

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES IV
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL E A COLISÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito
para a obtenção do grau de bacharel em
Direito na Universidade do Vale do
Itajaí.

**ACADÊMICO: GUILHERME DE
ALMEIDA BOSSLE**

Biguaçu (SC), novembro de 2001

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES IV
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL E A COLISÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Nelson Juliano Schaefer Martins e orientação metodológica do professor Msc. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior.

**ACADÊMICO: GUILHERME DE
ALMEIDA BOSSLE**

Biguaçu (SC), novembro de 2001

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – CES IV
CURSO DE CIÊNCIA JURÍDICA
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL E A COLISÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

GUILHERME DE ALMEIDA BOSSLE

A presente monografia foi aprovada como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Biguaçu, 20 de novembro de 2001

Banca Examinadora:

Prof. Nelson Juliano Schaefer Martins – Orientador

Prof. Msc. Samantha Chantal Dobrowolski – Membro

Prof. Carlos Alberto Pereira de Castro – Membro

*Aos meus pais e padrinhos,
fundamentais na minha formação.*

AGRADECIMENTOS

Ao professor Nelson Juliano Schaefer Martins, pela inestimável dedicação e atenção com que conduziu a orientação deste trabalho.

Ao professor Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, que sempre acreditou no meu esforço e na qualidade da pesquisa.

Ao meu tio Alcides, pela correção do texto.

Ao grande amigo José Sérgio da Silva Cristovam, no qual me espelhei e tomei como exemplo.

Aos amigos da Procuradoria da República em Santa Catarina, David, Camila, Júlia, Andrei, Ana Carolina, Lara, Eduardo, Marcelo, Vinícius, com os quais aprendi muito.

À Alessandra, Ivana e Maria Bethânia, pelo carinho e apoio.

À Heloisa, Maria Luiza e Natascha, sempre simpáticas e dispostas a ajudar.

À Biblioteca da Procuradoria da República em Santa Catarina, pelo acervo de que me servi e as inúmeras renovações de empréstimos que solicitei.

A todos aqueles que acreditaram nos meus propósitos e confiaram no meu trabalho.

“Se se perguntar, então, o que é a verdade fora da idéia verdadeira, que se pergunte o que é a brancura fora da coisa branca, pois a relação é do mesmo gênero nos dois casos.”

Baruch de Espinosa

SUMÁRIO

RESUMO	ix
LISTA DE ABREVIATURAS	x
INTRODUÇÃO	11
1 TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	18
1.1 TUTELA JURISDICIONAL: DEFINITIVA E PROVISÓRIA.....	18
1.1.1 Jurisdição e processo	18
1.1.2 A efetividade do processo e o Código de Processo Civil de 1973.....	19
1.1.3 A expansão das tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro..	20
1.1.4 Cognição sumária e cognição exauriente.....	22
1.1.5 Requisitos da tutela jurisdicional provisória.....	24
1.1.6 Tutela provisória e limites temporais.....	26
1.1.7 Tutela jurisdicional provisória e coisa julgada material.....	28
1.2 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: DISTINÇÕES CONCEITUAIS.....	28
1.2.1 Efeitos da tutela jurisdicional: plano social e plano jurídico.....	29
1.2.2 Evolução da tutela de urgência satisfativa.....	31
1.2.3 Conceito e elementos da tutela cautelar.....	33
1.2.4 Situação cautelanda.....	34
1.2.5 <i>Periculum in mora</i> e perigo de dano irreparável.....	35
1.2.6 Realização e assecuração.....	36
1.2.7 Conteúdo e efeitos da tutela jurisdicional definitiva.....	38
1.2.8 Natureza jurídica da antecipação de tutela e da tutela cautelar.....	40
1.2.9 A temporariedade da tutela cautelar.....	42
1.2.10 <i>Fumus boni juris</i>	43
1.3 MODALIDADES DE TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC E LEIS EXTRAVAGANTES.....	44
1.3.1 Conceito de liminar.....	44
1.3.2 Liminar em mandado de segurança.....	47
1.3.2.1 Natureza jurídica da liminar em mandado de segurança.....	49
1.3.2.2 Súmula 405 do STF.....	50
1.3.3 Liminares nas ações possessórias.....	51

1.3.4 O embargo liminar na ação de nunciação de obra nova.....	52
1.3.5 A antecipação da tutela específica.....	53
2 TUTELAS SUMÁRIAS SATISFATIVAS E NORMAS LIMITADORAS À CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA.....	56
2.1 A SATISFATIVIDADE EM CERTAS MEDIDAS CAUTELARES: TUTELAS SUMÁRIAS SATISFATIVAS.....	56
2.1.1 Tutelas sumárias satisfativas e medidas cautelares-satisfativas.....	56
2.1.2 Definitividade e irreversibilidade das tutelas sumárias satisfativas.....	57
2.1.3 Alimentos provisórios e alimentos provisionais.....	59
2.1.4 Irreversibilidade dos efeitos nas tutelas sumárias satisfativas.....	61
2.1.5 Legitimidade das tutelas sumárias satisfativas.....	63
2.1.6 O advento do instituto da antecipação de tutela.....	64
2.2 LIMITAÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	66
2.2.1 O <i>poder geral de cautela</i>	66
2.2.2 Cenário jurídico-processual antes do advento da antecipação de tutela: tutelas sumárias satisfativas.....	68
2.2.3 Evolução legislativa das limitações à concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública.....	71
2.2.4 A legitimação das medidas satisfativas interinais genéricas (Lei 8.952/94).....	73
2.2.5 Antecipação de tutela e limitações em face da Fazenda Pública.....	74
2.2.5.1 Reexame necessário.....	75
2.2.5.2 O art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	77
2.2.5.3 Irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela: análise do § 2º do art. 273 do CPC em confronto com o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 c/c art. 1º da Lei 9.494/97.....	79
2.3 A IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO ANTECIPADO: EXEGESE DO § 2º DO ART. 273 DO CPC.....	80
2.3.1 Irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos antecipados.....	80
2.3.2 Satisfação fática e satisfação jurídica.....	82
2.3.3 Irreversibilidade dos efeitos antecipados e retorno ao <i>status quo ante</i>	84
2.3.4 A doutrina de Luiz Guilherme Marinoni.....	88
2.3.5 Flexibilização da vedação do § 2º do art. 273 do CPC (princípio da proporcionalidade).....	89

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE.....	93
3.1 COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	93
3.1.1 Princípios e regras: distinções.....	93
3.1.2 Conflito de regras.....	96
3.1.3 Colisão de princípios.....	97
3.1.4 Colisão de princípios e relação de precedência condicionada.....	98
3.1.5 Princípios e regras: razões <i>prima facie</i> e razões definitivas.....	101
3.1.6 O princípio constitucional da proporcionalidade.....	103
3.1.7 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o princípio da proporcionalidade.....	104
3.1.8 Princípio da proporcionalidade: conexão entre meios e fins.....	105
3.1.8.1 Princípio da adequação (<i>Geeignetheit</i>).....	106
3.1.8.2 Princípio da necessidade (<i>Erforderlichkeit</i>).....	107
3.1.8.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito (<i>Verhältnismässigkeit</i>).....	107
3.1.9 Adequação, necessidade e ponderação.....	109
3.2 TUTELAS DE URGÊNCIA E A HARMONIZAÇÃO DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	111
3.2.1 Considerações preliminares.....	111
3.2.2 O princípio do devido processo legal (<i>due process of law</i>).....	112
3.2.3 O devido processo legal em sentido genérico.....	113
3.2.3.1 O devido processo legal em sentido material (<i>substantive due process</i>).....	113
3.2.3.2 O devido processo legal em sentido processual (<i>procedural due process</i>).....	114
3.2.4 O princípio do devido processo legal e seus corolários.....	114
3.2.4.1 O princípio da igualdade.....	115
3.2.4.2 O princípio da efetividade do processo.....	115
3.2.4.3 O princípio da segurança jurídica.....	116
3.2.5 Colisão entre efetividade do processo e segurança jurídica: fator tempo.....	117
3.2.6 Harmonização de princípios e concretização legislativa e judicial.....	118
3.2.7 Normas restritivas e normas de solução de conflito (<i>Konkurrenzlösende Normen</i>).....	120
3.2.8 Tutelas de urgência: normas de concordância prática.....	121

3.2.9 Princípio da proporcionalidade: conformação legislativa e conformação judicial.....	122
3.2.10 O princípio da proporcionalidade e a antecipação de tutela.....	123
3.2.10.1 Princípio da necessidade e antecipação de tutela.....	124
3.2.10.2 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito e antecipação de tutela.....	127
3.2.10.3 Princípio da adequação e antecipação de tutela.....	128
3.3 AS LIMITAÇÕES À CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
3.3.1 Antecipação de tutela: harmonização e restrição.....	128
3.3.2 Antecipação de tutela e as limitações iminentes.....	130
3.3.3 O controle das restrições a direitos fundamentais.....	131
3.3.4 As limitações a direitos fundamentais e o controle abstrato de constitucionalidade.....	133
3.3.5 As limitações à antecipação de tutela e a interpretação conforme a constituição.....	137
3.3.6 A vedação do § 2º do art. 273 do CPC e o princípio da proporcionalidade.....	138
3.3.7 As limitações à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública e o princípio da proporcionalidade.....	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a pesquisa acerca da constitucionalidade das normas que limitam a concessão de tutelas de urgência no processo civil, com especial enfoque para aquelas que proíbem a concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. No primeiro capítulo, se estabelece a distinção entre antecipação de tutela e a tutela cautelar como espécies de tutelas de urgência no direito brasileiro. No segundo capítulo são contextualizadas as limitações às tutelas de urgência, e se explicita o que são as tutelas sumárias satisfativas e de que modo contribuíram para o surgimento de tais limitações. Interpreta-se a norma do § 2º do art. 273 do CPC, e se estabelece a efetiva vedação contida. No terceiro capítulo, analisa-se o princípio constitucional da proporcionalidade para explicitação do tema relativo à harmonização entre os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica. As colisões de direitos fundamentais só ocorrem no caso concreto e, por conseguinte, é lícito ao juiz declarar a inconstitucionalidade de uma norma limitadora às tutelas de urgência. Todavia, a inconstitucionalidade é declarada através da técnica da interpretação conforme a Constituição, no intuito de não se eliminar a norma limitadora do ordenamento jurídico.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil

CTN – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional

ECA – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente

LACP – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1983 – Lei da Ação Civil Pública

LAP – Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 – Lei da Ação Popular

MP – Medida Provisória

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência, especificamente a tutela cautelar e a antecipação de tutela, surgiram como formas de harmonização do conflito ou colisão de dois direitos fundamentais relativos ao processo: a efetividade do processo e a segurança jurídica.

Os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica, quando concretizados no processo, exigem comportamentos antagônicos por parte dos órgãos de prestação jurisdicional. Para a concretização do primeiro, é fundamental que o processo transcorra de maneira célere; enquanto que, para o segundo, a sua plena concretização é incompatível com a rapidez. Configurada a colisão de direitos fundamentais, somente através de normas harmonizadoras, no caso as tutelas de urgência, é que se pode, na medida em que se restringe um dos direitos, evitar a eliminação do segundo.

Percebe-se que as tutelas de urgência, antes de harmonizar um conflito de direitos fundamentais, restringem um dos princípios colidentes (a segurança jurídica). Tratando-se de restrição a direitos fundamentais, ou princípios constitucionais, é imprescindível que, ao restringir o exercício de um direito fundamental, o legislador, ao elaborar a lei, e o juiz, na aplicação da lei restritiva, operem no sentido da autêntica conexão entre meio e fim.

A norma, ao restringir o exercício de determinado direito fundamental, deve exercer uma função precípua e peculiar: *harmonizar a colisão de direitos fundamentais*. Se a norma não se presta a esse fim, e apenas restringe direitos

fundamentais do cidadão, pode-se dizer que a norma é inconstitucional, pois o meio utilizado (norma restritiva) não foi adequado para a consecução de determinado fim (harmonização de conflito de direitos fundamentais).

Essa verificação da constitucionalidade de uma norma, segundo se preste à harmonização e não, apenas, à restrição de direitos fundamentais, é regida pelo *princípio da proporcionalidade*, também conhecido por *princípio da proibição de excesso*. Pela aplicação desse princípio, com suas três máximas ou subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, se poderá inferir se a norma que restringe um direito fundamental, no momento de sua elaboração, ou de sua aplicação, está servindo à uma harmonização de direitos fundamentais.

As tutelas de urgência, ao restringirem o direito fundamental da segurança, destinam-se a harmonizar o conflito desse princípio com o da efetividade do processo. Nem por isso, o juiz está desvinculado do princípio da proporcionalidade ao conceder umas das formas de tutelas de urgência, pois, como se disse, ao harmonizar uma colisão de direitos fundamentais, restringe-se um deles. Assim, no momento da concessão de tutelas cautelares ou antecipações de tutela, o juiz estará atrelado ao princípio da proporcionalidade.

A presente monografia, no entanto, não se destina a analisar as formas de tutelas de urgência com supedâneo no princípio da proporcionalidade, a fim de saber se na criação do instituto da antecipação de tutela se visava à harmonização de direitos fundamentais, mas se as normas que limitam a sua concessão, ou seja, se na elaboração das leis que limitam a concessão de tutelas de urgência (que restringem o direito fundamental da efetividade do processo) há observância do

princípio da proporcionalidade, com a conseqüente proteção a outro direito fundamental, e como se realiza a aplicação dessas leis pelos órgãos jurisdicionais.

Por essas razões é que se analisa como se dá a aplicação das tutelas de urgência, conforme exige o princípio da proporcionalidade.

Para a análise das limitações às tutelas de urgência, se utiliza do método indutivo, sendo curial a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória e, após isso, estabelecer o contexto jurídico-processual em que surgiram as limitações à concessão de tutelas de urgência.

A introdução do instituto da antecipação de tutela, através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou a redação do art. 273 do CPC dissipou falsos conceitos e noções acerca das duas técnicas de proteção a um bem jurídico ameaçado: a assecuratória e a antecipatória.

Antes disso, existiam além da tutela cautelar, como importante meio de proteção ao direito em perigo, algumas liminares previstas em certos procedimentos especiais do ordenamento jurídico, destacando-se a liminar em mandado segurança.

A tutela cautelar, da forma como foi concebida no ordenamento jurídico-processual brasileiro, deve ser efetivada mediante um processo autônomo e independente, de rito e cognição sumários.

Apesar dessa independência em relação aos demais processos (conhecimento e execução), tal condição, embora concretizada legal e judicialmente, só é admitida quando o *processo cautelar* se destina, única e exclusivamente, à instrumentalização de outro processo, denominado *principal*, em que nele haja o julgamento de mérito da pretensão da parte.

A doutrina sempre afirmou que o processo cautelar possui função “auxiliar e subsidiária” à lide principal. Nesses termos, não se pode conceber um processo cautelar que se esgote em si mesmo, ou seja, que, pela prestação da tutela cautelar, se obtenha uma autêntica tutela satisfativa.

Nesse caso, se poderia dizer que estaria havendo uma “burla” da função cautelar, utilizando-se dela para a obtenção de determinado fim, que só seria alcançado no processo de conhecimento.

Todavia, sem a exata noção da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória, a discussão que girava em torno da satisfatividade da tutela jurisdicional, evidentemente, não levava a caminhos escorregios. A necessária diferenciação entre *asseguração* e *satisfatividade*, de modo a tornar estanques os conceitos de dois institutos diversos do direito processual, a tutela cautelar e a antecipação de tutela, principalmente antes da criação dessa última, talvez tenha sido um dos maiores entraves para a compreensão do tema pelos processualistas brasileiros.

No primeiro capítulo desta monografia, cuida-se de traçar as diferenças entre as duas formas de tutela jurisdicional provisória, de modo a propiciar a compreensão das funções dos institutos da tutela cautelar e da antecipação de tutela, além de estabelecer a real natureza jurídica das diversas tutelas de urgência previstas no processo civil brasileiro.

Uma das principais dificuldades para a distinção entre “assegurar” e “satisfazer” deveu-se à criação do próprio legislador, que inseriu, dentre as medidas cautelares nominadas a seguirem o rito do processo cautelar, autênticas

antecipações de tutela, visto que a medida “cautelar” descrita equivalia a mesma que se pretendia através do processo de cognição exauriente ou principal.

Desse modo, havia a plena satisfação da parte, pois a antecipação de tutela consiste numa medida satisfativa, através do processo cautelar, de cognição sumária e, em tese, subsidiário.

Outro ponto de celeuma referia-se ao poder geral de cautela conferido aos juízes pelo art. 798 do CPC. A denominação genérica a “medidas provisórias que julgar adequadas” do referido artigo provocou dúvidas acerca de se estaria o juiz autorizado a conceder medidas satisfativas, ou apenas cautelares.

Embora houvesse uma percepção quanto à natureza da medida, se era cautelar ou satisfativa, preferiu-se, equivocadamente, denominar as medidas de cunho satisfativo no processo cautelar de “medidas cautelares-satisfativas”. Tais medidas nada mais eram do que tutelas sumárias satisfativas, já que a tutela satisfativa, e não cautelar, era concedida no próprio procedimento cautelar.

A concessão dessa nova forma de tutela, até certo ponto, desvirtuou o processo cautelar de sua função precípua. Quando da concessão de tais “tutelas”, em virtude de sua própria satisfatividade, se esgotava a pretensão da parte, no que tange ao ingresso com outro processo para se discutir uma “questão de mérito”. Tal consequência gerou uma falsa idéia de que toda medida, ou liminar, satisfativa esgota o objeto da lide. A satisfatividade, assim, equiparou-se à irreversibilidade, não em virtude dos efeitos produzidos pela tutela sumária satisfativa, mas pela *definitividade* do processo cautelar.

A concessão de tutelas sumárias satisfativas pelo Poder Judiciário, quando, em tese, a parte ingressa com um pedido de medida cautelar inominada,

certamente traz temeridade e insegurança, visto que o processo cautelar não propicia instrumentos de contraditório e ampla defesa como no processo de conhecimento. Além disso, visa a proteger um direito de mera aparência.

Em razão dessas circunstâncias, surgiram leis que restringem a concessão de tais medidas em face da Fazenda Pública, como, por exemplo, a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que embora se refira a “medidas cautelares”, na realidade se destina às tutelas sumárias satisfativas, ou “cautelares-satisfativas”.

Com a alteração da redação do art. 273 do CPC, não haveria mais motivo, pelo menos em tese, para se manter as restrições às medidas satisfativas contra a Fazenda Pública, já que essas seriam, a partir de então, concedidas no processo de conhecimento, com plena possibilidade de sua revogação.

Além disso, o § 2º do art. 273 do CPC proíbe a concessão da antecipação de tutela quando haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida, o que ocorria anteriormente no processo cautelar, não em função dos efeitos da medida, mas, como se disse, pela definitividade do processo.

Não obstante, sobreveio a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, que aplicou à antecipação de tutela as mesmas restrições previstas na Lei 8.437/92, inclusive com as restrições às liminares em mandado de segurança dispostas na Lei 4.348, de 26 de junho de 1964.

No segundo capítulo, portanto, esclarecem-se as circunstâncias em que surgiram as limitações à concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, demonstrando-se a verdadeira destinação dessas normas limitadoras, bem como a correta interpretação da vedação do § 2º do art. 273 do CPC, que limita a concessão da antecipação de tutela em determinadas situações.

Estabelecido o âmbito processual das limitações, no terceiro capítulo se recorre, novamente, ao método indutivo para estabelecer a vinculação dessas limitações ao princípio da proporcionalidade.

A fundamental distinção entre regras e princípios, e a verificação da situação real de colisão entre os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, a fim de analisar como se dá a aplicação da antecipação de tutela com espeque no princípio da proporcionalidade, e a constitucionalidade das limitações a esse instituto do direito processual brasileiro, segundo o princípio da proporcionalidade, configuram o conteúdo da parte final deste trabalho.

Saliente-se, finalmente, que o objetivo do estudo e da elaboração da presente monografia foi o de lançar algumas idéias preliminares que ainda merecem uma análise de maior profundidade e considerações para posteriores trabalhos.

1 TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1 TUTELA JURISDICIONAL: DEFINITIVA E PROVISÓRIA

1.1.1 Jurisdição e processo

No Direito Romano, o ciclo histórico da justiça privada para a justiça pública (autotutela; autocomposição; jurisdição) encerrou-se com o período da *cognitio extra ordinem*, no século III d.C.¹. A partir desse momento, o Estado passou a deter o monopólio da jurisdição e impôs o processo como forma de solução pacífica dos conflitos. Desde então, a sociedade e os indivíduos não mais puderam dispor de meios próprios capazes de fazer seu interesse individual, salvo raras exceções².

Uma das principais características dessa atuação estatal é a de decidir imperativamente e, por conseguinte, impor as suas decisões³. O meio, ou instrumento, utilizado pelo Estado para atuar a jurisdição é o processo⁴. O

¹ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 23.

² O direito de retenção está, expressamente, previsto no art. 502 do Código Civil, sendo considerado um dos casos em que a autotutela possui amparo legal.

³ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**, p. 129.

⁴ Processo e procedimento são conceitos que não se confundem. Segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior, processo é método utilizado para compor a lide em juízo. Contudo, não se submete a uma única forma, ou seja, exterioriza-se de acordo com a natureza da pretensão das partes. Assim, procedimento é o modo próprio de desenvolver-se o processo, de acordo com as

processo, em que pese a prevalência de seu caráter instrumental, está, na atualidade, vinculado à idéia de acesso a uma “ordem jurídica justa”⁵. A efetividade do processo é a plena consecução desse amplo acesso à justiça, consubstanciada na noção de realização da justiça e eficácia das decisões.

