela é fruto direto da incapacidade do Judiciário de entregar em tempo útil e hábil uma solução. Pode-se criticá-la, afirmando que o fato consumado é cômodo, exime o Judiciário do dever de decidir as lides. A teoria do fato consumado opera em face da inexorabilidade do fator tempo, incide para equilibrar os princípios da legalidade e da igualdade de condições de acesso à educação com o princípio da segurança jurídica. A missão da Justiça é, ao fim, a pacificação social, *desmistifica a lógica e dá prioridade à vida*. Na tensão dos valores, feita a hierarquização axiológica, prevalece *o fato consumado, pois não convém seja modificado sob pena de afrontar valores*, justamente a segurança jurídica e a paz social.

Feito o percurso pela jurisprudência, conclui-se que, sob o manto branco do fato consumado, a jurisprudência tem albergado duas situações:

a) o fato é irreversível, isto é, não pode mais ser modificado por situação de fato e induz à perda de objeto do processo;

b) o fato não é irreversível mas, na política judiciária, convém não seja revertido “por consideração à segurança jurídica”.

Na última hipótese, a teoria do fato consumado é a que mais de perto nos interessa no direito estudantil e tem sido acolhida pela jurisprudência, com votos

divergentes. Segue exemplo quanto a teoria do fato consumado nas relações de ensino:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. ALUNO ESPECIAL. EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA E COLAÇÃO DE GRAU. TEORIA DO FATO CONSUMADO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. É cediço nesta Corte de Justiça que consumada a matrícula e o aluno permanecendo no curso, concluindo as matérias subseqüentes, se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado consagrada pela jurisprudência maciça do E. STJ.
2. Sob esse enfoque, as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: *RESP 584.457/DF, desta relatoria, DJ de 31.05.2004; RESP 611394/RN, DJ de 31.05.2004; REsp 49773 / RS, DJ 17.10.1994.*
3. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ.
4. *In casu*, o ora recorrido impetrou o mandado de segurança em 11.02.2000, tendo efetivado sua matrícula nas disciplinas Ofaltantes para conclusão do curso de Direito, por força de liminar, consoante se infere do voto condutor do acórdão recorrido.
5. A conclusão do Tribunal de origem acerca do fato consumado, resultou do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos, conduzindo-o a concluir que: *Transcorridos mais de três anos da data provável da colação de grau do impetrante, assegurada pela sentença recorrida, não é razoável a modificação da situação fática consolidada.* Consectariamente, infirmar referida conclusão implicaria sindicar matéria fática, interdita ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte.
6. Pronunciando-se o Tribunal de origem de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos, incoorre a violação ao art. 535 do CPC. É cediço que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.
7. Recurso Especial parcialmente conhecido e desprovido.

6. A VEDAÇÃO DE MEDIDAS URGENTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

6.1. Lei 8437/92: Da impossibilidade de liminares

No capítulo anterior, foi discorrido quanto à possibilidade de concessões liminares e tutelas antecipadas em que a parte pretende ver seu direito tutelado de forma célere pelo estado e seu mantimento substanciado na teoria do fato consumado com aplicação do princípio da segurança.

Para compreensão total do tema, será discutido sobre as Leis que vedam a concessão de tutela e liminares contra a fazenda pública. Haverá o intento de fazer uma dicotomia com as opiniões ofertadas pelos principais doutrinadores quanto à matéria.

Ilustrativo do tema é a abordagem da sua aplicabilidade contra a Fazenda Pública em confronto com os dispositivos garantidores de privilégios processuais.

Desde logo convém ressaltar que o sistema especial não fere o princípio da isonomia, na medida do relevo do interesse público, que goza de supremacia à frente do particular, porque diz respeito a todos, inclusive ao demandante.

Há inúmeras passagens no *Codex* e em outros textos legais que revelam a preocupação do legislador, como, *e.g.*, no caso do parágrafo 4º. do artigo 20, que exclui a Fazenda, na condenação, do limite mínimo na fixação dos honorários advocatícios ou ainda nos casos em que dilata prazos, como os da contestação e dos recursos (art. 188); de ineficácia da sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475) e da sujeição da execução ao rito dos artigos 730 do CPC e 100, da CF; do procedimento para a execução fiscal (Lei 6830/80), do arresto independente de justificação judicial (art. 816, I); da reintegração de posse (art. 928); entre outras.

Pedro Henrique Távora Niess em artigo dedicado ao assunto, aborda esse aspecto em passagem que merece destaque:

"Indiscutivelmente, portanto, com a preocupação de lhes possibilitar um adequado comportamento em juízo estabeleceu o legislador ditos e incontestáveis privilégios em virtude da complexidade, da burocracia que cerca a Administração, e que lhe é própria. O interesse do Estado quando a Fazenda é vencida, assim como no caso em que declara a nulidade do casamento, transcende o interesse das partes, por seus respectivos advogados, tanto que tolhidos se vêem da faculdade de abrir mão de reapreciação pelo tribunal, da causa sob seu patrocínio"²⁴

Exatamente essa sistemática voltada à segurança e proteção do interesse público, impede a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não se tratando, a toda evidência, de hipótese de vedação do acesso à justiça, mas sim de impedimento de acesso indiscriminado, porque contrário ao sistema legal vigente.

O reexame necessário se apresenta como o mais importante óbice à antecipação da tutela. O texto legal é expresso ao negar eficácia à sentença proferida contra a Fazenda Pública antes do desfecho da devolução obrigatória.

Posteriormente ainda, o E.Tribunal de Justiça reafirmou essa posição, ao decidir que "***sem dúvida, o instituto da tutela antecipada é incabível contra a Fazenda do Estado. E isso porque as sentenças, quando não favoráveis à Fazenda, devem ser submetidas ao reexame obrigatório, só produzindo efeitos após confirmação pelo Tribunal. Entendimento contrário burlaria a proteção legal do artigo 475 do Código de Processo***"²⁵

Especificamente a respeito da antecipação de tutela, a doutrina já vinha levantando vozes contrárias à sua aplicação em face da Fazenda Pública. Merece destaque a posição de ANTONIO RAPHAEL DA SILVA SALVADOR ao afirmar que é "***impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, Estados e Municípios, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no artigo 475,II do Código de Processo Civil***"²⁶

²⁴ Niess, Pedro Henrique Távora, Revista de Processo, volume 25, pg. 189

²⁵ Agravo de Instrumento no Agravo Regimental no. 49.430-5/9-00-SP, de 10 de março de 1998, Relator Des. Oetterer Guedes

²⁶ Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, SP, Malheiros Editores, 1996, pg.56

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo decidiu ainda que **"a natureza jurídica da antecipação de tutela é de decisão de mérito provisoriamente exequível, colidindo com o artigo 475 do CPC, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. A supremacia do interesse público sobrepuja o particular"**²⁷

A antecipação de tutela convive harmoniosamente com as causas sujeitas a futura suspensividade recursal, desde que atendidos os requisitos do artigo 273 do Codex, pois o objetivo do instituto é justamente o de evitar que a demora na prestação jurisdicional venha a tornar inócua a providência judicial.

Logo, não há conflito. Ao contrário, a inovação teve por objeto justamente atenuar o rigoroso formalismo processual, diante da prova inequívoca de verossimilhança.

A regra do artigo 475 do CPC, todavia, difere da suspensividade de que trata o artigo 520, não só porque tem fundamento próprio, como porque coisa julgada e eficácia da sentença são institutos absolutamente distintos.

Na verdade, não se trata de conferir suspensividade a apelo excluído dessa hipótese, nos termos do artigo 520 e incisos. Trata-se, sim, de reconhecer que, a par da mera devolutividade há a necessidade do reexame da sentença proferida contra a Fazenda Pública, o que impede a eficácia imediata da decisão proferida.

Assim, descabe a afirmação fundada em julgados do C.Superior Tribunal de Justiça, aos quais recorrem os defensores de tese oposta, para sustentar que é cabível a execução provisória da sentença proferida contra o Estado.²⁸

²⁷ Agravo Regimental, Processo 13a. Classe, Suspensão da liminar em ação de rito ordinário, 100950015253, Adcoas 8151071, p. 700

²⁸ Inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça que limitam-se à afirmação da possibilidade de promoção da execução provisória contra a Fazenda Pública têm sido utilizados como argumento de inaplicabilidade do artigo 475, quando, na realidade, o que se admite é o prosseguimento do feito na pendência dos recursos especial e extraordinário e não da apelação, sujeita à devolução obrigatória. - Resp 63.153/SP e 61.632/SP, que se referem apenas à execução provisória, nada mencionando acerca do reexame necessário sob pendência.

O trânsito em julgado não se confunde com a eficácia. A decisão pode ser eficaz, porque já submetida ao crivo do duplo grau de jurisdição, inobstante ainda não transitada em julgado, porque pendente de julgamento definitivo, mercê da interposição dos recursos especial e extraordinário, sendo viável a execução nessa fase.

Unânimes doutrina e jurisprudência acerca da imperatividade da regra disposta no artigo 475 do CPC, não pode ela ser mitigada, como sugerem vozes contrárias, pois a interpretação por elas sugerida para o dispositivo equivale à sua revogação.²⁹

Não se trata, portanto, de impor à regra processual do artigo 475, trato de convivência com o novo instituto, porque são inconciliáveis os interesses que fundamentam os dispositivos.

Cumprir abordar ainda a legislação federal recentemente editada a respeito das medidas liminares contra o Poder Público. A Lei 8437/92 aborda a hipótese referindo-se à ação cautelar e impedindo a concessão que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Difere, pois, o processo cautelar daqueles em que se confere medida liminar antecipatória - mandado de segurança, possessórias - por sua natureza diversa.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR afirma que a provisoriedade que caracteriza as liminares concedidas em processos cognitivos constituem entrega

²⁹ Nesse aspecto, difícil concordar com a opinião de Cássio Scarpinela Bueno, in "Tutela Antecipada e Ações Contra o Poder Público" - Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, ed. RT - pg. 61, quando afirma que *"no entanto, parece correto o entendimento de que, na espécie, o reexame necessário do artigo 475 do CPC deve ser sempre efetivamente afastado. Não fosse porque a decisão que concede a tutela antecipada não pode ser vista como sentença - ao menos para fim daquele dispositivo-, porque a incorporação do instituto no Processo Civil Brasileiro acabou por revelar opção nítida do legislador brasileiro no sentido de prestigiar, naqueles casos encartáveis no "caput" e nos incisos I ou II do atual art. 273 do CPC, a efetividade da justiça e não a segurança jurídica, estandarte do processo de conhecimento pleno e exauriente, do qual o ato culminante é a sentença"*, referindo-se à sugestão de sujeição do reexame necessário à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porque o reexame necessário não é recurso, como amplamente debatido na doutrina, caráter de que foi despido desde a edição do Novo CPC, de 1973. Por outro lado, a efetividade da justiça não pode olvidar da sistemática processual vigente, de garantia da supremacia do interesse público sobre o particular.

provisória e antecipada do pedido e já são decisão satisfativa de direito, embora precária. Conclui a respeito o Autor que "***já com as medidas cautelares, isso jamais ocorrerá, pois são neutras diante do processo principal, muito embora visem a resguardar coisas e pessoas do processo e a assegurar o êxito da futura execução***"³⁰

Exatamente por estar despido de satisfatividade que, ao invés de compor a lide, como sói ocorrer nos processos de execução e cognição, o processo cautelar objetiva tutelar o processo. PONTES DE MIRANDA afirma que "***quando se antecipa a execução, satisfaz-se por antecipação, mas não ocorre aí simples segurança***"³¹

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu segurança para cassar medida cautelar ilegalmente deferida, porque antecipação de tutela e não segurança para um direito em perigo.³²

Nessa linha de raciocínio, não podem prevalecer opiniões doutrinárias que consideram revogada a Lei 8437/92, em razão da edição da Lei 8952/94³³, quando os próprios Autores defendem, à exaustão, as diferenças entre as ações cautelares e a antecipação de tutela, que em nada se confundem, sendo intuitivo que esta foi inserida no ordenamento jurídico exatamente para devolver àquela sua verdadeira finalidade, a de garantir o resultado final da ação principal, que com ela não se confunde, pena de litispendência.