A CF revelou essa idéia, no rol dos direitos e garantias fundamentais, de forma mais ampla que a anterior⁶, assegurando a apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV)⁷.

A prestação da tutela jurisdicional, doravante, não mais se limita a apreciar o dano a um direito material violado, mas, da mesma forma, se compromete a apreciar ameaça a direito, para prestar a tutela jurisdicional de forma útil e eficaz em ambos os casos. Essa garantia, embora revelada como um dever do Estado⁸, não encontra, no processo, um ideal instrumento de sua realização.

1.1.2 A efetividade do processo e o Código de Processo Civil de 1973

A separação das atividades desempenhadas pelo órgão julgador na prestação da tutela jurisdicional, de acordo com a classificação tradicional, em atividade cognitiva, executória, e cautelar, contribuiu, sobremaneira, para tornar anacrônico o processo civil brasileiro, não obstante o atual CPC ter entrado em vigor em 1973.

exigências de cada caso (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1, p. 45).

⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-129.

⁶ O texto da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967 previa, no § 4º do art. 153, que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Esse anacronismo, fruto de uma “premissa ideológica”⁹ do legislador de 1973, traduzida no projeto do então Ministro da Justiça, professor Alfredo Buzaid, em retirar quaisquer traços de atividade executória do processo de conhecimento, inclusive criando um livro especial destinado ao processo cautelar, que embora não possua natureza executória, revela bem essa tentativa, se constituiu no que Baptista da Silva chama de “ordinarização” do processo civil¹⁰.

Segundo essa visão de Buzaid, a atividade cognitiva, respeitados todos os princípios inerentes ao processo, não poderia revestir-se, pois, de atos de natureza executiva. A tutela jurisdicional só poderia ser concedida após alcançadas todas as etapas do processo de conhecimento, ou seja, mediante a um processo com cognição exauriente¹¹.

No entanto, apesar do processo com cognição exauriente respeitar os princípios constitucionais relativos ao processo da forma mais ampla possível, a segurança jurídica recebeu especial ênfase no ordenamento jurídico-processual brasileiro, asseguradas aos litigantes inúmeras oportunidades de manifestação e exaustivos recursos, que, de certa maneira, contribuíram para uma ineficácia de prestação jurisdicional.

1.1.3 A expansão das tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro

⁷ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁸ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06.

⁹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3, p. 21.

¹⁰ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 23. O autor refere que alguns traços executórios foram deslocados para o Livro III do CPC, Do Processo Cautelar, no intuito de imunizar o Livro I do CPC, Do Processo de Conhecimento, de elementos dessa natureza.

¹¹ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987. p. 86.

O processo contemporâneo não pode ser concebido com restrições a princípios e institutos que existem, justamente, para dar equilíbrio e garantia de plena realização da justiça. Todavia, exige resultados¹², que esses mesmos institutos, e, até mesmo, princípios, quando aplicados “abusivamente”, por vezes, impedem. Tais resultados, quase sempre, estão ligados ao risco de dano do objeto em litígio, que o processo cognitivo, ontologicamente, não é capaz de resolver, pois não dispõe de instrumentos capazes de proteger o bem litigado do perigo de dano iminente, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica.

A expansão das tutelas ou provimentos de urgência no ordenamento jurídico brasileiro se deve, portanto, às seguintes circunstâncias: a) busca de uma efetiva tutela jurisdicional, sem que, contudo, existisse um processo de conhecimento capaz de conjugar cognição e execução em um único procedimento; b) importância dada à tutela cautelar, com a destinação de um dos livros do CPC ao processo cautelar¹³; e, principalmente, c) garantia da proteção à ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF)¹⁴.

As tutelas de urgência, pela sua excepcionalidade, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de certos requisitos, objetivos e subjetivos. Cumpre, pois, definir o caráter e a natureza de tais medidas, as quais vêm sendo largamente utilizadas pelos juízes e tribunais brasileiros.

Para a análise do caráter das tutelas de urgência, essas são contextualizadas no processo cognitivo exauriente. Somente através de uma análise jurídica da cognição, poderá se estabelecer uma diferenciação das diversas

¹² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Efeito suspensivo: o processo contemporâneo é um processo de resultado, acima de tudo. **Revista Consulex**, n. 99, fev. 2001. p. 30.

¹³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 22.

¹⁴ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 22

espécies de tutelas de urgência previstas no CPC e leis extravagantes¹⁵, principalmente as de natureza cautelar e as antecipatórias da tutela jurisdicional.

1.1.4 Cognição sumária e cognição exauriente

A cognição, no sentido de técnica processual destinada a adequar o processo à efetividade da prestação jurisdicional¹⁶, de acordo com a lição de Watanabe, pode ser concebida sob dois planos: *horizontal*, no que se refere à extensão e amplitude, e *vertical*, em relação à profundidade da atividade cognitiva exercida pelo julgador¹⁷.

Para caracterizar a tutela jurisdicional definitiva, e contrapô-la à tutela provisória, interessa analisar a cognição no plano vertical. Nessa dimensão, a cognição pode ser classificada, de acordo com sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta)¹⁸. A prestação da tutela jurisdicional definitiva, com efeito, é exercida mediante um processo com cognição exauriente, ligado à segurança jurídica, mediante o “oferecimento de meios adequados e razoáveis de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz”¹⁹.

A celeridade do procedimento, seja sumário, sumaríssimo, ou especial, não implica em prejuízo à cognição exauriente. Em todos esses casos, alcançar-se-

¹⁵ Leis extravagantes são aquelas leis processuais cujos dispositivos não estão contidos no texto do CPC.

¹⁶ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 36.

¹⁷ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 83.

¹⁸ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 83. Watanabe classifica a cognição, no plano vertical, em rarefeita, com relação à atividade cognitiva exercida no processo de execução.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 21.

á a prestação da tutela jurisdicional definitiva, com a conseqüente formação da coisa julgada material, a qual só pode dar-se após a cognição exauriente²⁰.

A profundidade com que é exercida a atividade cognitiva do julgador influi, diretamente, no acerto da sentença, ou seja, quanto maior o grau de profundidade da cognição, mais justa será a decisão, pois a ela o Estado irá conferir a autoridade de coisa julgada²¹.

A cognição exauriente, considerada como o meio adequado para a solução pacífica dos conflitos, visa à formação da coisa julgada material, que é o fundamento da atividade jurisdicional do Estado, pois só após a sua formação é que haverá a efetiva prestação da tutela jurisdicional, ou seja, em caráter definitivo.

Em síntese, a tutela jurisdicional definitiva é uma tutela de cognição exauriente, a fim de propiciar um juízo com elevado índice de segurança²², pois sua prestação terá caráter imutável²³, que é a própria formação da coisa julgada material.

Por outro lado, há casos em que prestação da tutela jurisdicional pode tornar-se não efetiva pela ameaça de lesão ao direito tutelado. Em tais hipóteses, a cognição exauriente pode comprometer a integridade do bem jurídico ameaçado. Diante disso, são reclamadas soluções que conduzam à efetividade do processo, sem maiores prejuízos da segurança jurídica.

Para a adequação do processo à efetividade da tutela jurisdicional, é lícito ao juiz se utilizar da técnica da cognição sumária, a fim de proteger não só o

²⁰ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 86.

²¹ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 85.

²² Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 85.

²³ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Da cognição no processo civil**, p. 22.

processo, mas o bem da vida ameaçado, com a conseqüente prestação da tutela jurisdicional provisória.

A cognição sumária, de que se utiliza a tutela provisória, representa uma limitação à profundidade, no sentido vertical, da cognição exauriente²⁴. A certeza jurídica, característica da tutela definitiva, é substituída pelo juízo de verossimilhança ou, simplesmente, pelo juízo de probabilidade.

Seus fundamentos são: a) a urgência da prestação da tutela jurisdicional, incompatível com o processo com cognição exauriente, independentemente do procedimento adotado; e, b) a garantia que o Estado promete, de uma efetiva tutela jurisdicional, comprometendo-se a apreciar, inclusive, a mera ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF)²⁵.

1.1.5 Requisitos da tutela jurisdicional provisória

Diante da natureza do direito ameaçado, diferentes soluções podem ser adotadas pelo juiz através da cognição sumária. Basicamente, dois tipos de tutelas diferenciadas podem ser concedidos, desde que presentes os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos em lei, quais sejam, as assecurativas, que visam a garantir a utilidade de um futura execução, e as antecipatórias, que propiciam a fruição dos efeitos da própria execução²⁶.

²⁴ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 91.

²⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 61. O Estado, ao prometer a jurisdição até mesmo diante da mera ameaça ao direito, se utiliza de tutelas jurisdicionais provisórias, como as cautelares e as antecipações de tutela, e busca, através da harmonização dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, proteger o direito mais importante em determinado caso concreto.

²⁶ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 26.

O art. 273 do CPC²⁷, que dispõe acerca da antecipação de tutela genérica no procedimento comum, e o *poder geral de cautela* conferido aos juízes, previsto no art. 798 do CPC²⁸, são exemplos de tutelas provisórias, concedidas com base em cognição sumária. Outros, ainda, são os casos em que a lei permite a concessão de tutelas provisórias, ou de urgência, seja no próprio CPC, como nas ações possessórias (art. 928) e na ação de nunciação de obra nova (art. 937), seja em leis extravagantes, como nas liminares em mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951) e nas ações de defesa do consumidor (art. 84, § 3º, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)²⁹. Essas hipóteses serão devidamente abordadas ainda neste capítulo.

Em todos os casos, somada a hipótese do art. 273, II, do CPC, a urgência, refletida em perigo de dano concreto ao direito tutelado, há de estar presente como requisito primordial para a prestação da tutela provisória. Tal urgência, como bem ressalta Zavascki, deve ser entendida em sentido amplo, como sendo qualquer situação fática capaz de provocar risco ou embaraço à efetividade da jurisdição, que abrange, em síntese: a) as situações em que se verifique risco ao direito pela sua não fruição imediata; b) risco à execução por situações que comprometam

²⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

²⁸ Art. 798. Além dos procedimentos específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

²⁹ A LACP, a LAP e o ECA, prevêm, nos seus textos, tutelas de urgências semelhantes às enumeradas.

suas bases materiais; e, finalmente, c) pela indevida oposição de embaraços que afetem a efetividade da tutela jurisdicional³⁰.

No primeiro caso, a urgência do direito ameaçado requer medida que propicie ao litigante a antecipação dos efeitos fáticos da sentença, que só seriam alcançados após o encerramento da cognição exauriente e prestação da tutela jurisdicional definitiva, pois o perigo de dano decorre, justamente, de sua não fruição imediata.

No segundo, o risco de lesão ao bem pode frustrar uma futura execução, ensejando, pois, medida que evite o dano ao direito em conflito, mas que, contudo, não o entregue, mesmo que provisoriamente, a nenhuma das partes, ou seja, a medida seria, apenas, assecurativa do próprio direito.

Por último, temos os casos em que a parte, utilizando-se abusivamente dos meios que lhe são entregues a fim de possibilitar a sua defesa, ou quando, através dela, fique caracterizado o seu propósito de protelar o processo, através embaraços à solução definitiva do conflito, autoriza, com essa atitude, a concessão da tutela provisória ou de urgência (art. 273, II, do CPC).

1.1.6 Tutela provisória e limites temporais

As tutelas de urgência apresentam características que as distinguem das tutelas definitivas, consubstanciadas nos *limites temporais* do provimento. Cumpre definir a provisoriedade, em sentido amplo, da tutela provisória em comparação com a tutela definitiva.

³⁰ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 28-30.

Sendo a tutela de urgência uma antecipação dos efeitos da tutela definitiva, ou uma garantia da execução dessa própria tutela (tutela cautelar), é inconcebível que o processo em que se concedam tais medidas exista sem uma atividade cognitiva ilimitada na sua profundidade (exauriente), que visa à formação da coisa julgada material. A provisoriedade da tutela, portanto, está ligada à duração do processo principal, “no qual se busca a correspondente tutela definitiva”³¹.

Não obstante a tutela provisória ter como marco delimitador a duração do processo³², pode possuir limites temporais diversos do momento em que se encerra a prestação jurisdicional, que se dá pela prolação da decisão definitiva. Tais limites podem ser fixados pelos critérios da *finalidade* e da *necessidade*.

No que se refere à *finalidade*, a tutela provisória terá como limite o atingimento do objetivo ao qual foi prestada; quanto à *necessidade*, a tutela provisória irá durar enquanto a situação fática de urgência que possibilitou a sua concessão durar, ou quando a verossimilhança, por alteração das provas constantes do processo, desaparecer³³.

Cumprido, desde já, ressaltar que a provisoriedade de que se trata não se refere aos efeitos da tutela de urgência (tutela provisória *lato sensu*), seja ela antecipatória ou cautelar. A noção de tutela provisória ou de urgência, para designar qualquer provimento que proteja a efetividade dos direitos e do processo, está ligada aos *limites temporais* da tutela, ou seja, pela sua condição de vigorar por prazo determinado.

³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 35.

³² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 34.

³³ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 35.

Com relação aos efeitos, há outra importante distinção, que se dá entre *provisoriedade* e *temporiedade*. Esse aspecto, porém, será abordado quando da análise das distinções conceituais entre antecipação de tutela e tutela cautelar.

1.1.7 Tutela jurisdicional provisória e coisa julgada material

Finalmente, a última característica da tutela jurisdicional provisória está na impossibilidade de, através dela, se obter a formação de coisa julgada material, o que, fundamentalmente, a distingue da tutela definitiva. Por ser concebida mediante cognição sumária, em contraposição à segurança jurídica, resta como corolário lógico a impossibilidade de haver formação de coisa julgada material nos provimentos de urgência.

Em contraposição à tutela jurisdicional definitiva, a tutela provisória, ao visar à efetividade do processo: a) está vinculada a um perigo de dano ao direito, que requer proteção imediata através da concessão de tutela de urgência adequada à ameaça iminente; b) é prestada com limitação à profundidade da cognição, ou seja, com base em cognição sumária ou superficial; c) possui limite temporal, seja ele a própria duração do processo, ou fixado pelos critérios da finalidade ou da necessidade; e, d) não possui a autoridade da coisa julgada material.

1.2 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

1.2.1 Efeitos da tutela jurisdicional: plano social³⁴ e plano jurídico

A expansão das tutelas de urgência (atos jurisdicionais provisórios) representa a revelação de uma opção pela efetividade do processo, ou dos direitos, em contraposição e conseqüente sacrifício da segurança jurídica³⁵, a fim de se possibilitarem a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, principal ou definitivo.

Para melhorar a compreensão do tema, deve ser definido em que *plano* se verificam os efeitos das tutelas de urgência, os quais podem ou não se confundir com os efeitos da tutela definitiva.

A efetividade da prestação jurisdicional reside na possibilidade de, através de um provimento definitivo (sentença transitada em julgado), produzirem-se efeitos no plano social ou dos fatos. Assim, buscam-se, com as tutelas de urgência, efeitos, no plano dos fatos, que assegurem a utilidade da tutela definitiva.

Todavia, nada impede que tais provimentos sejam satisfativos do direito, como ocorre no caso das medidas antecipatórias. Explica-se. A provisoriedade, característica do provimento que se dá através de cognição sumária, refere-se apenas ao ato jurisdicional praticado, ou seja, a contraposição entre provisoriedade e definitividade do provimento jurisdicional situa-se, somente, no

³⁴ A noção de *plano social* de que se utiliza, seguindo a lição de Baptista da Silva, refere-se ao plano dos fatos, ou plano das relações humanas.

³⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 20.

plano das normas jurídicas, não se estendendo aos seus efeitos no plano social, enquanto tutela jurisdicional provisória³⁶.

As medidas antecipatórias, embora provisórias, satisfazem (realizam) o direito da parte, não havendo, pois, como contrapor a provisoriedade da tutela satisfativa com a definitividade do próprio provimento que a concedeu.

Ao contrário, a satisfação (realização no plano social do direito) contrapõe-se à assegução, efeito obtido através da tutela cautelar, que “apenas assegura a futura satisfação (realização) do direito assegurado, nunca o satisfaz, ainda que provisoriamente”³⁷. Destarte, “é com a distinção entre *assegução* e *satisfação* dos direitos que se deve trabalhar”³⁸.

A tutela jurisdicional pode ser provisória (cognição sumária) ou definitiva (cognição exauriente). A relação, nesse caso, entre provisoriedade e definitividade refere-se, apenas, ao ato jurisdicional (plano das normas jurídicas).

Entre as espécies de tutelas de urgência, há aquelas que satisfazem o próprio direito objeto da tutela (medidas antecipatórias), e as que asseguram a futura realização do direito (tutela cautelar), sem, contudo, satisfazê-lo³⁹, ambas sem interferência no plano das normas jurídicas, somente no plano social.

Não há, pois, como se estabelecer relação entre satisfatividade e definitividade, pois trabalha-se sob dois planos, ou mundos, diferentes, o jurídico e o dos fatos.

Baptista da Silva conclui essa distinção básica entre satisfatividade e definitividade afirmando que o equívoco em que incide a doutrina, de tratar tudo o

³⁶ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 41.

³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 41-42.

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 42.

³⁹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 39-42.

que é provisório como cautelar, identificando a *satisfatividade* com a *definitividade* da tutela jurisdicional de mérito ou definitiva, “presta homenagem ao mais requintado *normativismo* jurídico, para o qual as conseqüências *fáticas* – mesmo sendo definitivas e satisfativas do interesse da parte – não ‘satisfazem juridicamente’ a pretensão”⁴⁰.

A noção que se deve ter de provimento satisfativo, não o relacionando, apenas, à tutela definitiva, é de fundamental importância para outra e mais importante distinção: a dos provimentos satisfativos e assecurativos, ou melhor, entre *antecipação de tutela* e *tutela cautelar*.

A lição de Baptista da Silva, acima reproduzida, torna as distinções conceituais entre as duas espécies de tutela de urgência corolário lógico da premissa formulada.

Cumprido, primeiramente, tecer algumas considerações acerca da evolução da tutela de urgência satisfativa no direito processual brasileiro.

1.2.2 Evolução da tutela de urgência satisfativa

O CPC de 1973, no livro destinado ao processo cautelar, conferiu aos juizes o denominado *poder geral de cautela*, que consiste no poder de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798).

⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, v.3, p. 48.

Por se encontrar o preceito inserido nas normas pertinentes ao procedimento cautelar, além da inexistência de outras medidas específicas no processo de conhecimento, surgiu a dúvida acerca da possibilidade de o juiz, em razão do poder geral de cautela, conceder, somente, medidas cautelares ou, ao contrário, se estaria ele legitimado a antecipar o pedido principal, mediante as impropriamente chamadas “cautelares-satisfativas”⁴¹.

A inserção de algumas medidas notadamente satisfativas, como, por exemplo, os alimentos provisionais, a justificação, a homologação do penhor legal etc., entre as medidas cautelares nominadas, contribuiu para o acirramento da discussão e, talvez, uma incorreta compreensão entre acautelar e satisfazer.

As tutelas urgentes satisfativas, concedidas através do poder geral de cautela (art. 798 do CPC), evidentemente não são medidas cautelares, mas *tutelas sumárias satisfativas*, que, em virtude da exigência de uma tutela jurisdicional útil e eficaz (efetividade do processo), deixaram de ser cautelares⁴².

Marinoni acentua que a prestação da tutela sumária satisfativa, sob o manto do poder geral de cautela, não constituiu um abuso⁴³. Pelo contrário, para o processualista paranaense, não há como se afirmar que tais provimentos tornem desnecessária a ação principal, visto que não há tutela definitiva (cognição exauriente), que é a única capaz de formar a coisa julgada material⁴⁴.

Com a introdução em nosso ordenamento jurídico do instituto da antecipação da tutela (Lei nº 8.952, de 14 de dezembro de 1994), tornou-se

⁴¹ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 40.

⁴² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 52.

⁴³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, p. 52.

despicienda a discussão acerca da legitimidade de concessão de tutelas sumárias satisfativas com supedâneo no art. 798 do CPC, pois, a partir de então, tais medidas poderiam ser obtidas no próprio processo de conhecimento⁴⁵.

Além disso, tornou-se mais fácil a distinção entre tutela cautelar e medida antecipatória, eliminando-se a noção de “cautelar-satisfativa”, não havendo mais como se conceber que os alimentos provisionais, por exemplo, constituam medida cautelar⁴⁶.

Essa questão será objeto de análise no próximo capítulo, ao tratar-se das limitações legais à concessão de tutela de urgência, visto que as “tutelas sumárias satisfativas”, de certa forma, impulsionaram a fixação de limites à concessão de tutelas de urgência, especialmente em face da Fazenda Pública.

Cabe, neste momento, estabelecer os conceitos operacionais e as principais diferenças entre as duas espécies de tutela provisória.

1.2.3 Conceito e elementos da tutela cautelar

Baptista da Silva define a tutela cautelar como “uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples *aparência* do direito posto em estado de risco iminente”⁴⁷.

⁴⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, p. 43.

⁴⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, p. 45.

⁴⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, p. 54.

⁴⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 49.

O jurista gaúcho, ao construir a definição do que seja a *tutela cautelar*, estabelece cinco elementos que devem compor o seu conceito, a saber: a) a ocorrência de uma situação cautelanda; b) a existência de perigo de dano iminente e irreparável; c) a temporariedade da medida; d) a caracterização do *fumus boni juris*; e, finalmente, e) a produção de uma sentença mandamental⁴⁸.

Passa-se, pois, à análise de cada um desses elementos, distinguindo-os, em alguns casos, do instituto da *antecipação de tutela*, especialmente no tocante ao conteúdo e aos efeitos da tutela definitiva, a fim de se estabelecer a natureza jurídica das duas espécies de tutela de urgência e, principalmente, suas distinções conceituais.

1.2.4 Situação cautelanda

Para que haja proteção ao direito, que se encontra diante de risco iminente de dano irreparável, é necessário que aquele que se diga titular desse direito ameaçado o identifique⁴⁹.

Marinoni esclarece que “na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado”⁵⁰.

Somente com a referência à natureza do direito ameaçado pode se estabelecer, portanto, a medida cautelar mais útil a proteger o direito em risco.

⁴⁸ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 49-82.

⁴⁹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 51-54.

1.2.5 *Periculum in mora* e perigo de dano irreparável

Além da referência ao direito a ser protegido, outro elemento indispensável à tutela cautelar é o “perigo de dano iminente e irreparável”⁵¹.

Faz-se questão de ressaltar a expressão utilizada por Baptista da Silva, pois, ao contrário de parcela significativa da doutrina, o jurista entende que não há, propriamente, “*periculum in mora*”, visto que o direito medieval jamais empregou o conceito de *periculum in mora* como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), “mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de *execução provisória*, valendo-se do conceito de *dano irreparável* quando a hipótese correspondesse à tutela cautelar”⁵².

A ressalva procede.

Em que pese o inciso I do art. 273 do CPC referir-se a “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o requisito aplica-se de forma mais adequada à tutela cautelar⁵³.

A distinção, nesse caso, é de extrema importância, dado que, não poucas vezes, afirma-se que o inciso I do art. 273 corresponde a uma tutela cautelar, o que é um grave equívoco.

A medida antecipatória destina-se a realizar o direito em razão da própria morosidade do processo, que não é um instrumento capaz de prestar a tutela jurisdicional definitiva em tempo hábil para que o direito em risco possa ser fruído pelo seu titular.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, p. 46.

⁵¹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 54.

⁵² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 56.

Não há nenhum perigo ao direito *extrínseco* ao processo. A medida se faz necessária a fim de se antecipar o título executivo, para se dar início à execução provisória. Não há dano imediato, pelo contrário, o dano prolonga-se enquanto não prestada a tutela definitiva.

No caso da providência cautelar, não há um perigo, pelo menos diretamente, em relação à demora da prestação jurisdicional, mas um perigo de dano irreparável ao bem objeto do litígio, ou ao direito material, que, caso não seja *tutelado*, poderá transformar a sentença definitiva de mérito em um título judicial inútil, pelo menos em relação ao direito discutido na lide, podendo se resolver, apenas, em perdas e danos.

Assim, não há o interesse, propriamente, na formação do título executivo, mas de uma proteção em razão de um dano imediato.

É, conforme ensina Baptista da Silva, a fundamental distinção entre a tutela cautelar e tutela antecipatória, “segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples ‘segurança-da-execução’ ou, ao contrário, seja uma simples ‘execução-para-segurança’”⁵⁴.

1.2.6 Realização e asseguaração

A questão ligada à *utilidade* do título judicial, quando ocorra um perigo de dano imediato e irreparável no transcorrer da lide, ou antes dela, faz retornar, novamente, à idéia de produção de efeitos no plano das relações humanas⁵⁵.

⁵³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1, p. 140.

⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 56.

⁵⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 38.

As medidas antecipatórias realizam o direito objeto da tutela definitiva, produzindo *situações fáticas* idênticas a que se obteria com tal provimento⁵⁶, visto que o título executivo, ou os efeitos fáticos que decorreriam da sentença de mérito, já lhe foram antecipados.

A antecipação de tutela não está a proteger o direito enquanto realidade normativa, visto que a sentença, em qualquer circunstância, produz essa realidade.

Sendo uma tutela de urgência, destinada a garantir a efetividade do processo, que se traduz na possibilidade de uma decisão judicial que irá produzir efeitos no mundo dos fatos, a antecipação de tutela busca antecipar, justamente, os efeitos práticos, ou fáticos, da sentença de mérito.

O direito de crédito, eventualmente reconhecido na decisão definitiva, jamais desaparecerá em razão da dilapidação do patrimônio do devedor no transcorrer do processo (*periculum in mora* ensejador da antecipação de tutela)

Desaparecerão, todavia, seus efeitos práticos ou fáticos, que consistem na possibilidade do credor sub-rogar-se, mediante execução por crédito, em tantos bens do devedor que bastem para solver a dívida.

Conclui-se, desse modo, que a tutela antecipatória realiza o direito ameaçado, antecipando-lhe, total ou parcialmente, seus efeitos fáticos, que só seriam obtidos, em regra, após o provimento definitivo.

No entanto, na tutela cautelar não há *realização prática*⁵⁷ do direito, mas simples tutela que visa a assegurar que esse direito, quando da prestação da tutela

⁵⁶ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 75.

⁵⁷ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 62.

jurisdicional definitiva, possua efetiva realização prática, a qual está sendo ameaçado por um perigo de dano imediato⁵⁸.

Através da antecipação de tutela, busca-se, portanto, a realização prática, interinamente, mediante antecipação dos efeitos fáticos da tutela definitiva, ao contrário da tutela cautelar, que protege o direito, a fim de possibilitar que, prestada a tutela definitiva, tais efeitos se tornem realidade.

1.2.7 Conteúdo e efeitos da tutela jurisdicional definitiva

Pontes de Miranda define a eficácia da decisão, ou da sentença, como a conjunção entre conteúdo (força), como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento, execução) consistente na autoridade de coisa julgada material, e efeitos dessa mesma decisão, anexos ou reflexos⁵⁹.

Embora ambos componham o mesmo gênero, conteúdo e efeitos da sentença não se confundem⁶⁰.

Com relação ao conteúdo, as sentenças, bem como as ações, podem ser classificadas em: declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas⁶¹.

Esse conteúdo, consistente no julgamento de mérito da ação, que pode possuir força declarativa, constitutiva, ou condenatória, não é antecipado. Não se

⁵⁸ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 62.

⁵⁹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo 1, p. 160-161.

⁶⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, Tomo 1, p. 172.

⁶¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, Tomo 1, p. 161.

antecipa uma condenação, ou a declaração acerca da certeza de um direito, pois tais juízos só podem se formar em virtude de cognição exauriente.

Todavia, não se pode dizer que a decisão que antecipa os efeitos da tutela definitiva não possua uma dose de declaração, visto tratar-se de uma decisão acerca do mérito da causa, formada através de um juízo de verossimilhança⁶².

Apenas que esse conteúdo, por não surgir em virtude de cognição completa, não possui a mesma eficácia da sentença final⁶³, ou seja, não há, simultaneamente, produção de efeitos no plano social e no jurídico-formal, somente no primeiro.

De acordo com a classificação de Pontes de Miranda, nem todas as decisões definitivas possuem conteúdo que possibilita, em termos de eficácia, a produção de efeitos que possam ser antecipados. Somente quando o conteúdo da decisão definitiva contenha, em sua eficácia, não só os efeitos jurídico-formais de qualquer ato jurisdicional definitivo, mas, fundamentalmente, efeitos fáticos, poderá haver antecipação de tutela jurisdicional em ação com o respectivo conteúdo.

Se do conteúdo da decisão definitiva, seja ele condenatório, constitutivo, ou declaratório, se possa extrair algum efeito fático, quais sejam, efeitos executivos ou mandamentais, únicos capazes de provocar alteração no estado de fato das coisas, o provimento de mérito poderá, portanto, ser antecipado⁶⁴.

Como a decisão que concede a tutela antecipada é uma decisão que, perfunctoriamente, se confunde com o mérito da causa, diferentemente da tutela

⁶² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 139.

⁶³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, Tomo 1, p. 173.

cautelar, não há como se negar uma certa *carga* de conteúdo condenatório, declarativo, ou condenatório, na decisão antecipatória.

No entanto, sua eficácia é limitada aos efeitos fáticos da tutela definitiva. Daí porque, quando se fala em antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, não se pode afirmar que não há antecipação do conteúdo⁶⁵, até porque não poderia se falar em eficácia de um provimento, mesmo que somente no plano social, sem conteúdo.

1.2.8 Natureza jurídica da antecipação de tutela e da tutela cautelar

Baptista da Silva define as medidas antecipatórias como sendo “provimentos através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência”⁶⁶.

A natureza, portanto, da antecipação de tutela “será seu respectivo conteúdo. Se ele antecipar efeitos da sentença de procedência, *em demanda satisfativa* – ante o ‘fundado receio de dano irreparável’ -, o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não-cautelar”⁶⁷.

A natureza do provimento cautelar, por sua vez, difere da natureza do provimento antecipatório, em razão da ausência, no ato jurisdicional que concede a tutela cautelar, de julgamento acerca do mérito da tutela principal.

⁶⁴ Ressalta-se que esta afirmação, não obstante coincidir com o entendimento de alguns dos processualistas citados, como Baptista da Silva, decorre da interpretação da obra de Pontes de Miranda.

⁶⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 139.

⁶⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 139-140.

⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 140.

Na realidade, o provimento deverá ser, como bem esclarece Baptista da Silva, “incapaz de produzir coisa julgada e *definitivo*, no sentido de corresponder a uma espécie de tutela jurisdicional que se completa com uma sentença que encerra uma determinada relação processual”⁶⁸.

Essa espécie de provimento, todavia, deverá produzir efeitos, como foi dito, que protejam a realização prática do direito quando prestado de forma definitiva. Sendo assim, os efeitos da tutela cautelar jamais poderão ser os mesmos da tutela definitiva, o que não ocorre na tutela antecipatória.

Resta saber, desse modo, dentre os efeitos de uma sentença de conteúdo declarativo, constitutivo e condenatório, quais sejam, os efeitos executivos e mandamentais, qual deles corresponde à natureza do provimento cautelar.

O efeito executivo, próprio da tutela antecipatória, deve ser, de plano, descartado. Tal efeito fático corresponde a uma antecipação da própria execução da tutela definitiva, não havendo, pois, como se *executar* algo que jamais formará um título executivo judicial. Ressalte-se, ainda, que tais efeitos consistem em realização (satisfação) do direito tutelado, incompatível com a tutela cautelar⁶⁹. Sendo assim, restam os provimentos de efeitos mandamentais, ou que do seu conteúdo possa se *extrair* esse efeito.

O efeito mandamental que se dá no caso de antecipação de tutela refere-se ao ato jurisdicional propriamente dito, ou seja, ao efeito que se obterá com o julgamento definitivo da lide.

⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 80.

⁶⁹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p.81.

No caso da tutela cautelar, obtém-se um efeito mandamental que não consiste em um julgamento provisório, mas um efeito que se limita a proteger o direito ameaçado, sem relação com o julgamento definitivo.

Mais uma vez utilizando-se das palavras do professor Baptista da Silva, conclui-se que “somente uma sentença que contenha mais *ordem* do que *juízo* (julgamento) poderá atender a exigência de uma forma de tutela processual através da qual se deve dar proteção a um direito apenas eventual, sem que o magistrado, ao protegê-lo, declare sua própria existência”⁷⁰.

1.2.9 A temporariedade da tutela cautelar

Outra importante distinção que se deve fazer, em relação à tutela cautelar e à antecipação de tutela, reside na temporariedade do provimento cautelar.

Como já foi ressaltado, quando se fala em *tutela provisória*, a fim de se designar os provimentos de urgência antecipatórios ou cautelares, refere-se, apenas, ao aspecto temporal, ou seja, enquanto tutela jurisdicional vinculada à outra de caráter definitivo.

Contudo, em relação aos efeitos produzidos, seja no plano social ou no plano normativo, descabe, quando se falar em tutela cautelar, designá-la como um provimento *provisório*.

Conforme a eficácia ou os efeitos produzidos (fáticos ou normativos), as tutelas de urgência poderão ser temporárias, provisórias, ou, até mesmo, irreversíveis.

⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 81.

As medidas cautelares são, no plano normativo, temporárias, “de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo e irrevogável (...)”⁷¹.

A tese sustentada por Baptista da Silva, aqui reproduzida, resume-se no fato de que, da mesma forma que devem ser temporários os efeitos fáticos da medida cautelar, a fim de vigorarem enquanto dure o estado perigoso, os efeitos normativos da medida cautelar, são igualmente *temporários*, eis que jamais serão substituídos por um provimento definitivo de igual natureza, pois consistem em tutela jurisdicional diversa da que será a tutela definitiva⁷².

A tutela antecipada, a seu turno, conforme afirma o jurista gaúcho, é, no plano normativo, provisória, pois, ao contrário da tutela cautelar, será substituída por outra de igual natureza, agora definitiva, ou ter sua eficácia desfeita.

Já quanto aos efeitos fáticos, esses, quando da antecipação de tutela, podem se tornar irreversíveis, visto que enquanto vigorar a medida antecipatória, há a própria satisfação do direito da parte⁷³.

Saliente-se, todavia, que a afirmação de Baptista da Silva, no sentido de que os efeitos fáticos da tutela antecipada, embora possam dar-se por tempo limitado, são definitivos e satisfazem da mesma forma que os efeitos fáticos da tutela definitiva⁷⁴, não colide com a idéia de irreversibilidade dos efeitos fáticos da antecipação, como será visto adiante.

1.2.10 *Fumus boni juris*

⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 75.

⁷² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 73-75.

⁷³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 74.

⁷⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. v.3, p. 74.

Finalmente, o último elemento que compõe o conceito de tutela cautelar, bem como o de antecipação de tutela, em razão, justamente, de serem juízos com base em cognição sumária (juízo de probabilidade ou verossimilhança), é o *fumus boni juris*.

No entanto, o que difere o juízo de verossimilhança das duas espécies de tutela de urgência é que, enquanto para a tutela cautelar o direito deve se mostrar meramente plausível (proteção de *direitos aparentes*), no caso da antecipação de tutela, o direito deve se apresentar como “uma realidade de indiscutível evidência”⁷⁵ (proteção de *direito evidentes*).

Convém salientar que para a concessão da tutela antecipada genérica do art. 273 do CPC, além do juízo de verossimilhança acerca da eventual existência do direito alegado, exige-se *prova inequívoca*.

1.3 MODALIDADES DE TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC E LEIS EXTRAVAGANTES

1.3.1 Conceito de liminar

As tutelas de urgência não se restringem aos provimentos antecipatórios genéricos do processo de conhecimento, tampouco às medidas cautelares

⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, v3, p. 77.

nominadas do Livro III do CPC, ou inominadas decorrentes do poder geral de cautela atribuído ao juiz no art. 798 do referido pergaminho processual.

Diversas são outras previsões legais e, por conseguinte, modalidades de tutela de urgência no ordenamento jurídico-processual brasileiro, que visam a assegurar a utilidade do provimento jurisdicional de mérito, através de duas técnicas distintas de proteção ao direito: a da antecipação de tutela e a das medidas cautelares.

As tutelas de urgência previstas em leis extravagantes, ou no próprio CPC, independentemente de serem antecipações dos efeitos da tutela definitiva ou medidas cautelares, são denominadas *medidas liminares*, inclusive pelo legislador.

A expressão liminar, do latim *liminare*, em seu sentido jurídico, aplica-se aos atos que ocorrem no princípio de um processo⁷⁶. Todavia, os provimentos de urgência nem sempre são concedidos no início do processo, ou seja, até o momento da contestação ou justificação prévia.

Não se poderia conceber que a tutela de urgência, por não ter sido formulada no início do processo, ou indeferida *liminarmente*, não pudesse, em fase adiantada do processo, ser deferida mediante nova provocação da parte, ou até mesmo *ex officio* (art. 798 do CPC), quando haja o *perigo* de ineficácia do provimento jurisdicional.

A *medida liminar*, em razão de sua função de instrumento destinado a assegurar a efetividade do processo, não está atrelada ao momento processual de

⁷⁶ Liminar. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1032.

sua concessão, mas sim aos requisitos estabelecidos em lei que autorizam o seu deferimento, inclusive liminarmente.

Conforme ressalta Zavascki, “quando se *requer* uma liminar se está pedindo *alguma coisa*, e não apenas que a decisão seja proferida *em dado momento*”⁷⁷.

Destarte, presentes os requisitos para a concessão de tutela de urgência, o juiz está autorizado a conceder o provimento adequado a evitar o dano iminente ao direito em perigo, e não, apenas, em determinado interregno processual.

A acepção *dois* da expressão *liminar* designa esta como sendo aquilo “que antecede o assunto ou objeto principal”⁷⁸. Nesse sentido, a medida liminar seria “provimento que antecipa providência que, pelo regime processual normal, ocorreria apenas com eficácia da futura sentença de procedência”⁷⁹.

A *liminar*, portanto, relaciona-se com o seu *conteúdo*, e não, como foi dito, com o momento processual em que possa ser concedida⁸⁰. Qualquer decisão que, em seu conteúdo, produza efeitos que seriam obtidos, somente, com a tutela jurisdicional de mérito, é medida liminar, considerada essa como tutela de urgência destinada a evitar dano irreparável ao direito de uma das partes em processo judicial⁸¹.

Doravante, quando se referir à “medida liminar” ou, simplesmente “liminar”, no tocante ao vocábulo que o legislador entendeu mais adequado,

⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. p. 162.

⁷⁸ Liminar. *In*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**, p. 1032.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 162.

⁸⁰ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 162.

⁸¹ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 162-163.

evidentemente se estará tratando de modalidades de tutelas de urgência que, em seu conteúdo, podem ser antecipatórias ou cautelares.

Dentre as tutelas de urgência, ou *liminares*, previstas no CPC e leis extravagantes, importa tecer alguns comentários, na seguinte ordem, acerca das liminares: a) em mandado de segurança; b) nas ações possessórias; c) na ação de nunciação de obra nova; e d) na tutela específica de obrigação de fazer e não fazer, previstas no procedimento comum e no Código de Defesa do Consumidor.

1.3.2 Liminar em mandado de segurança

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que estabelece o procedimento para o mandado de segurança, possibilita ao juiz que despachar a inicial, desde que relevante o fundamento do pedido e, do ato impugnado, possa resultar a ineficácia da medida (sentença mandamental), caso seja deferida, suspender o ato que deu motivo à propositura do *mandamus* (art. 7º, II). Assim, estão postos dois requisitos subjetivos para a concessão da liminar em mandado de segurança: o *fumus boni juris* (relevante fundamento) e o *periculum in mora* (risco de ineficácia da medida).

Um primeiro aspecto que surge da interpretação do dispositivo legal supra mencionado, reside na eventual *discricionariedade* do magistrado em conceder a suspensão do ato da autoridade coatora, impedindo o reexame do mérito (ato discricionário) da decisão que denegou a medida liminar.

Respeitadas as opiniões em contrário⁸², inclina-se pelo entendimento exposto por Figueiredo, para quem a concessão da medida liminar não está atrelada ao *prudente arbítrio do juiz*, quando se refere ao âmbito da discricionariedade judicial⁸³.

A autora afirma que “a concessão da liminar exsurgerà da situação posta ao magistrado. Presentes seus pressupostos, tais sejam, relevância do fundamento e perigo da demora e sua inocuidade se concedida a ordem a final, o magistrado só dispõe de uma possibilidade: concedê-la”⁸⁴.

Todavia, a suspensão, através de medida liminar, dos efeitos do ato impugnado, pode pôr em risco outro bem passível de lesão, qual seja, o bem coletivo⁸⁵. A tutela mandamental, na ação de mandado de segurança, visa a anular os efeitos de ato, administrativo ou judicial, que viole direito líquido e certo do impetrante.

No caso dos atos administrativos, esses se diferenciam dos demais atos jurídicos pela sua *finalidade pública*⁸⁶. Desse modo, pode decorrer, dessa finalidade pública do ato impugnado, um conflito entre o interesse individual do impetrante e o interesse público dos demais administrados atingidos pelo ato. Não há, nesse caso, problema de discricionariedade, como salienta Figueiredo, mas “de valoração dos princípios em jogo”⁸⁷.

⁸² Baptista da Silva defende a discricionariedade judicial do provimento que concede ou denega a liminar em mandado de segurança, sustentando, por conseguinte, a impossibilidade de reexame do mérito da decisão pela instância superior.

⁸³ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 123.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 123.

⁸⁵ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 124.

⁸⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 139.

⁸⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 124. *Vide capítulo 3*.

Essa valoração, ou seja, a capacidade que deve ter o magistrado em “saber escolher e sopesar a norma legal compatível, para ser aplicada àquele determinado fato”⁸⁸, está atrelada a *temperamentos*⁸⁹, que autorizam a suspensão da medida liminar, ou a sua revogação, desde que a pessoa jurídica de Direito Público interessada indique possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964).

No tocante à revogação da *liminar*, reproduz-se o pensamento de Baptista da Silva, no sentido de que essa, na hipótese do art. 4º da Lei 4.348/64, “decorre de imperativos superiores, de ordem pública”⁹⁰, que autorizam, pois, a revogação pelo juiz de primeiro grau.

A liminar em mandado de segurança constitui-se, portanto, numa decisão vinculada do juiz aos requisitos previstos em lei, sem âmbito de discricionariedade judicial, somente o livre convencimento (art. 131 do CPC), sujeito, evidentemente, aos *temperamentos* que a ordem pública impõe.

1.3.2.1 Natureza jurídica da liminar em mandado de segurança

Resta saber qual a natureza de tal provimento: cautelar ou antecipatória?

Meirelles afirma que a liminar em mandado de segurança é “uma providência cautelar, de preservação do direito invocado pelo impetrante”⁹¹. Contudo, mantendo-se coerência com o entendimento doutrinário que se reproduz,

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 126.

⁸⁹ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 126.