A Lei 9494/97³⁴, a seu turno, estendeu à antecipação de tutela as restrições antes indicadas, adaptando a Lei 8437/92³⁵ à inovação da Lei 8952/94 (reforma

³⁰ Processo Cautelar, EUD, pg. 67

³¹ CPC Comentado, Forense, 1975, p. 3669

³² RJTJRGs, volume 74, pg. 273

³³ José Geraldo Carneiro Leão, a exemplo, afirma que "*não se aplicam na hipótese as restrições (ou limitações) constantes da L. 8437/92, eis que, por ser norma anterior, foi revogada, no que incompatível, pela L. 8952/94.*

³⁴ A Lei 8437/92 cuida das medidas cautelares contra o Poder Público e a Lei 9494/97 a estendeu à antecipação de tutela.

³⁵ A Lei 8437/92 cuida da concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública: 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 da vedação legal. Par. 1º. - Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado

processual), cabendo afirmar, segundo o raciocínio dos próprios doutrinadores avessos à tese aqui defendida, que referida lei veio a revogar, quanto à Fazenda Pública, o disposto no art. 273, do CPC (veiculado pela Lei. 8952/94).

No julgamento da ADIN nr. 223 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), constou do voto proferido que "***já se anotaram precedentes brasileiros de vedação legal à concessão de liminar, sem resistência quanto à sua constitucionalidade***"³⁶

Demonstrada a constitucionalidade da norma legal, há que ser ela adequada ao sistema legal vigente. Desde logo insta ressaltar que a edição do texto não significa o reconhecimento da aplicabilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao contrário dos argumentos já enumerados³⁷, 'porque o texto legal que reafirma o sistema vigente não tem essa extensão.

Discute-se a natureza desse poder - se vinculado ou discricionário.³⁸ É irrelevante a distinção se considerado que, mesmo agindo discricionariamente, o

ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal. Par. 2o.- O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. Par. 3o.- Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Artigo 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 reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. Artigo 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 e seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa 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 públicas. Par. 1o.- Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em ação cautelar inominada, no processo de ação cautelar e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado. Par. 2o.- O Presidente do Tribunal poderá ouvir o Autor e o Ministério Público, em 5 (cinco) dias. Par. 3o.- Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias".

³⁶ Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 132, pg. 587

³⁷ CASSIO SCARPINELLA BUENO afirma que "*ao estender ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu este ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices legais referidos na doutrina quando da edição da Lei 8952/94 (...). Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual e, certamente, não haveria preocupação em disciplinar ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público*" - ob. cit., pg. 79

³⁸ O STF já teve oportunidade de decidir que "*o ato de concessão ou não da liminar em mandado de segurança circunscreve-se à discricção do Juiz, não cabendo recurso, quer o despacho seja positivo ou negativo*" (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.04.1991, DJU 07.06.1991)

Magistrado está adstrito à lei, podendo exercer a opção apenas nos limites das variantes oferecidas no texto normativo.

Assim, não pode vingar o entendimento de que, o texto legal vigente e considerado constitucional (L. 9494/97), que restringe a medida contra o Poder Público, possa ser mitigado à frente do caso concreto.³⁹

No que se refere, outrossim, à execução que envolva antecipação financeira, o artigo 273, se aplicado contra a Fazenda, fere frontalmente o artigo 730 do CPC, que pressupõe sentença judicial condenatória para a instauração da execução e ainda o artigo 100 da Constituição Federal, sem contar todos os demais dispositivos constitucionais orçamentários.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR examina esse aspecto na leitura do direito italiano, afirmando que ***"evoluiu-se então, em todo o direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para "conservar" como para "regular" a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a regulação provisória da lide fosse de tal modo a impedir a reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso"***⁴⁰

Esbarra ainda a pretensão antecipatória em problemas que surgem diante da concessão no bojo da demanda declaratória e constitutiva, onde a tutela sempre tem natureza inibitória e resulta ainda mais evidente a impossibilidade de retorno ao *statu quo ante*.

Esse raciocínio aplica-se a toda e qualquer ação intentada contra a Fazenda Pública, mesmo que considerada a prova inequívoca de verossimilhança, ao contrário do que sugeriu CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, colacionando HUGO DE

³⁹ Nelson Nery Jr., na análise da ADIN 223-6/DF, afirma que o texto legal não pode ser considerado inconstitucional, mas pode ser tomado por ineficaz, na medida em que o juiz pode, sob o fundamento do poder geral de cautela e à luz do caso concreto, emitir livremente os provimentos liminares.- Princípios de Processo Civil na Constituição Federal, ed. RT 1992, p. 96/97.

⁴⁰ Tutela antecipada e tutela cautelar, Revista dos Tribunais, volume 742, página 40

BRITO MACHADO, Juiz do TRF da 2a. Região, ao defender o cabimento da medida nas ações de repetição de indébito tributário.⁴¹

Também na opinião do I. Magistrado relatada por SCARPINELLA BUENO, o artigo 730 do CPC deve ser interpretado à luz do artigo 273, sugerindo - *data maxima venia* - esdrúxula saída para o impasse: expedite-se o precatório, com sustação do pagamento até decisão final. Transitada em julgado, o valor será liberado. Essa operação denomina-se "instrumentação da execução".

O depósito judicial do valor sob condição de confirmação da sentença, com expedição anterior e provisória de precatório, com a devida vênua, é providência que beira o absurdo, porque fere a ordem cronológica, deixando sem solução os pagamentos posteriores até o efetivo levantamento, já que a referida sucessão diz respeito à requisição judicial e não a ato posterior que é a disponibilização do montante depositado. Além disso, expedido o precatório, torna-se ele exigível, devendo ser cumprido.