⁹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2, p. 401.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 50.

afirma-se que a tutela de urgência prevista no art. 7º, II, da Lei 1.533/51, ao contrário, antecipa os efeitos da tutela mandamental definitiva⁹².

Considerando que os efeitos fáticos que se busca com a tutela definitiva em mandado de segurança são, eminentemente, mandamentais, a antecipação desses mesmos efeitos, em provimentos que antecedem a tutela jurisdicional definitiva, são, na realidade, antecipações de tutela, semelhantes à prevista no art. 273 do CPC, ou seja tutelas satisfativas dos efeitos do mérito, daí porque não se concebe mais a negativa da liminar, sob a alegação de *satisfatividade* da medida⁹³.

1.3.2.2 Súmula 405 do STF

Finalmente, cumpre abordar algumas posições acerca da interpretação da Súmula 405 do STF, a qual reza que “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Concorda-se, entretanto, com a opinião de Meirelles, que, não obstante o texto da Súmula 405 do STF, sustenta a subsistência da medida liminar, desde que não seja expressamente revogada pelo juiz na sentença de mérito⁹⁴.

Realmente, o perigo de ineficácia da tutela definitiva, ou seja, da coisa julgada material, não deixará de existir pela decisão de primeiro de grau sujeita a recurso. Pelo contrário, o dano irreparável persistirá enquanto não transitar em julgado a decisão definitiva, pois “enquanto pende recurso, a sentença denegatória

⁹² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 398.

⁹³ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**, p. 113.

⁹⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**, p. 50.

é reformável e, como tal, nenhum efeito produz em relação à suspensão provisória do ato”⁹⁵.

Baptista da Silva, corroborando a tese do administrativista, sustenta que se a liminar em mandado segurança fora concedida porque sua denegação poderia tornar ineficaz a futura sentença de procedência, “não se imagina como possa o juiz de primeiro grau revogá-la e, por esse meio, tornar inútil o provimento do recurso”⁹⁶.

1.3.3 Liminares nas ações possessórias

Outra modalidade de tutela de urgência, prevista nos procedimentos especiais do Livro IV do CPC, é a denominada *liminar possessória*. As ações possessórias interditais, ou seja, aquelas que são intentadas dentro de “ano e dia”, em contraposição às ações possessórias ordinárias, permitem, desde que devidamente instruída a inicial, a concessão de liminar de manutenção ou reintegração na posse, antes mesmo da oitiva da parte contrária, salvo no caso de ação proposta contra pessoa jurídica de Direito Público (arts. 924 c/c 928, parágrafo único do CPC). Nesse caso, antecipa-se, mediante o provimento liminar, “a eficácia da futura sentença de procedência”⁹⁷.

Caso a liminar seja de *reintegração de posse*, em razão de esbulho possessório, serão antecipados os efeitos executivos da sentença de procedência, visto que o autor será reintegrado na posse que lhe fora esbulhada.

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ação popular**, p. 50.

⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 404.

⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 422.

De outro lado, no caso de *manutenção de posse* e dos *interditos proibitórios*, por turbação da posse ou ameaça de turbação ou esbulho, respectivamente, a liminar possessória antecipa os efeitos mandamentais da tutela definitiva, consistentes na ordem ao réu para que se abstenha de turbar ou ameaçar a posse do autor⁹⁸.

Ao contrário das medidas cautelares e de outras modalidades de medidas antecipatórias previstas no ordenamento jurídico-processual brasileiro, não se exige para a concessão das liminares possessórias o *periculum in mora*, bastando que o autor intente a ação no prazo de “ano e dia” e o juiz se convença da verossimilhança dos fatos alegados na inicial, para que os requisitos de concessão da liminar estejam preenchidos⁹⁹.

1.3.4 O embargo liminar na ação de nunciação de obra nova

O art. 937 do CPC prevê a possibilidade, na ação de nunciação de obra nova, de concessão de embargo liminar ou após justificação prévia. O embargo liminar, ao contrário das liminares possessórias supra mencionadas, não possui natureza antecipatória, visto que nenhum efeito executivo da sentença de procedência integra o seu conteúdo¹⁰⁰.

Apesar de assemelhar-se aos provimentos cautelares, constituindo em “segurança-para-execução”, tampouco se pode dizer que o embargo liminar da ação de nunciação de obra nova corresponde a uma medida cautelar. O indeferimento da liminar no processo cautelar não impossibilita o prosseguimento

⁹⁸ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 422.

⁹⁹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 273-274.

da ação principal, nem o da própria ação cautelar¹⁰¹. No entanto, indeferido o embargo liminar, extingue-se o processo, revelando que tal *providência cautelar* é elemento de sua essência, e, da mesma forma, demonstra a preventividade da própria ação de nunciação¹⁰².

1.3.5 A antecipação da tutela específica

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou, substancialmente, a redação do art. 461 do CPC, que estabelece a disciplina da tutela específica de obrigação de fazer e não fazer, reproduziu o texto do art. 84 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e tornou a sentença do art. 461 um provimento auto-exeqüível, ou seja, executivo *lato sensu* ou mandamental¹⁰³.

O *caput* do art. 461 assegura ao magistrado, se julgada procedente a ação, a possibilidade de determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Destarte, a sentença não poderá revestir-se de efeitos condenatórios, pois, se assim o fosse, a única possibilidade de “assegurar-se o resultado da decisão” consistiria na execução do art. 644 do CPC, efeito este que não pode ser antecipado.

O § 3º do art. 461 do CPC, que autoriza, desde que relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, a concessão liminar da tutela específica de obrigação de fazer e não fazer,

¹⁰⁰ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 285-286.

¹⁰¹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 285-286.

¹⁰² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.2, p. 286.

¹⁰³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 150-151.

tornar-se-ia inócuo, caso o provimento definitivo possuísse, apenas, efeito executivo.

Na antecipação dos efeitos da tutela, que se obtém com a liminar do § 3º, somente os efeitos executivos *lato sensu* e mandamentais são antecipados. Sendo assim, como adverte Baptista da Silva, afasta-se “a suposição de que a demanda fosse apenas condenatória, pois, como se sabe, nestas ações, jamais o magistrado poderia antecipar a execução”¹⁰⁴.

Caso fosse assim, o juiz não teria de onde tirar os efeitos a serem antecipados, pois tais efeitos, no caso da tutela específica do art. 461 do CPC, são aqueles decorrentes das providências assecurativas do resultado prático da sentença¹⁰⁵.

Saliente-se, todavia, que em casos de obrigação infungível, como nas prestações de não fazer, a tutela específica poderá possuir, além de eventual efeito executivo *lato sensu*, efeito *mandamental*, a fim de proibir, sob pena de aplicação da multa fixada na sentença, a prática do comportamento proibido¹⁰⁶.

Os pressupostos da liminar do § 3º do art. 461 do CPC e do § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, visto que se constituem em medidas antecipatórias, se assemelham aos descritos no inciso I do art. 273 do CPC¹⁰⁷.

Na realidade, como ressalta Lopes, “a tutela antecipada (art. 273) e a tutela específica (art. 461) formam um microsistema orgânico e harmônico,

¹⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 151.

¹⁰⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 151.

¹⁰⁶ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 151-152. Baptista da Silva aponta a hipótese em que o juiz poderá, executivamente, na mesma relação processual, determinar o desfazimento de obras porventura construídas contra direito, bem como impedir a atividade nociva porventura praticada pelo demandado, proibindo-lhe, sob pena de desobediência, a prática do ato ou comportamento proibido.

¹⁰⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 151.

sendo a primeira a regra geral de antecipação e a segunda regra especial destinada a disciplinar as obrigações de fazer e de não fazer”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 122.

2 TUTELAS SUMÁRIAS SATISFATIVAS E NORMAS LIMITADORAS À CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1 A SATISFATIVIDADE EM CERTAS MEDIDAS CAUTELARES: TUTELAS SUMÁRIAS SATISFATIVAS¹⁰⁹

2.1.1 Tutelas sumárias satisfativas e medidas cautelares-satisfativas

O processo cautelar, da forma como é concebido no CPC, sumário e autônomo em relação a uma “lide principal”, destinado a assegurar a eficácia do provimento jurisdicional de mérito ou definitivo, que declara a existência ou inexistência de um direito em conflito, não deve, evidentemente, servir de instrumento a criar situações jurídicas definitivas, através de medidas de cunho *satisfativo*. Tais medidas, em tese, só poderiam ser obtidas em um processo de cognição plenária.

Contudo, não raro, algumas medidas, ditas cautelares, inclusive nominadas no CPC, dispensam a propositura de uma ação principal, pois a própria medida “cautelar”, por si só, exaure a prestação jurisdicional do Estado em

¹⁰⁹ Utiliza-se a expressão *tutela sumária satisfativa* para designar as medidas que, inobstante serem concedidas sob a forma de medidas cautelares, satisfazem a pretensão de direito material da parte, em regra, através da antecipação dos efeitos da tutela. Baptista da Silva as denomina “tutelas urgentes satisfativas autônomas”, em razão, justamente, da autonomia do processo cautelar, por meio do qual tais medidas são concedidas. Destarte, quando se falar em *tutela sumária satisfativa* ou *tutela satisfativa autônoma*, estar-se-á referindo a certas medidas cautelares concedidas no processo cautelar (autônomo em relação ao processo principal e sumário em seu rito), mas que, pela sua natureza, são satisfativas do direito da parte, em contraposição à noção de tutela cautelar.

relação à pretensão da parte, ou seja, *satisfaz* a pretensão. Tais medidas são, impropriamente, denominadas “cautelares-satisfativas”¹¹⁰.

A cautelaridade, como foi ressaltado, se opõe à noção de satisfatividade. Seria incompreensível conceber uma medida que assegurasse a futura satisfação de um direito e, simultaneamente, o satisfizesse. A incongruência, nesse caso, apenas revela a antítese entre medida cautelar e liminar satisfativa, esta, em regra, concedida mediante a antecipação dos efeitos da tutela definitiva.

Todavia, a ausência de norma específica que autorizasse essa satisfação provisória dos efeitos da tutela ensejou, não raro, a concessão de medidas que, sob o *rótulo* de cautelares, satisfaziam a pretensão da parte.

2.1.2 Definitividade e irreversibilidade das tutelas sumárias satisfativas

Por ser o processo cautelar o instrumento adequado à concessão de medidas cautelares, essas, quando possuem o caráter de satisfatividade, além desse, assumem o de definitividade, “posto que determinam conseqüências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma subsequente de reposição (indenização monetária). Quer dizer, seus efeitos são definitivos por serem irreversíveis”¹¹¹.

Não há, nelas, a provisoriedade característica das liminares antecipatórias, as quais podem ser revogadas antes mesmo do julgamento final do processo.

¹¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1213-1214.

¹¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 87. Entende-se que, neste caso, os efeitos são irreversíveis por serem definitivos

Essa é a distinção fundamental que se deve fazer entre as tutelas sumárias satisfativas, as quais, equivocadamente, denominam-se medidas “cautelares-satisfativas”, e as liminares antecipatórias, principalmente a antecipação de tutela genérica do art. 273 do CPC.

As primeiras, por encerrarem uma “lide parcial”, qual seja, o processo cautelar sob o rito sumário, ontologicamente destinado a instrumentalizar uma “lide principal”, porém com inegável autonomia, obrigam o eventual prejudicado pelos efeitos da medida satisfativa e, por conseguinte, definitiva, a pleitear tais prejuízos em outro processo, agora figurando na posição de autor.

Por outro lado, as liminares antecipatórias permitem a composição dos danos na mesma lide, pois, ao contrário das tutelas sumárias satisfativas, a antecipação de tutela, apesar de ser uma medida satisfativa, será sempre provisória¹¹².

Porém, não se quer dizer com isso que os efeitos obtidos através das tutelas sumárias satisfativas criam situações fáticas irreversíveis. Da mesma forma que a liminar antecipatória, os efeitos da tutela sumária satisfativa podem ser desfeitos, porém somente em outra relação processual.

A irreversibilidade da tutela sumária satisfativa está ligada ao encerramento de uma “lide parcial”, e não aos próprios efeitos da tutela. Não há que se confundir, pois, a irreversibilidade dos efeitos fáticos da medida, ou seja, a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, à irreversibilidade da sentença que encerra o processo cautelar, que dá o caráter de definitividade à satisfação nas tutelas sumárias satisfativas. Na liminar antecipatória essa satisfação possui o

¹¹² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 92-93.

caráter de provisoriedade, pois tal medida pode ser revogada ainda na mesma relação processual¹¹³.

As tutelas sumárias satisfativas, portanto, são medidas “satisfativas-definitivas”, pois produzem efeitos que a própria relação processual não é capaz de eliminar, enquanto que as liminares antecipatórias, interinais de uma relação processual, produzem “efeitos provisórios que se removem, sem deixar vestígios para o futuro. Estas liminares são provisórias enquanto decisões modificáveis pela sentença final e são igualmente provisórias *em seus efeitos*”¹¹⁴.

2.1.3 Alimentos provisórios e alimentos provisionais

Baptista da Silva adverte que os efeitos produzidos pela liminar “satisfativa-definitiva”, no processo cautelar, e pela liminar “satisfativa-provisória”, ou seja, da antecipação de tutela em uma “lide principal”, são, *qualitativamente*, os mesmos¹¹⁵.

Essa questão é importante para a diferenciação entre a medida “cautelar” nominada que concede os alimentos provisionais, e a que, na ação de alimentos, fixa os alimentos provisórios.

Para Nery Júnior, “se os alimentos forem concedidos liminarmente, na ação de alimentos em rito especial, denominam-se *alimentos provisórios* (LA 4.º). Se forem concedidos em ação cautelar preparatória ou incidental, são alimentos provisionais (CPC 852)”¹¹⁶.

¹¹³ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 92-93.

¹¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 103.

¹¹⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 103.

¹¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, p. 1247.

Contudo, deve-se ir mais além nessa diferenciação. Primeiramente, atente-se para o fato de que ambas são medidas *satisfativas* do direito a receber alimentos de outrem. A natureza do provimento, seja na ação de alimentos ou no processo cautelar, é a mesma, não se podendo, pois, falar em “cautelar-satisfativa”.

O que, realmente, as diferencia é a definitividade do provimento. Os *alimentos provisionais* são concedidos por sentença que encerra uma lide autônoma, o processo cautelar, enquanto que os *alimentos provisórios* podem ser revogados pela sentença que, eventualmente, reconhecer a inexistência do dever de prestar alimentos.

A definitividade de uma medida satisfativa, *a priori*, só poderia ser alcançada pelo trânsito em julgado da sentença que julga o mérito da lide. No caso dos alimentos provisionais, ou de outras medidas cautelares nominadas, inclusive algumas derivadas do *poder geral de cautela* (art. 798, CPC), obtém-se medida satisfativa, visto que se produz efeitos idênticos ao da tutela definitiva, mas que, todavia, passa a ser definitiva, em razão da autonomia do processo cautelar, daí denominá-las tutelas sumárias satisfativas.

As “cautelares-satisfativas”, portanto, nada mais são do que liminares antecipatórias que, pela peculiaridade do processo cautelar, em vez de serem provisórias e reversíveis, passam a ser *definitivas e irreversíveis*, pois não há uma sentença que as revogue.

Saliente-se que essa irreversibilidade decorre da definitividade do provimento que concede a tutela sumária satisfativa. A liminar antecipatória que, ao contrário, é provisória, passará a ser definitiva, caso reconhecido o direito no

juízo da lide, por isso diz-se que a medida é *reversível*, enquanto que nas, erroneamente, chamadas “cautelares-satisfativas”, o provimento que concede a medida é irreversível, posto que definitivo. O que é provisório ou definitivo não são os efeitos da medida satisfativa, mas os provimentos que a concedem¹¹⁷.

2.1.4 Irreversibilidade dos efeitos nas tutelas sumárias satisfativas

A satisfatividade em certas medidas inseridas no âmbito do processo cautelar, criando situações juridicamente definitivas, embora, em tese, pudessem ter seus efeitos desfeitos em ação posterior (*restitutio in integrum*), quase sempre passavam a ser irreversíveis em relação aos efeitos da medida dita “cautelar”, ou seja, impossibilitavam o retorno ao *status quo ante*.

Na antecipação de tutela, instituto destinado a possibilitar a concessão de medidas satisfativas, porém provisórias, há regra específica (§ 2º do art. 273) que visa a evitar que, apesar de ser uma medida revogável, tal revogação não se torne inútil. Procura-se evitar, desse modo, que os efeitos obtidos pela liminar antecipatória, apesar de reversíveis enquanto provimento judicial provisório, “criem” situação fática que decisão de mérito alguma possa desfazer, conforme se observará adiante.

Portanto, além de satisfativas e definitivas em relação ao provimento judicial que as concedeu e, por isso, irreversíveis, as medidas “cautelares-satisfativas” e outras inominadas ou decorrentes do poder geral de cautela,

¹¹⁷ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 41.

passavam a ser, da mesma forma, irreversíveis em relação aos efeitos produzidos pela medida.

Os alimentos, mesmo que provisórios e julgados, ao final, improcedentes, são irrepetíveis. A provisoriedade dos efeitos é sempre para o futuro, ou seja, julgados indevidos os alimentos, os efeitos até então produzidos modificam-se a partir da sentença.

No caso dos alimentos provisionais, o demandado, embora se reconheça na ação principal de alimentos que os mesmos, quando pagos na ação cautelar, não eram devidos, não poderia manejar uma ação posterior para restituir-se do que havia pago na lide cautelar.

Em síntese, enquanto nos alimentos provisórios a irreversibilidade dos efeitos da medida dura até o momento do trânsito em julgado, no caso dos provisionais não se dispõe de medida que os revogue, enquanto concedidos em tutela sumária satisfativa.

Essas hipóteses diferem, no entanto, das medidas satisfativas, como a antecipação de tutela, que produzem efeitos os quais, mesmo sendo revogáveis e, portanto, provisórios, se tornam irreversíveis no plano social, como no caso da medida que, sob o manto da provisoriedade inerente às liminares satisfativas, determinasse a demolição do imóvel em litígio.

A sentença que, posteriormente, reconhecesse a impossibilidade da demolição, tornar-se-ia inútil. A liminar, em relação ao provimento jurisdicional seria provisória e reversível, mas, em relação aos efeitos fáticos da decisão, definitiva e irreversível.

Contudo, essa mesma hipótese, no caso de medida em que, supostamente, se busca medida cautelar, mediante o processo cautelar, criava, antes do advento do instituto da antecipação de tutela, uma situação, embora idêntica em relação aos efeitos produzidos ao demandado nas liminares satisfativas interinais, de maior temeridade e insegurança jurídica.

Isso se deve ao fato de que, diferentemente das liminares antecipatórias, nas tutelas sumárias satisfativas, não havia, ao menos, decisão que versasse acerca do mérito do direito em conflito, ainda que incapaz de reverter os efeitos produzidos pela liminar.

2.1.5 Legitimidade das tutelas sumárias satisfativas

Quanto às medidas cautelares nominadas, que, ao invés de garantir, satisfazem a pretensão da parte, por haver expressa previsão legal, não há como se negar a legitimidade da concessão de tais medidas. Contudo, como salienta Theodoro Júnior, “representam excepcionalidade tão grande que jamais poderiam diminuir a regra geral do caráter não-satisfativo da tutela cautelar. Somente a lei pode criar medida dessa natureza e nada há que, no processo cautelar, abra semelhante poder ao juiz, na lacuna da lei”¹¹⁸.

Portanto, para o jurista mineiro, fora das medidas nominadas, não se vislumbra possibilidade do juiz, mediante o poder geral de cautela, conceder medidas, sob o rito do processo cautelar, satisfativas, concluindo que “uma autorização para que o juiz pudesse antecipar a tutela satisfativa, dentro apenas do

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.2, p. 597.

poder cautela, geraria o perigo constante de arbitrariedade num terreno naturalmente movediço e incontrolável”¹¹⁹.

Para Lacerda, as medidas de caráter satisfativo, mediante providência cautelar inominada, são, em regra vedadas ao juiz, afirmando que, “em lugar da entrega incondicional do bem, por exemplo, que ele ordene o depósito, mesmo que em mãos da parte interessada, mas sob o compromisso e as penas da lei”¹²⁰.

Percebe-se, pois, na opinião de Theodoro Júnior e Lacerda, que o princípio da legalidade, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 2º, da CF), norteava o posicionamento da doutrina acerca das medidas satisfativas, no processo cautelar, quando não houvesse previsão legal para tanto. Quase sempre o reconhecimento da possibilidade de concessão de tais medidas estava ligada à idéia de *única medida capaz de evitar o perecimento do próprio direito*¹²¹, vale dizer, como instrumento destinado a garantir o exercício dos direitos fundamentais do homem¹²².

2.1.6 O advento do instituto da antecipação de tutela

Após o advento da Lei 8.952/94, que introduziu o instituto da antecipação de tutela genérica no processo de conhecimento, tal questão tornou-se superada, pois já não há mais a necessidade de se pleitear uma suposta “medida cautelar-satisfativa”, via processo cautelar. Na realidade, o provimento que se

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v.2, p. 597.

¹²⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1980. Tomo I, p. 158.

¹²¹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 90.

busca consiste na antecipação dos efeitos da tutela, portanto, numa medida ou liminar satisfativa.

Conforme ressalta Zavascki, “todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento”¹²³.

Contudo, o legislador, tendo em vista a insegurança causada por esse poder geral de cautela conferido aos juízes pelo art. 798 do CPC, quando desviado para a concessão de medidas satisfativas, “buscou alternativas para contê-lo em padrões razoáveis, e para isso editou várias normas limitadoras da tutela provisória *satisfativa*, proibindo-a em certos casos e, em outros, submetendo sua concessão a requisitos mínimos de contraditório”¹²⁴.

Essa limitação ao poder geral de cautela, enquanto “criador” de medidas satisfativas, como explica Zavascki, “acabou por reconhecer a possibilidade, ainda que restrita, de medidas antecipatórias do direito material no âmbito do poder geral de cautela”¹²⁵.

Embora não se possa mais falar em ilegitimidade das medidas liminares satisfativas, pois, doravante, o provimento jurisdicional que as concede é provisório, bem como reversível em seus efeitos, ao contrário das tutelas sumárias satisfativas, concedidas mediante provimento definitivo, impõe abordar certas limitações legais à concessão de tutelas de urgência.

¹²² Cf. LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**, Tomo I, p. 178-179.

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 45.

¹²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 44.

¹²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 44.

Não obstante tais limitações serem desnecessárias à tutela cautelar, pois resgatou-se” a sua essência com a previsão legal da antecipação de tutela, persistem em face da Fazenda Pública, em procedimentos, autônomos ou não, pelos quais se obtêm medidas, ou tutelas, satisfativas.

Além disso, o legislador, no intuito de evitar que medidas de efeitos satisfativos pudessem ocasionar violação ao princípio do devido processo legal, inseriu, no § 2º do art. 273 do CPC, regra específica visando a coibir a impossibilidade de reversão dos efeitos fáticos da antecipação de tutela quando do julgamento da lide. Portanto, serão examinadas, a seguir, essas duas hipóteses de limitação à concessão de tutelas de urgência.

2.2 LIMITAÇÕES À CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

2.2.1 *O poder geral de cautela*

Convém assinalar a importância que tem, para a compreensão das limitações às tutelas de urgência, a análise do processo cautelar, e de suas medidas, enquanto instrumentos destinados a garantir a efetividade do processo.

Não se teria uma visão exata das limitações legais impostas pelo Estado, principalmente, nas ações em face da Fazenda Pública e, agora, na vedação do § 2º do art. 273, para os casos genéricos de antecipação, se não restasse clara a

natureza das medidas satisfativas concedidas no âmbito do processo cautelar, quando, evidentemente, ainda não havia sido introduzido no direito processual brasileiro o instituto da antecipação de tutela.

Não havia, propriamente, uma regra que vinculasse o juiz à concessão de medidas satisfativas no procedimento cautelar, já que o art. 798 do CPC não determinava as hipóteses, *in concreto*, em que tais medidas satisfativas poderiam ser concedidas, fora das medidas nominadas no próprio Livro III do CPC.

Botelho de Mesquita chegou a afirmar que o problema das cautelares antecipatórias, no direito brasileiro, “já deixou de ser o de sua admissibilidade, que hoje se considera irrecusável, para passar a ser o da determinação dos limites dentro dos quais se contenham os poderes discricionários do juiz”¹²⁶.

Para isso, definiu uma classificação pela qual se verificava a legitimidade das “cautelares antecipatórias” concedidas através do poder geral de cautela do art. 798 do CPC. Assim, quando o tempo demandado pelo processo não impedisse a satisfação do direito, ou quando a satisfação pela reparação em dinheiro fosse juridicamente possível e fácil, a concessão da medida satisfativa seria proibida.

Contudo, em se tratando de direitos inalienáveis ou, mesmo que alienáveis, a reparação pelo dinheiro fosse juridicamente impossível, o juiz estaria obrigado a conceder a medida satisfativa almejada pelo autor.

Por último, abordou as hipóteses em que, mesmo sendo susceptível de mensuração econômica, a satisfação pela reparação em dinheiro fosse

¹²⁶ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares **antecipatórias**. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Forense, v.56, 1987, p. 43.

juridicamente difícil. Nesse caso, haveria permissão para a concessão da medida satisfativa, mas não obrigação ou proibição ao juiz¹²⁷.

Portanto, para Botelho de Mesquita, o alcance do poder geral de cautela, no que se refere à expressão “poderá o juiz” do art. 798 do CPC, ficava restrito à hipótese em que a concessão das “cautelares antecipatórias” era permitida, pois, nos demais casos, o juiz estaria obrigado ou proibido de concedê-las¹²⁸.

No entanto, as regras construídas para justificar, ou legitimar, a concessão de medidas satisfativas no processo cautelar eram de conteúdo doutrinário, visto que, legalmente, atribui-se um certo “poder genérico” aos juizes, no que se refere à proteção dos direitos materiais dos litigantes.

2.2.2 Cenário jurídico-processual antes do advento da antecipação de tutela: tutelas sumárias satisfativas

É de grande importância compreender o contexto, ou cenário, em que surgiram as limitações à concessão de medidas cautelares em face da Fazenda Pública, que, em tese, defende direitos e interesses públicos.

O processo cautelar, como foi frisado no tópico anterior, estava sendo destinado, em razão da ausência de norma que permitisse a concessão de liminares satisfativas genericamente, à efetivação dos direitos através de tutelas sumárias satisfativas, e que, contra pessoas jurídicas de Direito Público, poderiam,

¹²⁷ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias, p. 50-51.

¹²⁸ Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias, p. 51.

eventualmente, prejudicar toda a coletividade. Essa a razão da abordagem inicial acerca da satisfatividade em certas medidas cautelares.

A norma que melhor representa essa limitação legal à concessão de tutelas sumárias satisfativas contra a Fazenda Pública é a da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

Conforme se procurou demonstrar, as medidas genuinamente cautelares jamais trazem satisfação alguma à parte que pleiteia a medida, tampouco causam situações que possam provocar algum dano irreparável ao réu ou a terceiros.

Sendo assim, resta claro que, na realidade, a Lei 8.437/92, ao se referir às *medidas cautelares*, visava a coibir as denominadas “cautelares satisfativas”, ou “cautelares antecipatórias”, que se constituíam em medidas, ou tutelas, satisfativas, via procedimento cautelar.

Zavascki traduz essa idéia, ao afirmar que “ao se referir a *medidas cautelares* o legislador estava tomando em seu sentido genérico, à época em voga, para designar, na verdade, medidas de natureza antecipatória do direito material”¹²⁹.

Baptista da Silva oferece um exemplo que demonstra a situação jurídico-processual que motivou a edição da Lei 8.437/92, traduzindo, igualmente, o próprio “espírito” da referida lei. O exemplo consiste nas medidas “cautelares satisfativas” concedidas nas ações propostas contra o sistema financeiro, com o fim de se obter a liberação dos *Cruzados* retidos pelo Governo Federal¹³⁰.

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 166.

¹³⁰ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 85.

Os efeitos jurídicos da medida liminar, como afirmado anteriormente, seriam definitivos e irreversíveis, pois a medida fora concedida sob a forma de tutela satisfativa autônoma.

Contudo, se poderia questionar acerca da possibilidade da Fazenda Pública manejar outra ação, agora figurando no pólo ativo, para obter, novamente, a obtenção dos *Cruzados*. Baptista da Silva adverte que “uma demanda posterior que declarasse legítimo o bloqueio e ordenasse a restituição do numerário ao Banco Central não faria o menor sentido, dado que as conseqüências do provimento liminar seriam irreversíveis”¹³¹.

Essa irreversibilidade, todavia, e esta diferenciação é de fundamental importância, não decorre apenas do provimento cautelar definitivo (tutela sumária satisfativa ou autônoma), mas, principalmente, dos efeitos em relação ao plano econômico, o qual, mesmo que posteriormente fosse considerado constitucional, tornando legítima a retenção dos *Cruzados*, teria sido inócuo como instrumento de combate à inflação¹³².

É esta a irreversibilidade dos efeitos da medida que se procura evitar com as normas limitadoras à concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública e, agora, na redação do § 2º do art. 273 do CPC, quando se trata de interesses privados.

No § 3º do art. 1º, da Lei 8.437/92, se encontra regra destinada a coibir as liminares de efeitos irreversíveis, nestes termos: “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

¹³¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 90.

¹³² Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 90.

Percebe-se que o dispositivo “está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*”¹³³.

Feitas essas considerações acerca de algumas das motivações às limitações impostas aos juízes para a concessão de tutelas de urgência contra a Fazenda Pública, cumpre analisar as normas que precederam a Lei 8.437/92, pois, da mesma forma, revelam o sentido das limitações instituídas por esta última.

2.2.3 Evolução legislativa das limitações à concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública

A Lei 4.348/64, anteriormente abordada, e que estabeleceu normas relativas ao mandado de segurança, prevê, em seu art. 4º, que a requerimento da pessoa de Direito Público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, a liminar concedida poderá ser suspensa pelo tribunal ao qual couber o respectivo recurso.

Além disso, impediu a liminar em mandados de segurança que visassem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º), completada pelo disposto no § 4º do art. 1º da Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, que determina a impossibilidade de medida liminar em mandado de segurança para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

¹³³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 172.

Nota-se que estas limitações, ao contrário das anteriores, se destinavam a coibir liminares satisfativas, que são as concedidas em mandado de segurança, e não as “cautelares-satisfativas”, que eram referidas apenas como cautelares.

Os preceitos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, amplamente genéricos, revelam a tentativa de coibir as liminares que produzam efeitos em face da coletividade que jamais poderão ser revertidos.

Embora os efeitos da medida pudessem ser revertidos em face da pessoa jurídica de Direito Público, pois se trata de uma liminar satisfativa interinal, não haveria possibilidade de se revogar aqueles que lesassem a economia pública, por exemplo. São esses os efeitos fáticos irreversíveis da liminar satisfativa que a limitação do art. 4º visa a evitar, sob pena de se privilegiar o interesse individual da parte, em detrimento do interesse público.

Diante do cenário que há pouco se reproduziu, a Lei 8.437/92 estabeleceu, inicialmente, limitações ao poder geral de cautela enquanto destinado a conceder as liminares, via processo cautelar, que não poderiam ser concedidas, ainda que com maior legitimidade, no mandado de segurança. É o que se extrai do *caput* do art. 1º: “não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança em virtude de vedação legal”.

Finalmente, no § 2º do mesmo dispositivo, limitou-se a concessão de medida cautelar inominada, ou sua liminar, toda vez que o ato da autoridade que se pretendia impugnar fosse sujeito à competência originária do tribunal, na via mandamental.

2.2.4 A legitimação das medidas satisfativas interinais genéricas (Lei 8.952/94)

Este era o cenário legislativo, no que concerne às limitações às tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, antes da introdução em nosso ordenamento jurídico-processual da antecipação de tutela.

A Lei 8.952/94, que introduziu a nova redação do art. 273 do CPC, serviu, de certa forma, como um “divisor de águas” no tocante à proteção dos direitos subjetivos materiais, com o objetivo de garantir-se a efetividade da prestação jurisdicional.

O processo cautelar, antes desvirtuado da sua essência, voltou a ter seu fim precípuo, qual seja, garantir a instrumentalidade do processo principal e a proteção dos direitos, através de medidas genuinamente cautelares, ainda que, em alguns casos, houvesse previsão legal de medidas satisfativas¹³⁴.

Com as novas regras contidas nos arts. 273 e 461 do CPC, legitimou-se a possibilidade de concessão de liminares satisfativas em qualquer procedimento. Antes, tais medidas estavam restritas a alguns procedimentos especiais e ao “poder discricionário” do juiz na redação do art. 798 do CPC, sujeitas, nesse último caso, às limitações em face da Fazenda Pública, que há pouco se assinalou.

A discussão, doravante, passou a ser sobre a possibilidade de concessão da antecipação de tutela caso o demandado fosse pessoa jurídica de Direito Público, bem como a constitucionalidade das limitações impostas à sua concessão.

¹³⁴ É o caso, por exemplo, dos alimentos provisionais; da justificação; dos protestos, notificações e interpelações; da homologação do penhor legal.

Essas duas questões, em virtude da edição da MP nº 1570-5, de 1997, posteriormente convertida na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, devem ser analisadas conjuntamente, face à coincidência das conclusões, pelo menos no aspecto legal, que as referidas legislações impuseram no que refere à possibilidade de antecipação de tutela contra Fazenda Pública e às limitações previstas pela Lei 8.437/92.

2.2.5 Antecipação de tutela e limitações em face da Fazenda Pública

Antes da edição da MP nº 1570-5, de 1997, Zavascki afirmava que as limitações impostas pela Lei 8.437/92 se dirigiam às liminares satisfativas no âmbito do processo cautelar, e que, por isso, tornavam-se irreversíveis, ao contrário das interinais ou da antecipação de tutela genérica, salvo quando houvesse irreversibilidade nos efeitos da antecipação. Dizia que “não há dúvida de que o art. 1º e seu § 1º, da Lei n. 8.437, de 30-06-92, não foram derogados pela norma que reformou o art. 273 do CPC (Lei n. 8.952 de 13-12-1994). As restrições nela estabelecidas (...) persistem e se aplicam à antecipação de tutela (...)”¹³⁵.

Scarpinella Bueno, por sua vez, interpretava literalmente o disposto na Lei 8.437/92, que, pela sua redação, se dirigia às medidas cautelares, e não às “cautelares-satisfativas” ou tutelas satisfativas. Sendo assim, não haveria como aplicá-la à antecipação de tutela.

¹³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 172.

Não obstante a previsão do § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92, que vedava a concessão de medida liminar que esgotasse, no todo ou em parte, o objeto da ação, entendia que “a circunstância de a Lei 8.437/92 dispor sobre as concessões de cautelares (inclusive liminarmente) e ações movidas contra o Poder Público (...) nunca pôde ser obstáculo à concessão de tutela antecipada em ações movidas contra a Fazenda Pública”¹³⁶.

Independentemente da posição que se adotasse acerca da possibilidade de aplicação das limitações à antecipação de tutela, sobreveio a MP 1570-5, de 1997, convertida na Lei 9.494/97, que determinou, em seu art. 1º, que se aplica à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4.348/64, no art. 1º e seu § 4º da Lei n.º 5.021/66, e nos arts. 1º, e 3º e 4º da Lei n.º 8.437/92.

Eliminou-se, de uma só vez, repita-se, no aspecto legal, a discussão acerca da aplicação das limitações previstas na Lei 8.437/92 e da possibilidade de concessão de tutela antecipada nas ações contra o Poder Público, que, aliás, já é uma das causas de suspensão do crédito tributário, prevista no inciso V do art. 151, do CTN, com redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.

Apesar disso, convém abordar alguns óbices à concessão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, que eram levantados antes do advento da MP 1570-5/97, e que, ainda, possuem considerável relevância, inclusive para a compreensão da vedação do § 2º do art. 273 do CPC.

¹³⁶ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Tutela antecipada em ações contra o poder público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 59.

2.2.5.1 Reexame necessário

Um dos primeiros questionamentos que se fez acerca da aplicação da antecipação de tutela refere-se à norma do art. 475 do CPC, que estabelece o reexame necessário às sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município.

A MP 375, de 1993, previa, em seu art. 5º, III, que: “a decisão concessiva de medida cautelar ou de liminar, devidamente fundamentada, de modo especial quanto ao disposto nos arts. 3.º e 4.º, deverá conter recurso de ofício para o Presidente do Tribunal competente para os recursos na causa”.

Todavia, decisão liminar na ADIn nº 975-3, do Distrito Federal, da lavra do Ministro Carlos Velloso, por suspeita de inconstitucionalidade, suspendeu a eficácia dos dispositivos que previam o reexame necessário de decisão concessiva de medida cautelar ou sua liminar contra o Poder Público.

Na esteira do entendimento que se reproduz até o momento, sendo considerado inconstitucional o reexame necessário no caso de concessão de cautelares contra Fazenda Pública, se poderia ter, igualmente, como inconstitucional qualquer norma que determinasse o reexame necessário nas decisões que concedessem medida antecipatória contra a Fazenda Pública. Isso ocorre porque o reexame necessário pretendido pela MP 375/93 referia-se às “cautelares-satisfativas”, e não às genuinamente cautelares.

Zavascki, mesmo defendendo a aplicação das limitações da Lei 8.437/92, para os casos de antecipação de tutela, antes do advento da MP 1.570-5/97,

considera que “nem mesmo o reexame obrigatório, pelo tribunal, das sentenças condenatórias contra ela proferidas constitui empecilho à antecipação de tutela quando esta for cabível”¹³⁷.

2.2.5.2 O art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Talvez, o maior obstáculo à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública seja a norma contida no art. 100 da CF, a qual determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

Portanto, salvo nos casos definidos em lei como sendo de pequeno valor (§ 3º do art. 100 da CF), “qualquer ordem que implique pagamento, isto é, saída de numerário do erário, reclama, para sua efetivação, a expedição de precatório, sob pena de ser violado, frontalmente, o art. 100 da CF”¹³⁸.

A questão da execução provisória contra a Fazenda Pública, quando, evidentemente, se trata de antecipação dos *efeitos executivos* da decisão definitiva, nos moldes do art. 730 do CPC, considerando-se a plena incidência do instituto da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, deve ser analisada, primeiramente, sob o aspecto do “aparelhamento” da execução.

¹³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 160.

¹³⁸ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Tutela antecipada em ações contra o poder público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo, p. 59.

Como ressalta Lopes, “a vantagem da antecipação está na redução do tempo da demora do processo, o que permite ao autor, favorecido pela medida, ocupar desde logo lugar na fila dos precatórios”¹³⁹.

Desse modo, *a priori*, não se vislumbra colisão com a norma constitucional, já que “a expressão ‘sentença judiciária’ comporta, sem dúvida, a decisão antecipatória da tutela de mérito, que constitui título executivo, formado à base de cognição sumária, apto a desencadear execução contra pessoa jurídica de direito público (...)”¹⁴⁰.

O problema reside no levantamento de quantia em dinheiro pela expedição de precatório, mediante execução provisória fundada em decisão concessiva de tutela antecipada.

Zavascki afirma que, “como se trata de execução provisória, o levantamento do valor do precatório supõe outorga de caução idônea, como prevê o inciso II do art. 588 do Código”¹⁴¹.

Contudo, como adverte Nery Júnior, “a tutela antecipada contra a Fazenda Pública pode ser executada independentemente de caução. O art. 2.º da MedProv 1570/97, que exigia caução para a execução contra a Fazenda Pública foi suspenso provisoriamente pelo STF”¹⁴².

A situação é de difícil solução, até porque, nos casos de antecipação de tutela em ação de alimentos, segundo afirma Lopes, “a rigor, seria dispensável a expedição de precatório em razão da natureza alimentar da prestação (CF, art.

¹³⁹ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, p. 99.

¹⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 160.

¹⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 160.

¹⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, p. 754. A suspensão da execução do art. 2º da MP 1570/97 se deu pelo julgamento da medida liminar na ADIn nº 1576-1,

100), mas é tranqüila a jurisprudência do STF em sentido contrário a essa tese”¹⁴³.

Para Scarpinella Bueno, o valor obtido pela expedição do precatório, através da antecipação de tutela, deverá ser mantido depositado até o julgamento final da ação¹⁴⁴. No entanto, defende que, “na hipótese de se verificar, *in concreto*, possibilidade de reversibilidade da concretização do pagamento do valor constante do precatório pelo particular (...), não haveria óbice à *concretização*, em definitivo, da antecipação de tutela naquelas ações contra o Poder Público”¹⁴⁵.

Diante da possibilidade trazida a lume pelo referido autor, se poderia afirmar que toda vez que o levantamento da importância correspondente ao precatório expedido, com base em execução provisória, não acarretasse a irreversibilidade dos efeitos da medida, o pagamento poderia ser efetuado. À Fazenda Pública, neste caso, seria permitida a repetição do indébito, independentemente de ação judicial posterior (art. 46 da Lei 8.112/91).

2.2.5.3 Irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela: análise do § 2º do art. 273 do CPC em confronto com o § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 c/c art. 1º da Lei 9.494/97

em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio, e publicada no Diário de Justiça da União de 24 de abril de 1997.

¹⁴³ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, p. 99.

¹⁴⁴ Cf. SCARPINELLA BUENO, Cássio. Tutela antecipada em ações contra o poder público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo, p. 72.

¹⁴⁵ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Tutela antecipada em ações contra o poder público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo, p. 73.

A principal limitação à concessão de medidas satisfativas foi sempre aquela relacionada com a irreversibilidade dos efeitos obtidos com a tutela de urgência, seja nas, à época, denominadas “cautelares-satisfativas”, e, agora, com a antecipação de tutela, na hipótese descrita no § 2º do art. 273 do CPC.

Tanto é assim, que a Lei 9.494/97 determinou que se aplicasse aos casos de antecipação de tutela a norma que determina a impossibilidade de concessão de liminar que esgote, ainda que em parte, o objeto da ação (§ 3º do art. 1º da Lei 8.437/92). Inócua tal disposição, já que essa vedação está reproduzida pelo § 2º do art. 273 do CPC¹⁴⁶.

Portanto, ainda que se fale nas limitações específicas, descritas pelo legislador, a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos fáticos da “liminar satisfativa”, em qualquer procedimento, ainda é, não só nas ações contra a Fazenda Pública, o grande óbice à concessão de tutelas de urgência.

A correta interpretação da vedação contida no § 2º do art. 273 do CPC e a possibilidade de contorná-la pela aplicação do princípio da proporcionalidade possibilitam ultrapassar, da mesma forma, as normas limitadoras à concessão de tutelas de urgência, nas ações contra a Fazenda Pública.

2.3 A IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO ANTECIPADO: EXEGESE DO § 2º DO ART. 273 DO CPC

¹⁴⁶ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 172.

2.3.1 Irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos antecipados

Dispõe o § 2º do art. 273 do CPC: *não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

Inicialmente, cumpre esclarecer o real sentido da vedação à concessão da tutela antecipada, que, interpretada literalmente, não condiz com a natureza do instituto.