Por esse mesmo motivo, descabida a providência nas ações desapropriatórias, como sugeriu LUIS RODRIGUES WAMBIER, sob o mesmo argumento⁴²

A respeito, tenha-se ainda em mira que o disposto no artigo 588, I do CPC (que regula a responsabilidade do credor na execução provisória, por conta da prestação de caução idônea) e que tem "**o escopo de evitar o chamado risco processual, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou dinheiro ao credor**"⁴³ resulta inaplicável ao instituto da tutela antecipada, na medida em que o artigo 273, II, parágrafo 3º., considera que serão observados apenas os incisos II e III daquele dispositivo processual, colocando sob condição inaceitável o interesse público que envolve as demandas contra o Poder Público.

⁴¹ Ob. cit, pg. 56 - O simples argumento da possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, como fundamento da providência sugerida já foi amplamente discutido nesta tese, demonstrado que o requisito para a instauração da execução é a sentença judicial eficaz e não a transitada em julgado

⁴² Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, "Antecipação de Tutela e Desapropriação Indireta", ed. RT 1997, pg. 283, no qual o Autor propõe o precatório provisório, a ser emitido "*desde logo, reservando-se lugar na ordem sucessiva de pagamentos*"

⁴³ STJ - 6ª. Turma, Resp 29176-7-SP, 30.8.93, pg. 19835

A respeito da possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, conquanto antecipatórias, em inúmeros casos, verdade é que não revelam o confronto do exclusivo interesse privado contra o interesse público.

Em tais ações, o requisito específico da propositura envolve questão que transcende a particularidade: (i) no mandado de segurança há o direito líquido e certo frente a um ato ilegal de autoridade; (ii) na ação civil pública há a defesa de interesses específicos tutelados pela norma legal com destaque, como no caso do meio ambiente, do consumidor, etc..; (iii) na ação popular, revela-se a preocupação com a lesividade ao patrimônio público.

São todos indiscutíveis aspectos do mesmo interesse público que inspira os privilégios processuais da Fazenda Pública.

Isto não significa que, presente esse fundamento em ações de procedimento comum, deverá ser concedida a tutela antecipada. Em tais casos, optou o Autor da demanda pela via comum, ao invés das ações de rito especial, fazendo crer que não pretende relevo ao requisito específico de tais ações, como fundamento da ação.

Melhor exemplificando, se no sistema anterior o Autor dispusesse de ação cautelar, na qual pudesse requerer a concessão de medida liminar, porque presentes o *periculum in mora* e do *fumus boni iuri*, mas, ainda assim, fizesse opção pela via do procedimento comum, não poderia nessa sede pleitear a antecipação conservatória do direito, porque os requisitos específicos da cautela, embora presentes, são fundamentos de demanda própria, estando ele, inclusive, dispensado de demonstrar referidos aspectos, ainda que evidentes, quando no procedimento comum.

Finalizando, a se admitir a doutrina que considera o direito à antecipação de tutela aplicável a todo e qualquer processo, se estará não só subvertendo todo o sistema processual vigente, como exaustivamente demonstrado, como contrariando o próprio instituto, que certamente não foi introduzido com o objetivo de resolver o problema da morosidade da máquina judiciária, muito mais profundo e carente de

medidas de cunho administrativo, mas sim, de torná-la eficiente nos casos indicados, sujeitos à ordem legal.

6.2.Lei 9494/97: Da impossibilidade de tutela antecipada

O próprio § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil faz expressa menção quanto à possibilidade de o Juiz vir a revogar ou modificar, a qualquer tempo, a antecipação da tutela concedida, do que se depreende que o movimento jurisdicional em si é reversível.

Ainda que não estivesse previsto expressamente, mesmo assim seria possível insistir na reversibilidade da tutela antecipada, por sua própria natureza de decisão interlocutória proferida em cognição perfunctória, que poderá ser revogada pela sentença ao final proferida em cognição exauriente.

Por outro lado, por disposição expressa do § 2º do artigo 273 do CPC, “*não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”.

A pretensão do legislador é evitar que os efeitos da tutela antecipatória sejam irreversíveis, ou seja, evitar que se torne impossível o retorno ao *status quo ante* à decisão concessiva, que muitas vezes decorre da própria natureza do pedido formulado, como uma forma de equilibrar a efetividade da jurisdição e o princípio da segurança jurídica.

Em outras palavras, o provimento que antecipa os efeitos da tutela em si é reversível, mas os efeitos que o mesmo opera no plano fático também devem ser reversíveis, sob pena de não ser concedida a medida com fundamento no parágrafo 2º do artigo 273 do CPC, que veda o seu deferimento nas hipóteses em que seus efeitos serem irreversíveis.

É certo que o conceito de irreversibilidade só pode ser compreendido no mundo dos fatos, pois, conforme adverte Luiz Fernando Bellinetti “*no plano jurídico a*

tutela antecipada nada mais é que a constituição de uma norma concreta provisória (e portanto reversível)”⁴⁴

É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.⁴⁵

Sérgio Bermudes é taxativo ao afirmar: *“Urge que a providência antecipada não produza resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao estado anterior. Assim dispõe o § 2º, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade. Diante desse dispositivo, assaz limitador, não se admite a antecipação quanto a irreversibilidade só poder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto.”⁴⁶*

Importante aspecto é abordado pelo nobre processualista, pois, no nosso entender, argumentar que a irreversibilidade poderá ser reparada por meio de indenização pelas perdas e danos, seria dar uma interpretação equivocada ao dispositivo legal ora em comento, pois é certo que nem sempre a remuneração é suficiente para compensar uma situação fática que não há como ser recomposta.

Barbosa Moreira exemplifica muito bem a irreversibilidade dos efeitos de uma decisão judicial que determina a transfusão de sangue em menor para lhe salvar a vida, o que não havia sido permitido por ser seu pai, por motivos de ordem religiosa, e ressalta que se a tutela não fosse antecipada, também seria irreversível seu efeito, qual seja, a morte da criança.

Nesses casos em que a irreversibilidade dos efeitos da medida antecipatória existe tanto do valor do autor quanto do lado do réu, deverá o juiz fazer um exame acurado das dimensões das conseqüências de ambos os lados e sopesar com bom

⁴⁴ “Irreversibilidade do provimento antecipado” in Aspecto Polêmicos, ob. cit., pág. 249.