O provimento jurisdicional pelo qual se concede a antecipação de tutela é provisório. Sendo provisório, é revogável, pelo menos até advir o definitivo, que naturalmente lhe sucede. A reversibilidade, portanto, é da natureza do provimento jurisdicional provisório, visto que pode ser *revertido* a qualquer tempo.

Como assinala Lopes, “o provimento antecipado (decisão interlocutória) é sempre reversível, seja porque cabível contra ele recurso de agravo (agravo de instrumento), seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável”¹⁴⁷.

Destarte, “o que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os *efeitos* decorrentes de sua execução”¹⁴⁸.

A irreversibilidade que o legislador visa a coibir é aquela decorrente dos efeitos fáticos antecipados, ou seja, da satisfação que reside, unicamente, no plano dos fatos.

No plano jurídico, em que opera a certeza da coisa julgada material, não há que se falar em irreversibilidade. Isso porque, nesse plano, não se criou

¹⁴⁷ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, p. 70.

¹⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, p. 753.

situação alguma que pudesse ser revertida, ou seja, não houve antecipação de efeitos jurídicos que ensejassem posterior revogação. A condição jurídica do autor, bem como a do réu, em nada se altera com a concessão da tutela antecipada. Sendo assim, a vedação do § 2º do art. 273 do CPC, na realidade, refere-se à *irreversibilidade dos efeitos fáticos antecipados*.

Esclarecida a impropriedade técnica¹⁴⁹ do dispositivo que ora se interpreta, cabe analisar o alcance da limitação à concessão da tutela antecipada, ou seja, quando, diante do caso concreto, o provimento de urgência, por ocasionar uma situação fática irreversível, não deve, do ponto de vista estritamente legal, ser concedido.

2.3.2 Satisfação fática e satisfação jurídica

A antecipação dos efeitos fáticos da tutela definitiva cria, naturalmente, uma situação de satisfação ao autor, idêntica a que obteria com os efeitos decorrentes da coisa julgada material. Nem se diga que a satisfação que se obtém mediante a antecipação de tutela se diferencia da satisfação advinda da prestação da tutela jurisdicional definitiva¹⁵⁰.

A satisfação que, realmente, interessa ao autor é a que se realiza no plano social. A satisfação no plano jurídico serve, tão-somente, para dar segurança e estabilidade à plena fruição do direito tutelado.

Tome-se, como exemplo, a ação de adjudicação compulsória, em que o autor discute a propriedade de certo imóvel, a fim de que possa usufruir o bem, ou

¹⁴⁹ Cf. LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, p. 70.

¹⁵⁰ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 48.

seja, residir nele. A medida que concede a antecipação de tutela, permitindo ao autor que adentre no imóvel e nele resida, até o julgamento final da lide, sem que contudo determine seja efetivada a transcrição no Registro de Imóveis, antecipa, apenas, os efeitos fáticos da tutela, os quais, evidentemente, são os mesmos efeitos que se operarão no plano social, quando do julgamento definitivo.

Nesse último caso, no entanto, *além da satisfação fática*, o autor poderá gozar da satisfação jurídica, pois o imóvel estará averbado em seu nome.

Portanto, a diferença entre satisfação fática e satisfação jurídica não reside na natureza do provimento jurisdicional.

A antecipação de tutela, por influir apenas no plano dos fatos, permite a satisfação fática do direito em litígio. A tutela definitiva, a seu turno, realiza o direito não só no plano dos fatos, como também, no plano jurídico, pela força da coisa julgada material. Assim, a antecipação de tutela visa, justamente, a permitir que o autor obtenha a satisfação fática, posto que a jurídica decorre naturalmente da sentença.

Em síntese: a antecipação de tutela permite a satisfação dos efeitos fáticos do direito, pois opera, somente, no plano dos fatos; e a tutela definitiva permite não só a satisfação dos efeitos fáticos – que são os mesmos efeitos alcançados pela tutela antecipada – mas, também, a satisfação dos efeitos jurídicos, sendo que esses advêm, somente, da coisa julgada material.

Essa distinção, embora abordada anteriormente, ostenta fundamental importância para que se compreenda o que realmente caracteriza a

irreversibilidade dos efeitos fáticos obtidos com a antecipação de tutela¹⁵¹, pois, não raro, confunde-se o que seja “satisfativo com o que seja definitivo”¹⁵².

Baptista da Silva cita o caso das ações promovidas pelo Ministério Público Federal em que se pede o pagamento provisório das pensões dos aposentados da previdência social, afirmando-se que tal pagamento não seria satisfativo do direito, por não constituir a liminar em um julgamento definitivo. O processualista insurge-se contra a confusão criada, dizendo que “não pode haver *pagamento provisório* nem pagamento que não satisfaça a pretensão a haver pagamento”¹⁵³.

Acreditava-se que a satisfação do direito estava ligada à definitividade do provimento. Sendo assim, todo provimento satisfativo era encarado como irreversível. Isso se dava em função da definitividade da ação cautelar (encerramento de lide autônoma), quando nesta eram concedidas medidas satisfativas. Assim, tais medidas eram irreversíveis por serem definitivas, e não irreversíveis por serem satisfativas.

Zavascki assinala que “é comum denominar-se de liminar cautelar a liminar evidentemente satisfativa, e de liminar ‘satisfativa’ a que tem efeitos irreversíveis”¹⁵⁴.

Portanto, somente com a noção exata da satisfação obtida com a antecipação de tutela e, conseqüentemente, em que plano ela atua, se poderá analisar, *in concreto*, quando a medida satisfativa cria, no plano social, uma situação que provimento definitivo algum possa desfazer.

¹⁵¹ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 58.

¹⁵² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 47.

¹⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 47.

¹⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 164.

2.3.3 Irreversibilidade dos efeitos antecipados e retorno ao *status quo ante*

Para que o provimento provisório (antecipação de tutela), ao atuar no plano dos fatos, não produza efeitos fáticos irreversíveis, o provimento definitivo, que atua em ambos os planos, deve, quando de sua concessão, poder alterar a situação criada, provisoriamente, no plano dos fatos.

Altera-se, apenas, o prisma pelo qual utiliza-se do instituto da antecipação de tutela, visando-se à efetividade do processo.

Enquanto, em regra, o provimento provisório é concedido com o escopo de evitar que a satisfação jurídica não possa penetrar no plano social, a fim de propiciar a satisfação fática, que é a que realmente interessa ao autor; na vedação do § 2º do art. 273 do CPC, a intenção é evitar que o provimento definitivo, não obstante declarar inexistente o direito postulado, não possa desfazer a situação fática criada a favor do autor, mediante a antecipação dos efeitos da tutela.

A antecipação de tutela, quando de sua revogação, pode acarretar duas hipóteses, ou conseqüências: a) a plena reversibilidade dos efeitos fáticos, mediante a declaração de inexistência do direito alegado; ou b) a irreversibilidade dos efeitos fáticos, pela impossibilidade física de retorno ao *status quo ante*, apesar de reconhecida a inexistência do direito.

No entanto, ambas as hipóteses, a de reversibilidade e de irreversibilidade, devem ser estudadas conjuntamente, já que alguns equívocos são cometidos, principalmente, no tocante aos alimentos provisórios.

A irreversibilidade dos efeitos fáticos antecipados deve ser, e não poderia ser diferente, para o futuro. Os efeitos fáticos obtidos até o julgamento final da lide são irreversíveis.

Contudo, nem por isso estar-se-á diante de uma medida satisfativa de efeitos irreversíveis, vedada pelo § 2º do art. 273 do CPC. O retorno ao *status quo ante* deve ser possibilitado, não em relação ao momento da concessão da antecipação de tutela, mas ao momento da prolação da sentença, ou seja, a partir da decisão definitiva.

No exemplo anterior (ação de adjudicação compulsória), a decisão que declarasse ser o réu legítimo proprietário do imóvel deveria, com essa declaração, possibilitar que o mesmo usufruísse o imóvel, a partir da sentença, da mesma forma que faria antes da antecipação da tutela. O tempo em que o autor residiu no imóvel, satisfazendo sua pretensão, jamais poderá ser revertido a favor do réu.

Baptista da Silva acentua que a “doutrina costuma referir o conceito de *provisoriidade* exclusivamente ao plano normativo, considerando como provisório tudo o que possa ser revogado por uma decisão posterior sem preocupar-se com os possíveis *efeitos fáticos irreversíveis*”¹⁵⁵.

Portanto, quando se diz que a antecipação de tutela, ao satisfazer, ainda que provisoriamente, produz efeitos fáticos irreversíveis, refere-se aos efeitos obtidos até o momento da sentença. Esses efeitos jamais serão revertidos.

A reversão dos efeitos deve se dar a partir da sentença. Assim, o § 2º do art. 273, ao vedar a irreversibilidade dos efeitos fáticos antecipados, refere-se à

¹⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 75.

impossibilidade de reversão desses efeitos a partir do momento em que a pretensão do autor for declarada infundada.

É o caso da ação que visa à demolição de prédio rústico. A antecipação de tutela, neste caso, só poderá ser concedida com um comando: demolir o prédio, pois essa é a satisfação fática que irá decorrer da tutela definitiva. Demolido o prédio, ainda que, posteriormente, declarada indevida a demolição, nada possibilitaria o retorno ao *status quo ante*, a partir do momento da decisão.

Diferente é o caso dos alimentos provisórios.

A antecipação de tutela na ação de alimentos, evidentemente, deve possibilitar ao autor a fruição da prestação alimentícia. “Não se poderá, no entanto, dizer que os alimentos provisionais pagos em virtude de uma liminar, ou da sentença final, não sejam, em si mesmos, definitivos e não satisfaçam – ainda que por tempo limitado – a pretensão a obter alimentos”¹⁵⁶.

Assim, os efeitos fáticos antecipados até o momento da sentença final, na ação de alimentos, assim como em qualquer outra caso de antecipação de tutela, são irreversíveis.

Estariam esses efeitos inseridos na vedação do § 2º do art. 273 do CPC? Evidente que não. A decisão definitiva que reconhecesse serem os alimentos indevidos, apesar de não possibilitar que os mesmos sejam “devolvidos”, *reverte* o dever criado de pagar alimentos.

Como se afirmou, os efeitos devem ser revertidos *para o futuro*. Somente se a decisão de mérito não pudesse reverter o dever em pagar os alimentos, ou seja, que deixasse o réu pagando os alimentos *ad aeternum*, estar-se-ia diante de

¹⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.3, p. 74.

uma antecipação de efeitos irreversíveis, vedada pela disciplina da antecipação de tutela.

Essa distinção, não raro, é esquecida pela doutrina. Por não se ter em mente que a satisfação fática da antecipação de tutela é rigorosamente a mesma da satisfação fática obtida com a tutela definitiva, quando se questiona acerca da irreversibilidade dos efeitos da antecipação, acaba-se por dizer que, por ser a medida satisfativa, se estaria perdendo o objeto da ação, pois a satisfação que se obterá até a prolação da sentença será irreversível.

É claro que será irreversível! Contudo, não impossibilitará que, quando da decisão definitiva, a situação alterada no mundo dos fatos retorne, exatamente, ao que era antes da antecipação de tutela.

2.3.4 A doutrina de Luiz Guilherme Marinoni

Cumprido, neste momento, analisar o § 2º do art. 273 do CPC sob ponto de vista diverso, que, *data venia*, desde já se entende equivocado.

Marinoni, ao contrário do que se procurou demonstrar até o momento, entende que irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento “são coisas que não se misturam”¹⁵⁷.

Evidente que, diante de uma interpretação literal, há distinção. Todavia, para o processualista, “o que o art. 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**, p. 74.

antecipado' (...), são as declarações e constituições provisórias, não raras na prática judiciária brasileira”¹⁵⁸.

No entanto, é importante assinalar que “o juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob a forma de tutela provisória, e, se o fizer, seu provimento será inteiramente inócuo, sem qualquer relevância processual”¹⁵⁹.

Destarte, não há como entender por correta a afirmação de que irreversibilidade dos efeitos e irreversibilidade do provimento são coisas distintas, já que o próprio instituto da antecipação de tutela, e não a norma do § 2º do art. 273 do CPC isoladamente, veda a possibilidade de obter-se satisfação jurídica, que, neste caso, decorreria dessas declarações e constituições provisórias, mediante um provimento jurisdicional provisório.

2.3.5 Flexibilização da vedação do § 2º do art. 273 do CPC (princípio da proporcionalidade)

A doutrina, da mesma forma que justificava a concessão de liminares satisfativas no âmbito do processo cautelar, posiciona-se pela relativização do § 2º do art. 273 do CPC, “sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela”¹⁶⁰.

Antes do advento do instituto da antecipação de tutela, Botelho de Mesquita já acenava para uma regra que harmonizasse o conflito dos direitos fundamentais da segurança jurídica, por ele denominado “direito à liberdade

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**, p. 76.

¹⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 136.

jurídica”, e da efetividade do processo, quando da concessão das denominadas, à época, “cautelares satisfativas”.

Afirmava o autor que, nos casos de conflito entre esses direitos fundamentais, “não há possibilidade alguma de se obedecerem integralmente as duas garantias (...): ou se atende a uma, ou a outra”¹⁶¹.

Na atualidade, embora não se discuta mais da possibilidade de concessão de medidas satisfativas, prevalece a questão da harmonização dos conflitos dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, que, *lato sensu*, se reflete no próprio fundamento constitucional das tutelas de urgência¹⁶², mas que, *stricto sensu*, surge como um meio de ultrapassar a limitação imposta pelo § 2º do art. 273 do CPC.

Nesse conflito, surge o princípio da proporcionalidade como regra harmonizadora para os casos em que seja necessária a flexibilização¹⁶³ da vedação.

As posições doutrinárias, embora cada qual com certa peculiaridade, convergem para um ponto em comum, qual seja, o de que o risco de perecimento do próprio direito impõe o sacrifício do interesse jurídico menos relevante pelo outro.

Baptista da Silva revela esse entendimento, ao afirmar que “ante a ‘bilateralidade’ do risco de dano irreparável que poderá ocorrer sempre que a não

¹⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 97.

¹⁶¹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limitações ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias, p. 46.

¹⁶² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 61.

¹⁶³ Cf. LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, p. 72.

concessão da medida possa causar também um dano irreversível ao autor -, estará o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante”¹⁶⁴.

Zavascki, no mesmo sentido, assinala que, em certos casos, “o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo pelo outro”¹⁶⁵. E conclui, dizendo que “caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito”¹⁶⁶.

Com uma posição mais abrandada, Nery Júnior afirma que “essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida”¹⁶⁷.

O conflito, evidentemente, somente poderá ocorrer quando, diante do caso do concreto, a opção pelo bem jurídico mais relevante imponha a transposição da limitação legal do § 2º do art. 273 do CPC.

Todavia, não significa que seja ele resolvido, em regra, a favor do autor. A opção deve ser, sempre, pelo bem jurídico mais relevante, seja do autor ou do réu.

Lopes explica que “num primeiro momento, julgou-se que a restrição imposta pelo legislador seria incontornável”¹⁶⁸. No entanto, “passou-se a sustentar que a aplicação estrita desse dispositivo poderia frustrar os objetivos perseguidos

¹⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**, v.1, p. 144.

¹⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 98.

¹⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, p. 98.

¹⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, p. 753.

¹⁶⁸ LOPES, João Batista. **Antecipação de tutela no processo civil brasileiro**, p. 128.

pelo instituto, razão por que deveria ser ele interpretado *cum grano salis*¹⁶⁹. Assim, “encontrou-se adequada fundamentação jurídica para o abrandamento da regra em questão: o princípio da proporcionalidade”¹⁷⁰.

É, pois, com essa harmonização à limitação imposta pelo § 2º do art. 273, que se dá mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, que se atará no próximo capítulo.

¹⁶⁹ LOPES, João Batista. **Antecipação de tutela no processo civil brasileiro**, p. 129.

¹⁷⁰ LOPES, João Batista. **Antecipação de tutela no processo civil brasileiro**, p. 129.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

3.1 COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

3.1.1 Princípios e regras: distinções

Para a compreensão da colisão entre o direito fundamental da efetividade do processo e o da segurança jurídica, cumpre, primeiramente, traçar a distinção entre regras e princípios, que, segundo Alexy, “es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”¹⁷¹.

O sistema jurídico brasileiro, concebido como um sistema de Estado Democrático de Direito, é um *sistema normativo de regras e princípios*. É um sistema normativo, porque toda a estruturação referente a valores, programas e funções é feita através de normas; e é um sistema de regras e princípios, “pois as

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 82. Tradução: “é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.

normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob sua forma de *regras*”¹⁷².

Tanto as regras como os princípios constitucionais são normas, “de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies normas”¹⁷³.

Ao estabelecer os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios, Alexy sustenta que ambos dizem o que deve ser, ou seja, são formulados através das expressões deônticas básicas do mandamento, a *permissão* e a *proibição*. Todavia, embora sejam razões para juízos concretos do dever ser, são razões distintas, cabendo, pois, distingui-las¹⁷⁴.

Um dos critérios mais utilizados para a distinção entre regras e princípios é o da *generalidade*. De acordo com esse critério, os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; enquanto que as regras possuem um grau de abstração relativamente reduzido¹⁷⁵.

Existem outros critérios utilizados para distinguir regras e princípios, como o que considera, para a distinção, o grau de *determinabilidade* na aplicação ao caso concreto. Assim, enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente ao caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, não o podem¹⁷⁶. Tal critério decorre, evidentemente, do que considera o grau de abstração a principal diferença entre princípios e regras.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 165. Essa noção de sistema normativa de regras e princípios decorre da afirmação de Canotilho, segundo o qual o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um **sistema normativo aberto de regras e princípios**, que também se aplica ao direito constitucional brasileiro.

¹⁷³ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 96.

¹⁷⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 83.

¹⁷⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 166.

Todavia, embora a maioria dos critérios de distinção entre regras e princípios considere o *grau* de ambas as normas como referencial, essa tarefa deve levar em consideração que regras e princípios não possuem apenas uma diferença gradual, mas *qualitativa*¹⁷⁷.

Os princípios são *mandamentos de otimização*, ou seja, são normas que podem ser cumpridas na maior medida do possível, e em diferentes graus, sempre de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁷⁸.

As regras, a seu turno, são normas que podem ou não ser cumpridas. Assim, se uma regra é válida, deve ser cumprida, no estrito limite de seu comando. Enquanto os princípios são mandamentos de otimização, as regras contêm *determinações*, ou seja, fixações normativas *definitivas*, “sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias”¹⁷⁹.

Os princípios, ao contrário, por serem mandamentos de otimização, “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como às regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”¹⁸⁰. Canotilho, nesta distinção entre regras e princípios, se aproxima da distinção formulada por Alexy, e acentua que as regras suscitam somente problemas (conflitos) de *validade*; já os princípios suscitam problemas (colisões) de *validade* e *peso*¹⁸¹. Nesse aspecto, Alexy assevera que “la

¹⁷⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 166.

¹⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86.

¹⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 168.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 168.

¹⁸¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 168.

colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”¹⁸².

É, realmente, na solução dos problemas, ou seja, na colisão de princípios e no conflito de regras, especificamente no que se refere às diferentes formas de solução para ambos os casos, que a distinção entre regras e princípios se torna mais clara¹⁸³. Conforme se verá, “as regras estão sujeitas a antinomias e os princípios a colisões”¹⁸⁴.

3.1.2 Conflito de regras

Um conflito de regras pode ser solucionado de duas formas: a) introduzindo uma *cláusula de exceção*¹⁸⁵ em uma das normas, a fim de garantir a validade de uma delas para o caso concreto verificado, sem necessidade de se declarar a invalidez de nenhuma delas; ou b) declarando-se inválida uma das normas conflitantes¹⁸⁶.

No segundo caso, quando não há uma *cláusula de exceção* solucionando concretamente o conflito de regras, o juiz deve recorrer às seguintes máximas: a) *lex posterior derogat legi priori*; b) *lex specialis derogat legi generali*; ou, em

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 87. Tradução: “a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validez, na dimensão do peso”.

¹⁸³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 87.

¹⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, maio. 1999. p. 50.

¹⁸⁵ Alexy exemplifica com um conflito de regras que pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção. O conflito se dá entre a proibição de abandonar a sala antes de soar o sinal de saída e a ordem para abandonar-se a sala em caso de alarme de incêndio. Caso não soar o sinal de saída e soar o alarme de incêndio, tais regras conduzem a juízos concretos do dever ser contraditórias entre si. Este conflito é solucionado mediante a introdução na primeira regra de uma cláusula de exceção para o caso de soar o alarme de incêndio.

¹⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 88.

último caso, c) à importância das regras em conflito. “Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez”¹⁸⁷.

3.1.3 Colisão de princípios

A solução, no entanto, para o caso de colisão de princípios é completamente diversa. Como bem denota Canotilho, “o facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenómenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os princípios constitucionais gerais e especiais”¹⁸⁸. Mais adiante, assinala que “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental”¹⁸⁹. O âmbito, pois, das possibilidades jurídicas de aplicação de determinado princípio será sempre determinado pelos princípios e regras opostos¹⁹⁰.

No caso de colisão de princípios, ou seja, quando, diante do caso concreto, não há como se manter a existência prática de um deles, em razão de tensão ou antagonismo, a solução, diferentemente das regras, se dá mediante a ponderação e/ou concordância prática¹⁹¹ entre os princípios colidentes, de acordo com o “peso” de cada um deles, que será verificado sempre no caso concreto.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 88. Tradução: o fundamental é que a decisão é uma decisão acerca da validade”.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 190.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 190.