⁴⁵ Cândido Ragel Dinamarco, “A Reforma do Código de Processo Civil”, ob. cit., pág. 108.

⁴⁶ “A Reforma do Código de Processo Civil”, São Paulo, Saraiva, 1996, 2ª edição, página 29-30.

sendo e com razoabilidade antes de concedê-la. É neste sentido que o princípio da proporcionalidade ganhar maior relevância na matéria atinente à antecipação de tutela, consoante haverá a oportunidade de abordar adiante, em momento oportuno.

Alerta Humberto Theodoro Junior que “a necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do procedimento, caso afinal seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

A irreversibilidade dos efeitos da antecipação da tutela deverá ser considerada por ocasião da concessão ou denegação da medida, cabendo ao magistrado, ante o conflito de interesses, confrontar os benefícios e os malefícios em se conceder ou se denegar.

O que não pode é haver temor ou receio constante em deferir a tutela antecipada por serem seus efeitos irreversíveis, sob pena de inviabilizar a utilização de um instituto processual tão relevante para que se alcance a plena eficácia das prestações jurisdicionais.

Por essa razão, “ a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior. Mesmo nesta hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nesses circunstâncias, prover meios adequados à reversibilidade da situação, como, por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

Importa, portanto, distinguir a reversibilidade jurídica do provimento em si, que pode ocorrer em face da reforma da antecipação da tutela ou em decorrência da prolação da sentença final, que poderá reverter o provimento ora concedida, o que,

todavia, não significa que foram suprimidos do mundo empírico os efeitos já produzidos.

Assim, interpretando o parágrafo 2º do artigo 273, conjugadamente com o parágrafo 4º do mesmo artigo, vale transcrever os ensinamentos de Ovídio Baptista, citados por Antônio Cláudio da Costa Machado: “se deve ler ‘irreversibilidade dos efeitos’ e não ‘irreversibilidade do provimento’, no texto do § 2º, do artigo 273 (...) na medida que o ato de antecipação da tutela corresponde a uma simples decisão interlocutória, que pode ser revogada ou modificada pelo seu próprio prolator no curso do procedimento ou da sentença (art. 273, § 4º) ou, ainda, revista pelo segundo grau de jurisdição por meio de agravo de instrumento (art. 522), parece óbvio que a proibição que nos ocupa não tem nada a ver com o provimento em si, mas apenas com os efeitos fáticos que por ele são produzidos fora do processo, ou seja, na esfera do comportamento das partes em conflito”.

Irreversíveis, portanto, são as conseqüências fáticas decorrentes da imediata execução da medida antecipatória, o que, todavia, não pode constituir sempre um óbice para a concessão da tutela, porque há casos em que será prestigiado o direito provável do autor em detrimento do réu, pois a opção legislativa que impera e norteia o processo civil atual é valorizar a efetividade processual, ainda que, para tanto, excepcionalmente, seja necessário mitigar a segurança jurídica das decisões judiciais.

7. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

7.1. A estabilização da tutela antecipada: o Projeto de Lei nº 186/2005

A proposta de antecipação de tutela, apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, tramita no Senado através do Projeto de Lei nº 186/2005, e visa tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória.

A técnica utilizada é a do contraditório eventual, visto anteriormente, e aplicado no procedimento monitório, em que há a “parcialização” da lide, como preleciona Ovídio Batista, a seguir:

A técnica de “parcialização” ou sumarização de lides é tão conhecida e antiga quanto as mais remotas fontes romanas. Basta ver a relação entre os juízos interditaes do direito romano clássico e o “procedimento ordinário” das *actiones*, para ter-se uma imagem precisa do que são processos sumários autônomos, nos quais as questões que demandassem investigação probatória demorada e complexa - e que, por isso não se pudessem resolver-se através de *summaria cognitio*, que era a função do pretor -, seriam relegadas para tratamento em processo independente posterior (*actio ex interdicto*).

A criação de “títulos executivos” extrajudiciais, no direito medieval, seguiu a mesma técnica, de “fracionamento” da ação executiva, extraíndo-lhe as questões que poderiam compor as respectivas exceções, para torná-las substância de uma demanda independente, a ser proposta - através da inversão do contraditório - pelo demandado, agora transformado em autor, perante o processo executivo.

Seria possível conceber solução análoga fazendo com que nossas liminares de antecipação de tutela adquirissem autonomia procedimental, passando a constituir uma demanda preliminar independente, como ocorre com os falsos procedimentos cautelares do modelo italiano, com a única - porém relevantíssima - diferença de que, tal como na ação de embargos do executado, inverter-se-ia o contraditório, dando autonomia ao juízo sumário, de modo a gravar a parte que nele sucumbisse com o ônus de iniciar a demanda plenária subsequente.⁴⁷

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Batista da. Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br> >. Acesso em 06 de agosto de 2006.

A proposta que permite a estabilização da tutela antecipada modifica os §§ 4º e 5º do artigo 273, e acrescenta os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, como segue:

Artigo 273 (...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentalmente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito:
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C. Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento do mérito.

273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência de ação, se incompatíveis as decisões.

O contraditório eventual surge no momento do deferimento, integral ou parcial, da antecipação de tutela requerida, em procedimento antecedente ou em curso, sendo a medida deferida de modo integral ou parcial. Nesse momento inverte-se a iniciativa, cabendo ao demandado propor a ação de conhecimento, caso a antecipação de tutela tenha sido concedida em procedimento antecedente, ou requerer o prosseguimento da ação, em se tratando de tutela concedida no curso do processo de conhecimento.

Impende destacar a autonomia do procedimento antecipatório, pois extinto o processo sem julgamento do mérito, o provimento de urgência permanece eficaz, salvo no caso de carência de ação incompatível.

Dessa forma, como demonstrado por Ovídio Batista, o procedimento ordinário foi dividido em dois, sendo um deles sumário. Após a concessão da tutela ocorrerá a inversão do ônus da iniciativa do contraditório, que será do demandado, ficando o autor dispensado de promover a demanda de cognição plena. Entretanto, se denegada a antecipação pleiteada pelo autor ou se a obteve de modo parcial, caberá a ele a propositura da ação. A inércia da parte interessada fará com que a tutela concedida se estabilize, adquirindo o caráter de coisa julgada.