¹⁹⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86.

¹⁹¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 190.

Assim, enquanto os conflitos de regras são solucionados na dimensão da validade, a colisão de princípios soluciona-se na dimensão do *peso*¹⁹².

Contudo, não significa que, na preferência de um princípio pelo outro, se esteja declarando inválido o princípio preterido. Essa relação de prevalência se dá sempre no caso concreto. Assim, quando presentes circunstâncias diversas daquelas em que se deu a colisão, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa¹⁹³. Essa questão é melhor elucidada quando se trabalha com o que Alexy denomina “Lei de Colisão”.

3.1.4 Colisão de princípios e relação de precedência condicionada

A solução da colisão de princípios consiste em estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*¹⁹⁴.

La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente¹⁹⁵.

Alexy, para demonstrar como se opera, no caso concreto, a *relação de precedência condicionada*, demonstra um caso que corresponde à colisão de princípios. A situação diz respeito à aplicação do direito penal em colisão com o direito à vida e à integridade física, quando se trata da realização do interrogatório

¹⁹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 89.

¹⁹³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 89.

¹⁹⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 92.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 92. Tradução: “a determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, levando em conta o caso, se indicam as condições diante das quais um princípio precede ao outro. Diante de outras condições, a questão de precedência pode ser solucionada inversamente”.

de acusado criminalmente, que, diante da tensão que naturalmente decorre de tais atos, pode lhe acarretar um infarto.

Nesse caso, não havendo possibilidade de coexistência prática entre o dever do Estado em aplicar o devido processo legal penal e o dever do Estado em garantir os direitos e as garantias fundamentais do acusado, consistentes no direito à vida e à integridade física, qual princípio deverá prevalecer?

Apesar de contraditórios, não significa que um dos princípios está a limitar a possibilidade jurídica do cumprimento do outro, ou seja, a contradição entre eles não significa que um deles não seja válido, devendo, por conseguinte, ser eliminado do ordenamento jurídico¹⁹⁶. A questão se resolve mediante o estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*. Para uma melhor compreensão do que seja essa relação, cabe reproduzir como, através da relação dela, Alexy constrói a “Lei de Colisão”.

Designando o direito à vida e à integridade física do acusado como “*P*’”, e a aplicação do direito penal como “*P*²”, ambos os princípios conduzem a juízos concretos contraditórios, ou seja, o princípio “*P*’” proíbe a realização do interrogatório e o princípio “*P*²” determina a realização do interrogatório¹⁹⁷.

Para designar a relação de precedência condicionada¹⁹⁸, utilizar-se-á o símbolo **P**; e para as condições do caso concreto, diante das quais um princípio precederá ao outro, utilizar-se-á o símbolo *C*. Destarte, segundo uma relação de

¹⁹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 91-92.

¹⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 91-92.

¹⁹⁸ Alexy estabelece, primeiramente, relações de precedência condicionada (abstratas ou absolutas), nas quais, conforme seja o interesse, nenhum outro terá prevalência sobre este, independentemente do caso concreto. Esse tipo de relação não faz parte do objeto do presente estudo.

precedência condicionada (condicionada ao caso concreto), podem ocorrer as seguintes hipóteses: (a) ($P^1 \mathbf{P} P^2$) C ; (b) ($P^2 \mathbf{P} P^1$) C .

Como foi dito, a ponderação e a concordância prática de princípios colidentes dar-se-á através da verificação do *peso* de cada um deles. Na relação de precedência condicionada, essa questão do *peso* dos princípios fica mais clara. Na situação (a), acima descrita, “ P^1 ”, diante das circunstâncias C (dadas em um caso concreto) precede “ P^2 ”, ou seja, verificada, *in concreto*, a circunstância C , “ P^1 ” sempre terá um peso maior que “ P^2 ”. O fundamento inverso ocorre na hipótese (b), em que, sendo as circunstâncias C diferentes do caso concreto da situação (a), “ P^2 ” precederá “ P^1 ”, ou seja, terá maior peso¹⁹⁹.

Segundo Alexy, quando se afirma que “ P^1 ” precederá “ P^2 ”, diante das circunstâncias C , significa que a consequência jurídica decorrente de “ P^1 ” surge quando ocorrem as circunstâncias C . Assim, se o princípio “ P^1 ”, diante das circunstâncias C , precede ao princípio “ P^2 ”; e se de “ P^1 ”, diante das circunstâncias C resulta a consequência jurídica R , então vale uma regra que tem C o suposto de fato e em R a consequência jurídica²⁰⁰.

Destarte, Alexy, diante dessa premissa, chega ao seguinte enunciado da “Lei de Colisão”: “Las condiciones bajo cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”²⁰¹.

Essa “lei”, pois, “refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de

¹⁹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 93.

²⁰⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 94.

precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables”²⁰².

3.1.5 Princípios e regras: razões *prima facie* e razões definitivas

Da definição dos princípios, como mandamentos de otimização, e das regras, como normas que operam apenas no campo das possibilidades jurídicas (ou são válidas, e devem ser cumpridas, ou são inválidas, e devem ser eliminadas do ordenamento jurídico), com a conseqüente distinção entre conflito (de regras) e colisão (de princípios), decorrem outras características das regras e princípios que compõem a diferenciação entre os dois tipos de normas.

Os princípios, ao contrário das regras, não contêm determinações acerca das possibilidades fáticas de sua aplicação. Como mandamentos de otimização, apenas determinam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto. Caso tais possibilidades não se verifiquem, o princípio não será considerado inválido, apenas preterido numa relação de precedência, condicionada ao caso concreto. Portanto, não possuem mandamentos definitivos, como as regras, mas apenas *prima facie*²⁰³.

Os princípios e as regras são razões para juízos concretos do dever-ser, mas, como se disse, são razões de um tipo diferente. Essa diferença resulta,

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 94. Tradução: “as condições diante das quais um princípio precede ao outro constituem o suposto de fato de um regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente”.

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 95. Tradução: “reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações

justamente, do diferente caráter de ambas as normas. Os princípios são *razões prima facie*, e as regras são *razões definitivas*. Todavia, não deixam de ser razões para normas²⁰⁴.

Alexy assinala que um dos critérios mais utilizados para a diferenciação de regras e princípios é o que considera os princípios razões para regras, e as regras razões para juízos concretos. Contudo, as regras também podem ser razões para regras, e os princípios razões para juízos concretos. Princípios e regras, pois, são razões para juízos concretos do dever-ser. Ocorre que, enquanto os princípios são razões *prima facie* para um juízo concreto, as regras são razões *definitivas*.

As regras, quando válidas e aplicáveis ao caso concreto, são razões *definitivas*, correspondendo a esse juízo concreto um direito *definitivo*. Sendo os princípios razões *prima facie*, como estabelecer um direito *definitivo*, visto que, tomados em si mesmos, estabelecem apenas direitos *prima facie*? O caminho que o princípio deve percorrer, de uma razão *prima facie*, para um direito *definitivo*, é o da relação de precedência, conforme o enunciado da “Lei de Colisão”²⁰⁵.

As condições do caso concreto, em que se dá a colisão de princípios, mediante uma relação de preferência por determinado princípio, de acordo com seu peso naquelas condições concretas, cria uma regra que dela decorrerá um direito definitivo.

Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto do deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de

absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis”.

²⁰³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 99.

²⁰⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 101.

²⁰⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 103.

deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas²⁰⁶.

3.1.6 O princípio constitucional da proporcionalidade

Quando se fala em ponderação de princípios constitucionais, notadamente se está tratando da restrição de certas normas de direito fundamental que, em certa situação, devem ter seu exercício limitado, a fim de se garantir a aplicabilidade de outra norma da mesma hierarquia, que, numa situação de colisão, possui maior relevância. Nesse contexto, surge o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) como instrumento de harmonização das limitações a direitos e garantias fundamentais, numa relação de ponderação e adequação entre fins e meios, no intuito de controlarem-se eventuais excessos²⁰⁷.

Também denominado de “princípio da proibição de excesso” (*Übermassverbot*), o princípio da proporcionalidade significa que “qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”²⁰⁸. Essa idéia é traduzida no art. 18º, II, da Constituição portuguesa, que assim dispõe: “A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 103. Tradução: “por isso, se pode dizer que sempre que um princípio é, em última instância, uma razão básica para um juízo concreto do dever ser, este princípio é uma razão básica para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas”.

²⁰⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 357.

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

Percebe-se, pois, que a aplicação do princípio da proporcionalidade reside “no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias”²⁰⁹, o que, segundo Guerra Filho, denota a sua essência e destinação, qual seja, preservar os direitos fundamentais²¹⁰. Bonavides, inclusive, afirma que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais, em que “ganha extrema importância e auferem um prestígio e difusão tão larga quanto os princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade”²¹¹.

O princípio da proporcionalidade, atualmente, é considerado um subprincípio densificador do Estado Democrático de Direito²¹². Denize Stumm, na esteira de Canotilho, acentua que “enquanto manifestação do Princípio do Estado de Direito, deve ser o princípio da proporcionalidade, além de material, procedimental, pois deve o Estado de Direito atender ao princípio da unidade e ao da concordância prática ao concretizar o conteúdo da Constituição”²¹³.

3.1.7 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o princípio da proporcionalidade

A CF, ao contrário da Constituição portuguesa, não dispôs, expressamente, acerca do princípio da proporcionalidade. Não obstante, sua invocação e aplicação, na proteção de direitos e garantias fundamentais, no caso

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

²¹⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 61.

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 359.

²¹² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

de eventuais abusos praticados pelo Estado, está devidamente amparada. Como assinala Bonavides, “a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesmo se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade (...)”²¹⁴.

Além disso, cabe invocar²¹⁵, na parte não positivada dos direitos e garantias fundamentais, o § 2º do art. 5º da CF, que reza: “Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

3.1.8 Princípio da proporcionalidade: conexão entre meios e fins

Canotilho assevera que o princípio da proporcionalidade constitui um “*limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*”²¹⁶. De acordo com a lição do constitucionalista lusitano, a Constituição, ao autorizar a restrição de direitos e garantias fundamentais, a fim de permitir ao legislador uma tarefa de “concordância prática” na defesa de outros interesses constitucionalmente protegidos, impõe uma vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador.

²¹³ DENIZE STUMM, Raquel. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 121.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 395.

²¹⁵ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 62.

²¹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

Assim, entre a autorização da Constituição em criarem-se leis restritivas de direitos fundamentais, repita-se, sempre com o escopo de proteger outros bens jurídicos de igual relevância, e o exercício do poder discricionário do legislador em restringir normas de direito fundamental, “deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*”²¹⁷.

Nessa tarefa de conformação ou concordância prática das restrições de direitos e garantias fundamentais, o legislador está vinculado ao princípio da proporcionalidade²¹⁸. Essa tarefa de conformação ou concordância prática dependerá, evidentemente, das possibilidades jurídicas de aplicação da norma fundamental, que estará vinculada ao princípio que lhe é oposto no caso concreto. A partir daí, resulta a aplicação do princípio da proporcionalidade como uma relação de meios e fins, ou seja, de necessidade e adequação, com relação às possibilidades fáticas de aplicação do direito fundamental²¹⁹.

Do trinômio adequação, necessidade e ponderação, podem se extrair três subprincípios (elementos ou conteúdos parciais) que compõem, respectivamente, a estrutura do princípio da proporcionalidade²²⁰, quais sejam, o princípio da conformidade ou adequação de meios; o princípio da necessidade; e, finalmente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

3.1.8.1 Princípio da adequação (*Geeignetheit*)

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

²¹⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

²¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 112-113.

²²⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**, p. 360.

De acordo com o princípio da adequação, a medida restritiva deve ser, no âmbito das possibilidades fáticas, ou do “faticamente possível”²²¹, a mais adequada para obtenção de determinado fim exigido por uma norma de direito fundamental que se visa a proteger, ou seja, “à medida que pretende realizar o interesse público deve ser *adequada* aos fins subjacentes a que visa concretizar”²²². Como assinala Bonavides, “examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim”²²³.

3.1.8.2 Princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*)

O princípio da necessidade pode ser resumido pela máxima formulada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, quando afirma que “el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo”²²⁴.

Conforme acentua Canotilho, “a exigência da *necessidade* pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição”²²⁵. A exigibilidade, pois, significa não haver outro meio menos danoso e igualmente eficaz, ou seja que afete menos outro direito fundamental, na obtenção de determinado fim.

3.1.8.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)

²²¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 68.

²²² DENIZE STUMM, Raquel. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**, p. 79.

²²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 360.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à ponderação entre meios e fins decorrentes da aplicação, no âmbito das possibilidades fáticas, dos princípios da adequação e da necessidade. Todavia, sua aplicação se dá no âmbito das possibilidades jurídicas. Guerra Filho exprime bem essa idéia ao afirmar que “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível”²²⁶.

Alexy assevera que

de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandamientos de optimización con relación a las posibilidades *fáticas*²²⁷.

Denize Stumm, traduzindo a lição de Alexy, assinala que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se origina da natureza dos comandos dos princípios válidos “a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de determinada situação. Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente no caso

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 114. Tradução: “o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

²²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 67-68.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 112-113. Tradução: “da máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre que os princípios são mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Ao contrário, as máximas da necessidade e da adequação decorrem do caráter dos princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas”.

concreto”²²⁸. Daí resulta a afirmação de que a ponderação (aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito) ocorre no âmbito das possibilidades jurídicas.

3.1.9 Adequação, necessidade e ponderação

Para demonstrar essa relação entre meio e fim, decorrente de uma relação de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), que se verificará no âmbito das possibilidades jurídicas, e, após isso, a questão da adequação e necessidade da restrição à norma de direito fundamental, que se opera no âmbito das possibilidades fáticas, mais uma vez se utilizará da lição²²⁹ de Alexy.

A situação de colisão é caracterizada pelo conflito de interesses de dois sujeitos: Estado e cidadão. Assim, tem-se que o Estado visa a um fim F , mediante a aplicação do princípio “ P^1 ”. Existem dois meios para a obtenção do fim F : M^1 e M^2 . Ambos são igualmente eficazes para a consecução do fim F . Todavia, o meio M^2 , quando utilizado, afeta menos o princípio colidente “ P^2 ”, do que o meio M^1 .

Assim, pode se estabelecer, em primeiro plano que: para “ P^1 ” não importa que se utilize M^1 ou M^2 para a obtenção do fim F . No entanto, para “ P^2 ” a escolha por M^1 ou M^2 tem relevância, visto que exige, enquanto princípio, uma otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. No âmbito das possibilidades fáticas, “ P^2 ” possui uma maior aplicação caso se utilizar M^2 para a obtenção do fim F .

²²⁸ DENIZE STUMM, Raquel. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**, p. 81.

²²⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 113-115.

Resta claro, aqui, a aplicação do princípio da necessidade. Estando M^1 afetando mais intensamente “ P^2 ”, e sendo desnecessária sua utilização para “ P^1 ” no que diz respeito à obtenção do fim F , pois o obtém, igualmente, através de M^2 , tanto “ P^1 ” como “ P^2 ” estão a proibir M^1 e a permitir M^2 . “El fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo”²³⁰.

A relação entre o âmbito das possibilidades fáticas e o das possibilidades jurídicas, ou melhor, entre necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) se dá da seguinte maneira: M^1 e M^2 , apesar deste afetar menos intensamente “ P^2 ”, quando não utilizados para a obtenção do fim F , permitem uma maior aplicação do princípio “ P^2 ”. O princípio da necessidade, a seu turno, permite apenas a utilização de M^2 . Todavia, a escolha por M^1 ou M^2 não é uma questão de necessidade, mas de ponderação entre “ P^1 ” e “ P^2 ”.

Havendo dois meios igualmente eficazes (M^1 e M^2) para a consecução do fim F por “ P^1 ”, caso somente um dos meios afetasse “ P^2 ”, não haveria necessidade de se recorrer à ponderação de princípios. A questão se resolveria no âmbito fático da necessidade, escolhendo-se o meio que não afetasse “ P^2 ”, e ambos os princípios teriam sua aplicação na maior medida do possível. O problema, pois, surge quando, no caso, M^2 , mesmo que menos intensamente, afeta “ P^2 ”. Nesse caso, a proporcionalidade em sentido estrito tem que se agregar ao princípio da necessidade, pois a escolha por um dos meios não é mais, simplesmente, a escolha pelo meio que não afeta em nada “ P^2 ”, em detrimento do

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 114. Tradução: “o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”.

que afeta, mas “una cuestión de la ponderación entre P^1 y P^2 (proporcionalidad en sentido estricto)”²³¹.

Finalmente, o princípio da adequação, pois, resulta como corolário lógico da situação acima descrita. Como M^1 não é exigido por “ P^1 ” (M^1 igual M^2), e afeta mais “ P^2 ” do que M^2 , então M^1 não é adequado para a persecução do fim F , exigido por “ P^1 ”.

A noção de como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a devida ponderação de meios e fins, quando se verifique, concretamente, a colisão de direitos fundamentais, é de fundamental importância para a compreensão da aplicação do instituto da antecipação de tutela e da tutela cautelar, que representam a concretização do princípio da efetividade do processo, que, eventualmente, colide com o princípio da segurança jurídica.

3.2 TUTELAS DE URGÊNCIA E A HARMONIZAÇÃO DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.2.1 Considerações preliminares

Os direitos fundamentais, enquanto realidades normativas abstratas consagradas pela CF, não apresentam incompatibilidades entre si. Pelo contrário, possuem plena e eficaz aplicabilidade, convivendo, simultaneamente, de forma

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 114. Tradução: “uma questão de ponderação entre P^1 e P^2 (proporcionalidade em sentido estrito)”.

harmônica²³². Todavia, quando transportados para a realidade concreta, nem sempre essa compatibilidade se torna possível, sendo necessária a utilização de normas ou instrumentos judiciais que permitam a harmonização e a convivência prática entre os direitos fundamentais que, eventualmente, estejam em colisão.

Os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, corolários de um mesmo princípio genérico, o do devido processo legal, são concretizados no processo (judicial ou administrativo) e, nele, ocorrem as colisões, que impõem restrições e limitações, a fim de se possibilitar a coexistência prática e concreta entre eles.

3.2.2 O princípio do devido processo legal (*dues process of law*)

O princípio do devido processo legal se apresenta como um postulado constitucional fundamental do processo civil, ou seja, é o gênero do qual todos os demais princípios do processo civil na CF são espécies²³³. Aliás, como salienta Nery Júnior, “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e maioria dos incisos do art. 5.º seriam absolutamente despicientos”²³⁴.

²³² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 82.

²³³ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31. A idéia do princípio do devido processo legal, concebido como um postulado fundamental (gênero) de todos os demais princípios (espécies) do processo civil na CF, não é pacífica entre os autores, entre os quais denota-se o professor Moacyr Motta da Silva, para quem, “sob o ponto de vista metodológico, os Princípios Constitucionais do Processo permitem classificação em três vertentes: a) princípio do Juiz Natural; b) princípio do Devido Processo Legal; c) princípio do Acesso à Justiça” (SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, maio. 1999. p. 83).

²³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 41.

A expressão *dues process of law* foi pela primeira vez empregada na lei inglesa de 1534, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, no reinado de Eduardo III. No entanto, a *Magna Charta* de João Sem Terra, ao se referir à *law of the land*, em 1215, senão expressamente, já mencionava o referido princípio. Posteriormente, a cláusula *dues process of law* foi incorporada à Constituição norte-americana, de 1787, pelas Emendas 5ª e 14ª²³⁵.

3.2.3 O devido processo legal em sentido genérico

O princípio do devido processo legal possui duas acepções, uma em sentido material (*substantive due process*) e outra em sentido processual (*procedural due process*). Essa bipartição da cláusula *due process of law* decorre de sua caracterização *lato sensu*, que implica na tutela dos bens da vida em sentido amplo, quais sejam, a vida, a liberdade, e a propriedade²³⁶.

3.2.3.1 O devido processo legal em sentido material (*substantive due process*)

O *substantive due process* corresponde à tutela dos direitos materiais, especialmente os direitos e as garantias fundamentais. A aplicação do princípio do devido processo legal, em seu sentido material, corresponde ao controle judicial no que diz respeito aos limites do poder legiferante, quando se trate de restrições e limitações aos direitos fundamentais do cidadão. Traduz-se na tarefa de verificar a razoabilidade das leis, pois “toda lei que não for *razoável*, isto é, que não seja a

²³⁵ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 32-33.

²³⁶ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 34.

law of the land, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”²³⁷.

3.2.3.2 O devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*)

No aspecto processual, o princípio do devido processo legal “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter a acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível (...)”²³⁸. Trata-se de uma garantia fundamental dos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, conferida pela Constituição, “objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais* através da efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num *prazo razoável*”²³⁹.

3.2.4 O princípio do devido processo legal e seus corolários

Na CF, o princípio do devido processo legal está, genericamente, previsto no inciso LIV do art. 5º: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Evidentemente, desta norma fundamental decorrem outros princípios que lhe são corolários, dentre os quais destacam-se: a) o princípio da igualdade das partes; b) a garantia da inafastabilidade do controle

²³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**, p. 38.

²³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**, p. 41.

²³⁹ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

judiciário (direito de ação); e c) o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

3.2.4.1 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF) assegura aos litigantes tratamento isonômico em todos os atos processuais. Contudo, não significa dizer que autor e réu deverão ser tratados indistintamente. “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”²⁴⁰. Assim, restando caracterizada a hipossuficiência de uma das partes no processo, cabe ao juiz, mediante a utilização dos *meios adequados*, garantir o equilíbrio entre elas.