Assim sendo, a cognição fundada em um julgamento de verossimilhança e de probabilidade adquirirá caráter de imutabilidade, até então somente concedido aos julgamentos definitivos de mérito.

Diante disso, há de se concluir que a condição da propositura de ação ordinária, submetida à vontade da parte interessada, entrega a tutela antecipada a qualidade de direito autônomo.

Em síntese, a proposta de estabilização da tutela antecipada visa tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória, seja ela total ou parcial, devolvendo às partes a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Com atitude omissiva das partes em não propor a demanda ou não requerer o prosseguimento do processo, a decisão antecipatória ficará coberta pela coisa julgada.

A justificativa do projeto de Lei nº 186/2005 elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, indica que os provimentos antecipatórios são essencialmente monitorios, dentre outras considerações, como segue:

A existência, no passado, de “cautelar satisfativa” é dado revelador de que o procedimento antecipatório antecedente será de grande

utilidade. Aliás, Kazuo Watanabe já havia defendido a existência da ação de cognição sumária autônoma (Da cognição no processo civil, Cebepej, São Paulo, 2ª ed., pp. 139-142), o que vem em apoio a proposta que torna auto-suficiente o procedimento antecedente em hipótese de preclusão da decisão antecipatória de tutela.

Por outro lado, não pode surpreender a observação de que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Salientou-o oportunamente Edoardo Ricci, em alentado estudo em que examinou a tutela antecipatória brasileira, preconizando sua estabilização (A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, in Revista de Direito Processual, Gênese, setembro-dezembro, p. 691 e ss.). Os pressupostos da monitoria e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia. E Ovídio Baptista da Silva, antes mesmo da adoção da ação monitoria pelo ordenamento brasileiro, considerou expressamente as liminares antecipatórias como modalidade de procedimento monitorio genérico (A antecipação de tutela na recente reforma processual, in Reforma no CPC, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1996, n. 8).

No sistema pátrio, o mandado monitorio não impugnado estabiliza a tutela diferenciada. Simetricamente, a mesma coisa deve ocorrer com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem, considerando pacífico o conflito: as partes, e não apenas o demandado, porquanto a antecipação de tutela pode ser parcial, podendo neste caso também o autor ter interesse na instauração ou prosseguimento da ação de conhecimento. Assim, a instauração ou o prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandado e, em caso de antecipação parcial, do demandante, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade de sentença de mérito.

Por outro lado, se a demanda que visa à sentença for intentada ou prosseguir, a extinção do processo sem julgamento do mérito não tem o condão de tornar ineficaz a medida antecipatória, que prevalece, ressalvada a hipótese de carência de ação, se incompatíveis as decisões.

Lembre-se, por oportuno, que o direito italiano vigente já contempla a possibilidade de estabilização dos provimentos de urgência em diversas disposições, como no art. 186 “ter” e “quater” CPC e art. 423, 2º “comma”, CPC (este último, em matéria de processo do trabalho). E, segundo afirma Ricci, a sobrevivência da eficácia executiva dos provimentos de urgência à extinção do processo vem sendo afirmada pela doutrina, em via de interposição sistemática, mesmo fora dos casos expressamente previstos.

O projeto de lei, se aprovado, irá provocar maior celeridade no atendimento ao direito material pretendido, acentuando a eficácia da prestação jurisdicional, perquirindo um processo justo e tempestivo.

CONCLUSÕES

A busca da efetiva prestação jurisdicional, eficaz e tempestiva, visando a distribuição da justiça e garantindo a paz social, é ideal perseguido desde os tempos romanos, com a realização do direito material pretendido de forma célere, eficaz e segura.

Com esse propósito, alicerçado na *aequitas*, é que o pretor criou e adotou a técnica de antecipação de tutela pretendida pelo autor, posteriormente inserida nos interditos do processo formulário, para suprimir os efeitos danosos do tempo decorrente da *actio ordinária*.

Esse interditos serviram como base para aplicação nas ações possessórias, estendidos posteriormente para algumas ações especiais, e adotados em determinadas medidas provisionais, tendo ainda aplicação nas impropriamente denominadas medidas cautelares satisfativas.

É possível, inclusive, afirmar-se que a efetividade está ínsita no princípio constitucional do devido processo legal, traduzida através da aplicação de técnicas que acrescem à finalidade precípua da prestação jurisdicional.

As técnicas das tutelas cautelares e antecipatórias exercem relevante papel na promoção do acesso à justiça garantido através do devido processo legal, assegurando a tutela jurisdicional eficaz contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo.

Como suporte à efetividade, as liminares, antes existentes em alguns procedimentos especiais de conhecimento, tais como, na ação popular em seu § 4º do artigo 5º, acrescentado pela lei 6.513/1977, na ação civil pública regulada pela lei 7.347/1985, no seu artigo 12, no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 84, § 3º (Lei nº 8.078/1990), dentre outros, sofreram generalizações com a reforma do Código de Processo Civil de 1994, com a possibilidade da antecipação dos efeitos do futuro julgamento do mérito da causa, em qualquer procedimento.

A antecipação de tutela é uma tutela de urgência sob regime próprio, que se distinguem das cautelares, como demonstrado anteriormente, em que tais medidas satisfativas provisórias podem ser decretadas liminarmente em todos os procedimentos cognitivos, podendo ocorrer tanto na abertura do processo, como em qualquer das suas fases anteriores à coisa julgada.

A medida liminar, como técnica que visa a efetividade do processo, não é medida cautelar, mas deliberada no início da relação processual podendo ter cunho satisfativo ou cautelar.

As medidas cautelares e antecipatórias são tutelas de urgência pois alteram a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos típicos dos cabíveis após o acerto do direito definitivo da outra parte, entretanto, filiam-se a procedimentos diferentes e tendem a resultados diversos.

Todavia, na análise do caso concreto, há de se admitir a fungibilidade entre as medidas, desde que observados os requisitos da urgência pleiteada.

Na constante busca por uma efetiva prestação jurisdicional, a existência de propostas de alteração legislativa para criação de novas técnicas que visam a celeridade processual, destaca-se o anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, cujo teor prevê a possibilidade da antecipação de tutela ser concedida antes de proposta a demanda, entregando às partes a opção pela instauração ou não da demanda que terá as atividades instrutórias e a respectiva sentença de mérito. Caso não instaurada, a lide será solucionada, pois da omissão decorre o desinteresse da parte pela sentença de mérito.

Ainda, a tutela antecipada deferida no curso da demanda e não impugnada, torna-se estável, solucionando o conflito. É a aplicação da técnica do contraditório eventual.

As constantes mudanças na sociedade são as principais alavancas das transformações no campo processual para a justa pacificação dos conflitos, pois em razão da complexidade das relações jurídico-sociais torna-se necessário uma

cognição sumária no caso concreto, atenuando-se, dessa forma, a segurança jurídica, com intuito de alcançar as camadas sociais até então discriminadas pelo positivismo das leis, assegurando seu acesso ao Judiciário e garantindo uma justa e efetiva prestação jurisdicional.

Por fim, o ativismo trazido pelo Conselho Nacional de Justiça em padronização e a indicação de metas prioritárias trouxe a baila questões como a padronização do tempo necessário para o resultado prático que venha a ser efetivamente alcançado da tramitação do processo, não se pode minimizar a relevância e a importância da Emenda Constitucional nº 45, aprovada pelo Congresso Nacional. Trata-se de um verdadeiro marco na história recente do Judiciário que, apesar das dificuldades iniciais de implementação e das críticas que se possa fazer à emenda, deve colaborar para o aprimoramento do sistema como um todo.

Entretanto, é lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem alterar nada na ineficiente estrutura e condições do Poder Judiciário, seja simplesmente acrescentado o parágrafo LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Válido será, porém, se mais que um princípio constitucional, tornar-se um autêntico compromisso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, Volume 1.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, Volume 2.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil 2005*. Revista de Direito Renovar – RDR, vol. 31, janeiro/abril 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Tutela antecipada. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança* nº 8.558/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. Julgado em 11 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 10 de maio de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Cerceamento de defesa. *Recurso Especial* nº 74.472-DF. 4ª Turma. Relator Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 13 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 10 de maio de 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini e; DINAMARCO, Cândido Rangel e; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Volume X, Tomo I.

_____. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, Volume 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, 2º Volume.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Civil* nº 156.602-2. Relator Desembargador Dínio Garcia. Julgado em 08 de novembro de 1994. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nº 126, página 174.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. São Paulo: Forense, 2004.

_____. *Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de maio de 2010.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASKI, Teori Albino. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANEXOS – TEXTOS E JURISPRUDÊNCIAS

A seguir serão transcritos duas sentenças proferidas pela Juíza Federal da 11ª Vara Federal Cível em São Paulo, Drª Regilena Emy Fukui Bolognesi, a qual adota como razão de fundamentação da sua sentença a irreversibilidade da decisão liminar em razão da sua estabilização no mundo jurídico e para não ferir o princípio da segurança jurídica:

Seção Judiciária do Estado de São Paulo -11ª Vara Federal Cível

Autos n. 2003.61.00.021564-0 - MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante : ANA PAULA GOMES PORTE

Impetrado : SUPERINTENDENTE DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentença tipo: C

Vistos em sentença.

O objeto deste mandado de segurança é a liberação de veículo apreendido.

A Impetrante requer concessão de segurança para “[...] que seja liberado seu veículo, devendo o veículo ser entregue à impetrante, inclusive com toda a documentação apreendida”.

Narrou a impetrante que teve seu veículo Scânia, ano/modelo 1988, placa BYA 1153 (GO), chassi n. 9BSKC4X2BJ3456563, apreendido em 30/07/2003 pela autoridade coatora, sob o fundamento de infração do artigo 83, inciso IV, “a” e artigo 85, inciso VI, do Decreto 2521, de 20 de março de 1998. Informou ainda que também foi apreendida a documentação do veículo, e que foi aplicada multa no valor de R\$ 2164,64. Alegou a impetrante que a liberação do veículo foi condicionada ao pagamento da multa aplicada.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (fls. 42-46), para determinar a liberação do veículo independentemente do pagamento prévio da multa.

Notificada, a autoridade coatora prestou as informações (fls. 52-58). No mérito, em síntese, alegou ter atuado a impetrante porque esta não portava autorização expedida pelo Ministério dos Transportes para executar serviços de fretamento. Pugnou pela legalidade de seu ato e requereu a denegação da segurança.

Foi concedida oportunidade de manifestação ao Ministério Público Federal, que, em parecer, opinou pela concessão parcial da segurança. (fls. 100-108).

É o relatório. Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

O ponto controvertido do presente mandado de segurança é a liberação do veículo de transporte coletivo apreendido independentemente do pagamento de multas, estadia, taxas e demais despesas.

Nas informações, a autoridade coatora informou que, durante a realização da viagem de fretamento, o prestador do serviço deverá portar cópia da autorização expedida pelo Ministério dos Transportes, sob pena de apreensão do veículo, além de outras penalidades previstas na legislação de regência. No presente caso, o impetrante não portava tal autorização, razão pela qual foi autuado e teve seu veículo apreendido.

O decreto n. 2521/98, que disciplina a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, estabeleceu em seu artigo 85, parágrafo 3º, que a liberação do veículo far-se-á mediante ato do órgão fiscalizador, após comprovação do pagamento das multas e das despesas referidas nos parágrafos anteriores.

No entanto, a concessão da liminar implicou na consolidação de uma situação de fato. Por mais que se entenda que toda liminar é provisória e possa, a princípio, ser revertida, existem situações nas quais a alteração se faz desaconselhável, sob pena de se infringir dano a ambas as partes e terceiros.

O provimento jurisdicional acabou por perpetuar uma situação de fato que não convém seja modificada.

Não se trata da aplicação da denominada da “teoria do fato consumado” do direito administrativo, teoria esta rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes casos, a manutenção da decisão provisória deferida anteriormente, ainda que contrária ao entendimento do magistrado que profere a sentença, deve ocorrer em razão do princípio da segurança jurídica.

Cabe ressaltar que não se trata de desconhecimento do sentido tradicionalmente empregado ao princípio da segurança jurídica, qual seja:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.

(Luís Roberto Barroso. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil 2005. Revista de Direito Renovar – RDR, vol. 31, janeiro/abril 2005, p. 143/170).

Na verdade, é uma ampliação do conteúdo para incluir a estabilidade das relações jurídicas travadas por pessoas que se encontravam ao abrigo de decisões judiciais provisórias com terceiros.

Amparados por decisões judiciais provisórias, as pessoas praticam atos jurídicos, incluindo e/ou afetando terceiros, que muitas vezes nem têm conhecimento da precariedade da circunstância. A situação se concretiza de tal maneira que não mais se torna possível reverter, ou as conseqüências do desfazimento são ainda mais nefastas.

Por esta razão, uma vez consolidada a situação de fato e, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, entendo por bem conceder o provimento requerido.

Decisão

Diante do exposto, **julgo procedente o pedido. CONCEDO A ORDEM** para determinar à autoridade impetrada que proceda à liberação do veículo descrito na inicial e dos referidos documentos, independentemente do pagamento prévio da multa, mas sem prejuízo de sua regular cobrança.

A resolução do mérito dá-se nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários advocatícios. Custas na forma da lei.

Publique-se, registre-se, intimem-se.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

São Paulo, 31 de janeiro de 2008.

REGILENA EMY FUKUI BOLOGNESI
Juíza Federal

Seção Judiciária do Estado de São Paulo -11ª Vara Federal Cível

Autos n. 2004.61.00.025203-2

MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante : CLÓVIS DE CASTRO E CAMPOS NETO

Impetrado : DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL DE SÃO PAULO RESPONSÁVEL PELO SINARM

Sentença tipo: A

Vistos em sentença.

O objeto deste mandado de segurança é o recebimento e processamento do pedido de porte de arma.

O Impetrante requer concessão de segurança para “[...] que seja, de pronto, determinado o recebimento e processamento do pedido de porte de arma, sem ônus para o impetrante”.

Narrou o impetrante que é detentor de autorização para porte de arma expedida em 1º de outubro de 2003, com validade até 1º de outubro de 2007. Com a vigência da Lei n. 10.826/03, ficou determinado que o detentor de autorização com prazo de validade superior a 90 dias poderia renová-la dentro do mesmo prazo, sem ônus. No entanto, no prazo estipulado, a autoridade coatora sequer recebia os pedidos, sob a alegação de falta de regulamentação da lei.

O pedido liminar foi deferido (fls. 23-26).

Notificada, a autoridade coatora prestou as informações às fls. 32-35, aduzindo que não foram processados os pedidos em razão da falta de regulamentação da Lei, o que foi feito pelo Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004; a partir desta data, não houve recusa no protocolo do pedido. Quanto ao prazo de 90 dias estipulado no artigo 29 da Lei 10.826/90, a Lei n. 10.884/90 estipulou que seu limite máximo seria 21.09.04.

O Ministério Público Federal, em parecer, aduziu que não há irregularidades a suprir no processo e pediu o seu prosseguimento (fls. 39-40).

É o relatório. Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

O ponto controvertido do presente mandado de segurança é a possibilidade do recebimento e processamento do pedido de porte de arma sem ônus.

Nas informações, a autoridade coatora aduziu que o prazo para renovação do porte de arma – 90 dias - havia se esgotado em 21.09.04, pois sua data inicial restou determinada para 23.06.04 pela Lei n. 10.884/04; logo, o pedido do autor estaria fora do prazo e deveria seguir as regras estabelecidas no artigo 10 da Lei 10.826/03.

No entanto, a concessão da liminar implicou na consolidação de uma situação de fato. Por mais que se entenda que toda liminar é provisória e possa, a princípio, ser revertida, existem situações

nas quais a alteração se faz desaconselhável, sob pena de se infringir dano a ambas as partes e terceiros.

O provimento jurisdicional acabou por perpetuar uma situação de fato que não convém seja modificada.

Não se trata da aplicação da denominada da “teoria do fato consumado” do direito administrativo, teoria esta rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes casos, a manutenção da decisão provisória deferida anteriormente, ainda que contrária ao entendimento do magistrado que profere a sentença, deve ocorrer em razão do princípio da segurança jurídica.

Cabe ressaltar que não se trata de desconhecimento do sentido tradicionalmente empregado ao princípio da segurança jurídica, qual seja:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.

(Luís Roberto Barroso. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil 2005. Revista de Direito Renovar – RDR, vol. 31, janeiro/abril 2005, p. 143/170).

Na verdade, trata-se de ampliação do conteúdo para incluir a estabilidade das relações jurídicas travadas por pessoas que se encontravam ao abrigo de decisões judiciais provisórias com terceiros.

Amparados por decisões judiciais provisórias, as pessoas praticam atos jurídicos, incluindo e/ou afetando terceiros, que muitas vezes nem têm conhecimento da precariedade da circunstância. A situação se concretiza de tal maneira que não mais se torna possível reverter, ou as conseqüências do desfazimento são ainda mais nefastas.

Ademais, no presente caso, ainda que se considere os argumentos da autoridade coatora, a ação foi proposta em 08.09.04, ou seja, dentro do prazo e, por razões de procedimento cartorário, a autoridade coatora apenas foi notificada da decisão liminar em 27.09.04, fora do prazo, o que não a eximiu de seu cumprimento.

Por esta razão, uma vez consolidada a situação de fato e, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, entendo por bem conceder o provimento requerido.

Diante do exposto, **julgo procedente o pedido. CONCEDO A ORDEM** para determinar à autoridade impetrada que proceda ao recebimento e processamento do pedido de porte de arma sem ônus para o impetrante.

A resolução do mérito dá-se nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários advocatícios.Custas na forma da lei.

Publique-se, registre-se, intime-se.

Deixo de submeter a sentença ao reexame necessário com fundamento no parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

São Paulo, 27 de julho de 2007.

REGILENA EMY FUKUI BOLOGNESI
Ju í z a F e d e r a l