3.2.4.2 O princípio da efetividade do processo

O princípio da efetividade do processo, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, caracteriza-se pelo “conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida que se considera titular”²⁴¹. Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A efetividade do processo corresponde, antes de tudo, ao direito de acesso à justiça. Todavia, não significa, apenas, o direito de pleitear algo em juízo,

²⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 43.

²⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 84.

mas, como se afirmou no início deste trabalho, direito de acesso à *ordem jurídica justa*, que corresponde, no âmbito normativo, ao “direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos”²⁴² e, da mesma forma, “direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça (...)”²⁴³.

A efetiva tutela de direitos, desse modo, não poderá ser obtida em um processo com “dilações indevidas”. O direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo autônomo, correspondente à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável²⁴⁴. Assim, não basta que se tenha “*direito ao processo*, delineando-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste (*direito no processo*), com a verificação efetiva de todas as garantias asseguradas ao usuário da justiça, *num breve prazo de tempo*, para o atingimento do escopo que lhe é destinado”²⁴⁵.

3.2.4.3 O princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica, ou liberdade jurídica, ou, simplesmente, do contraditório e da ampla defesa, pode ser definido pelo disposto no inciso LV do art. 5º da CF: “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”.

²⁴² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, p. 135.

²⁴³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, p. 135.

²⁴⁴ Cf. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 103.

²⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 103-107.

Assim, nas palavras de Botelho Mesquita, o princípio da segurança jurídica consiste no direito de todo cidadão de “ser mantido na situação de fato em que se encontre, até ser convencido pelos meios regulares. Quer dizer, mediante processo regular, perante um juiz imparcial e neutro, assegurado plenamente o direito de defesa”²⁴⁶. Nesses termos, até que se esgotem todos os atos do devido processo legal, imbuído de todos os princípios que lhe são corolários, o bem em litígio deverá permanecer na disposição daquele que o detém²⁴⁷.

3.2.5 Colisão entre efetividade do processo e segurança jurídica: fator tempo

O cumprimento de todos os atos e termos do processo, a fim de se compor determinada lide, mediante um processo com cognição exauriente, ressalvadas as peculiaridades de cada procedimento, demonstra-se incompatível com a precipitação²⁴⁸, ou seja, a segurança jurídica impõe o cumprimento de certas formalidades que demandam um lapso de tempo incompatível com a pressa e a precipitação.

Destarte, enquanto o princípio da efetividade do processo exige que o processo transcorra de maneira rápida e célere, o princípio da segurança jurídica, também decorrente do princípio do devido processo legal, mostra-se incompatível com a rapidez e celeridade que a busca pela efetividade da jurisdição impõe.

Essa situação de colisão de princípios constitucionais deve ser solucionada em um único instrumento: *o processo*. Isso ocorre porque o direito

²⁴⁶ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limitações ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias, p. 44.

²⁴⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 85.

fundamental da efetividade do processo e o da segurança jurídica só podem ser concretizados no processo, e as colisões de princípios, como foi visto, só ocorrem na realidade concreta. Portanto, o que desencadeia a colisão dos direitos fundamentais é o fator tempo.

Assim, “o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui (...) o principal motivo da crise da justiça, uma vez que a dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes (...)”²⁴⁹. No entanto, “seria realmente um inominado absurdo imaginar-se um processo no qual houvesse imediata tutela ao direito supostamente violado”²⁵⁰.

O tempo de duração do processo, pois, é o elemento que provoca a colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica. Quanto maior a dilação do processo, maior será a tensão entre os dois princípios. Assim, há colisão de direitos fundamentais “quando a satisfação pela via específica só possa realizar em prazo inferior ao tempo que o processo demanda”²⁵¹.

3.2.6 Harmonização de princípios e concretização legislativa e judicial

Verificada, no processo, a colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, impõe-se a harmonização dos

²⁴⁸ Cf. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 100.

²⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 100.

²⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 100.

dois princípios, por força, precipuamente, do princípio da igualdade. Assim, quando o tempo do processo restringe o exercício do direito fundamental da efetividade do processo, o juiz deve utilizar-se dos meios disponíveis para obter o equilíbrio dos dois segmentos do processo, quais sejam, segurança e celeridade²⁵².

Esse equilíbrio, ou harmonização, dos direitos fundamentais em colisão pode ser obtido de duas formas: pela via legislativa ou pela via judicial. A solução por via legislativa corresponde, naturalmente, à introdução, no ordenamento jurídico, da tutela cautelar, e, recentemente, da antecipação dos efeitos da tutela. Essas normas, porém, são impostas abstratamente, cabendo ao juiz, subsidiariamente e em harmonia com elas²⁵³, viabilizar a concreta concordância entre princípios colidentes.

Desse modo, quando há colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, o juiz deve utilizar, conforme o caso, de um destes instrumentos, tutela cautelar ou antecipação de tutela, destinados, pois, a garantir o equilíbrio das partes no processo (princípio da igualdade), através da harmonização da colisão de princípios verificada no caso concreto.

Trata-se do que Canotilho denomina *processo de concretização constitucional*, que significa o processo de densificação dos princípios constitucionais feitos pelo legislador (concretização legislativa) e, igualmente, pela densificação dos princípios constitucionais pelos órgãos do Poder Judiciário na aplicação do direito ao caso concreto (concretização judicial)²⁵⁴.

²⁵¹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limitações ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. p. 46.

²⁵² Cf. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, p. 101-102.

²⁵³ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 87.

²⁵⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 191.

3.2.7 Normas restritivas e normas de solução de conflitos (*Konkurrenzlösend Normen*)

A concretização legislativa do princípio da efetividade do processo, quando em colisão com outro princípio, se dá através de normas legais conformadoras, ou normas de solução de conflitos (*Konkurrenzlösend Normen*), que possibilitam a convivência prática entre eles. A distinção entre conformação e concretização, conforme assinala Canotilho, “nem sempre é clara, devendo reconhecer-se, por outro lado, que a conformação implica, em alguma medida, um pedaço de concretização”²⁵⁵.

As normas legais conformadoras, apesar de serem instrumentos de concretização de direitos fundamentais, nem por isso deixam de ser, da mesma forma, normas legais restritivas. Estas limitam ou restringem “posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais”²⁵⁶, enquanto as primeiras “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito”²⁵⁷. Assim, ao harmonizar a colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, mediante a concretização do primeiro, a norma legal conformadora não deixa de impor uma restrição a outro direito fundamental, no caso, o da segurança jurídica.

Bonavides, reproduzindo a lição de Lerche e Grabitz no tocante às normas legais conformadoras, salienta o fato de que, quanto ao modo de sua eficácia, “elas se podem comparar às normas interventivas, embora aquilo que as

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 634.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 633.

eleva a uma categoria ou tipo autônomo seja o seu fim específico, para o qual as normas de intervenção em geral não servem: a solução dos conflitos de direitos fundamentais”²⁵⁸.

A concretização judicial, a seu turno, resulta na harmonização da colisão dos princípios na situação concreta. A norma legal conformadora para essa harmonização, e conseqüente concretização do direito fundamental da efetividade do processo, consiste na antecipação dos efeitos da tutela e na tutela cautelar, conforme seja a necessidade imposta pela colisão de princípios. As limitações a essa liberdade do juiz na concretização e conformação judicial serão sempre impostas pelo princípio oposto ou colidente.

3.2.8 Tutelas de urgência: normas de concordância prática

Zavascki afirma que a introdução em nosso ordenamento jurídico do instituto da antecipação de tutela representa a construção, por via legislativa, de regra destinada a “estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática (...) entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão”²⁵⁹.

Esses mecanismos utilizados na obtenção da concordância prática entre o direito fundamental da efetividade do processo e o direito fundamental da segurança jurídica, por importarem, notadamente, em restrições e limitações a

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 633.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 381-382.

²⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 87-88.

direitos fundamentais, estão vinculados aos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, quais sejam, *necessidade, ponderação e adequação*.

Na realidade, princípio da proporcionalidade e princípio da concordância prática, ou harmonização, são denominações diversas para o mesmo princípio jurídico-constitucional. Na hipótese da antecipação de tutela, o princípio da concordância prática, conforme a lição de Canotilho, “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”²⁶⁰.

A antecipação de tutela e a tutela cautelar surgem como formas de tornar efetiva a tutela jurisdicional, impondo restrições ao princípio da segurança jurídica, de forma a evitar o sacrifício do primeiro, sem contudo eliminar o segundo.

Finalmente, como bem denota Zavascki, “o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal”²⁶¹.

3.2.9 Princípio da proporcionalidade: conformação legislativa e conformação judicial

Antes de se analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade na harmonização da colisão dos princípios constitucionais através das tutelas de

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 228.

²⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações, p. 56.

urgência (antecipação de tutela e tutela cautelar), cumpre esclarecer o duplo âmbito de incidência desse princípio constitucional.

Conforme se havia mencionado, o princípio da proporcionalidade corresponde a um limite à liberdade de conformação do legislador, quando se trate de restrições a certos direitos fundamentais, a fim de se possibilitar a coexistência prática entre eles, eventualmente em conflito no caso concreto. O princípio da proporcionalidade, neste caso melhor caracterizado como princípio da proibição do excesso, vincula-se ao exercício do poder discricionário do legislador, na tarefa de conformação e/ou restrição legislativa.

Já quando se cuide da tarefa de conformação dos princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica no caso concreto (concretização judicial), o princípio da proporcionalidade estará adstrito ao “poder discricionário” do juiz em aplicar, adequadamente, as normas infraconstitucionais de solução dos conflitos, notadamente a antecipação de tutela e a tutela cautelar.

A primeira hipótese, que trata da aplicação do princípio da proporcionalidade na criação de normas abstratas conformadoras e restritivas de direitos fundamentais, será objeto de investigação no próximo item. Por enquanto, cumpre verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade, através dos subprincípios da necessidade, ponderação e adequação, quando se utiliza das regras conformadoras (antecipação de tutela e tutela cautelar), concretamente, para a solução da colisão dos princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica.

3.2.10 O princípio da proporcionalidade e a antecipação de tutela

A restrição ao direito fundamental da segurança jurídica, quando em colisão com o direito fundamental da efetividade do processo, deve ocorrer mediante a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, que, no caso, é a medida exigida pelo princípio da efetividade do processo para a solução do problema. Contudo, ao proceder a antecipação da tutela (que é uma norma de conformação legislativa abstrata), o juiz deverá buscar, doravante concretamente, a harmonização que possibilite uma maior otimização do princípio da efetividade do processo, e que, conseqüentemente, afete o menos possível o princípio da segurança jurídica.

A atuação do juiz, embora discricionária na busca da melhor harmonização da colisão dos direitos fundamentais, está limitada pelo princípio da proporcionalidade, que, quando conjugado com as máximas da necessidade, ponderação e adequação, permite a coordenação e a combinação²⁶² dos princípios colidentes.

A relação exemplificada entre necessidade, ponderação, e adequação feita acima, conforme a lição de Alexy, será útil para a demonstração da relação desses três subprincípios da proporcionalidade com a antecipação de tutela.

3.2.10.1 Princípio da necessidade e antecipação de tutela

A relação entre a antecipação de tutela e o princípio da necessidade se dá pela impossibilidade de concretização do direito fundamental da efetividade do

²⁶² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 228.

processo, senão pela restrição ao princípio da segurança jurídica, que, na situação concreta, está em colisão com o primeiro.

O legislador destinou como norma abstrata a ser aplicada pelo juiz a antecipação de tutela genérica, prevista no art. 273 do CPC. Essa norma, no entanto, não prevê as colisões concretas entre os direitos fundamentais, cabendo, pois, ao juiz essa tarefa de harmonização e concretização judicial.

O art. 273, e incisos I e II, do CPC, prevêem que, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou quando fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, desde que exista prova inequívoca da alegação, o juiz poderá antecipar, *total* ou *parcialmente*, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

Verificada a colisão dos princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica, e preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela. A possibilidade de antecipação total ou parcial, contudo, não reside unicamente no âmbito de discricionariedade judicial, porquanto está limitada pelo princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*).

Tem-se que, no caso concreto, o direito fundamental da efetividade do processo exige que se antecipe a tutela definitiva, sob pena de sua total restrição ou, até mesmo, eliminação, naquela situação.

Considerando que em determinada colisão de princípios, a antecipação total dos efeitos da tutela, bem como a antecipação parcial, são meios igualmente eficazes para a concretização do princípio da efetividade do processo, não importa, para esse, que a antecipação seja total ou parcial, pois de ambas as formas o direito fundamental estará protegido.

Contudo, embora ambos operem uma restrição à segurança jurídica, a antecipação total da tutela afeta mais intensamente esse direito fundamental do que a antecipação parcial.

O princípio da segurança jurídica, corolário do devido processo legal, exige uma máxima otimização em todos os atos do processo, devendo evitar-se qualquer restrição além do estritamente necessário. Destarte, embora restringida, a segurança jurídica será menos afetada e, conseqüentemente, terá uma maior aplicação, caso se antecipem apenas parcialmente os efeitos da tutela.

Se a antecipação total dos efeitos da tutela restringe mais intensamente o direito fundamental da segurança jurídica, e não sendo essencial ou necessária para a proteção do bem ameaçado de dano irreparável, visto que obtém-se uma proteção eficaz antecipando-se parcialmente a tutela, é defeso ao juiz, portanto, por força do princípio da necessidade, proceder a antecipação total da tutela.

De acordo com a lição de Canotilho, “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coativo’, relativamente aos direitos restringidos”²⁶³.

Se é possível ao juiz optar por conceder uma medida que restrinja menos a segurança jurídica do réu (antecipação parcial), fica evidenciado que a antecipação total não poderá ser concedida, conforme a já citada máxima do Tribunal Constitucional Federal alemão: “El fin no puede ser logrado de outra manera que afecte menos al individuo”²⁶⁴.

Essa possibilidade de se conceder uma medida que afete menos o direito fundamental da segurança jurídica pode ocorrer não só entre a antecipação total e

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 617.

parcial da tutela, mas entre a própria antecipação de tutela e a tutela cautelar. Da mesma forma, o juiz deverá conceder a medida judicial que afete menos o princípio da segurança jurídica, seja a antecipação de tutela, seja a tutela cautelar.

3.2.10.2 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito e antecipação de tutela

O princípio da necessidade, embora impeça que se conceda uma medida judicial que restrinja mais intensamente um direito fundamental, no intuito de proteger outro que esteja em colisão, não determina se a antecipação de tutela deva ser parcial ou total. Ele apenas permite a antecipação parcial da tutela e proíbe a antecipação total. Todavia, a escolha por uma das duas medidas é uma questão de ponderação, e não de necessidade.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) deve agregar-se ao princípio da necessidade, pois a escolha não será entre uma medida judicial que restrinja a segurança jurídica por outra que não a restrinja, mas pela medida que restrinja menos intensamente.

Pode-se dizer, pois, que a aplicação do princípio da necessidade corresponde a uma permissão e/ou proibição; enquanto que a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde a uma escolha entre dois meios que restringem um direito fundamental.

Caso somente a antecipação total afetasse a segurança jurídica, a ponderação de princípios seria despicienda, resolvendo-se o problema no âmbito fático da necessidade, até mesmo porque não haveria colisão de princípios, já que

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 114. Tradução: “o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”.

ambos poderiam obter uma grau máximo de otimização em se antecipando parcialmente a tutela.

Todavia, essa medida também afeta a segurança jurídica, implicando numa colisão de princípios, que envolve, além das possibilidades fáticas de consecução da medida antecipatórias, as possibilidades jurídicas (ponderação), que serão determinadas numa relação de precedência condicionada, conforme o juízo de verossimilhança e a prova inequívoca alegada.

3.2.10.3 Princípio da adequação e antecipação de tutela

O princípio da adequação, finalmente, corresponde à conjunção entre a permissão (princípio da necessidade) e escolha (ponderação). Se a antecipação parcial da tutela é permitida, após um exame de necessidade, e escolhida, após uma questão de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), então a antecipação de tutela é adequada para a concretização do direito fundamental da efetividade do processo e a conseqüente restrição do direito fundamental da segurança jurídica.

3.3 AS LIMITAÇÕES À CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.3.1 Antecipação de tutela: harmonização e restrição

A tarefa do legislador de conformação e harmonização dos direitos fundamentais, quase que em regra, acaba por limitar ou restringir o exercício de outros direitos fundamentais de igual importância. Toledo Barros salienta que, “a propósito de regular o exercício de um direito ou de conformar uma garantia institucional, a lei pode afetar outros direitos individuais ou valores institucionais”²⁶⁵, ocorrendo uma restrição por forma transversa.

Nesse sentido, é possível afirmar que a antecipação de tutela, no intuito de proteger o direito fundamental da efetividade do processo, e harmonizá-lo com o da segurança jurídica, acaba por restringir este último. No entanto, não cabe, neste momento, averiguar a legitimidade e a razoabilidade de tais restrições, pois já se trabalha com a premissa de que tais leis infraconstitucionais correspondem a um propósito de harmonização, em consonância com o princípio da proporcionalidade, cabendo, como foi visto há pouco, ao juiz, quando da concessão das medidas antecipatórias, atentar, igualmente, para os preceitos desse princípio constitucional de limitação às restrições de direitos fundamentais.

O que se pretende, visto que no capítulo anterior delimitou-se o âmbito das normas de limitações à concessão de antecipação de tutela, é verificar a razoabilidade das leis que restringem a harmonização dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, ou seja, se o legislador, na tarefa de conformação legislativa, atendeu o princípio constitucional da proporcionalidade ao estabelecer leis que restringem as hipóteses de concessão da antecipação de tutela, numa autêntica conexão entre meios e fins.

3.3.2 Antecipação de tutela e as limitações imanentes

Canotilho assevera que “a compreensão da problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias exige uma ‘sistemática de limites’, isto é, a análise dos *tipos* de restrições eventualmente existentes”²⁶⁶. Para isso, o constitucionalista lusitano apresenta três espécies básicas de limitações: a) limites ou restrições constitucionais imediatos; b) limites ou restrições estabelecidos por lei; e, c) limites imanentes ou limites constitucionais não escritos.

As limitações constitucionais imediatas são aquelas previstas expressamente na Constituição, não havendo necessidade de uma posterior tarefa do legislador em limitar ou restringir direitos fundamentais.

As limitações ou restrições estabelecidas por lei são as que a Constituição, de forma expressa, admite a possibilidade da lei restringir certos direitos fundamentais, cabendo ao legislador, no estrito cumprimento do que dispõe a Constituição, cumprir essa tarefa.

Finalmente, têm-se como forma de restrição as limitações *imanentes*. Canotilho afirma que “o reconhecimento destes limites é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da Constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos e bens”²⁶⁷. Essa problemática ocorre porque, para o caso das limitações imanentes, diferentemente das outras duas

²⁶⁵ TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 181.

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 603-604.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 604.

espécies de limitações, não existe uma norma (constitucional ou legal) que autorize a restrição²⁶⁸.

As normas que restringem a concessão de antecipação de tutela, especialmente em face da Fazenda Pública, bem como na própria disciplina do instituto da antecipação de tutela (§ 2º do art. 273 do CPC), por restringirem o direito fundamental da efetividade do processo, enquadram-se nesse último tipo de limitação, pois não há previsão na CF nesse sentido, tampouco esta autoriza que norma infraconstitucional estabeleça tais limitações à antecipação de tutela. Assim, cumpre analisar se, ao proceder tais limitações, foi observado o princípio da proporcionalidade, com suas três máximas.

3.3.3 O controle das restrições a direitos fundamentais

Conforme se extrai da lição de Canotilho, uma limitação imanente a um direito fundamental só é válida, ou justificável, quando tenha como fim precípuo a proteção de outros direitos, liberdades e garantias, que têm seu exercício impedido por força, justamente, de uma colisão de direitos fundamentais. Contudo, embora cumpram uma tarefa de harmonização dessa colisão, estas só se verificam no caso concreto, não havendo como estabelecer, na abstração das normas de direito, a harmonização concreta que esta objetiva.

Destarte, somente quando da análise concreta da situação de colisão, mediante a utilização de uma *técnica de interpretação*, é que a restrição imanente ao direito fundamental se mostrará razoável ou, ao contrário, inconstitucional.

²⁶⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 607.

Toledo Barros destaca o fato de que

as fronteiras entre restrição de direitos e simples conformação de norma constitucional só podem ser demarcadas por processo de interpretação, diante, pois, de uma situação concreta, constituindo a primeira questão a ser dirimida em sede de controle da lei tida por restritiva a direito fundamental²⁶⁹.

Caberá, pois, ao juiz, ao interpretar uma norma limitadora de direito fundamental, verificar quando se cuida de mera conformação ou harmonização legislativa, “ou quando se refere a uma restrição tecnicamente considerada – o que só se resolve com recurso à interpretação”²⁷⁰.

Nesse caso, destaca-se, novamente, a distinção entre normas restritivas e normas conformadoras. A interpretação da lei que impõe uma limitação imanente a direito fundamental deve, seguramente, estabelecer quando se está diante de uma norma autenticamente restritiva ou de uma norma conformadora.

A diferença entre as duas nem sempre é tão evidente, pois, como se disse a norma de concordância prática, em regra, contém, igualmente, uma restrição, como no caso da antecipação de tutela, que restringe o direito fundamental da segurança jurídica. O que o juiz deve verificar, todavia, é se a norma, ao impor uma restrição, o faz no intuito de proteger outro direito fundamental, pois, caso contrário, se estará diante de uma limitação inconstitucional.

Essa tarefa judicial remonta, como constata Nery Júnior, à origem do devido processo legal substantivo (*substantive due process*), “que teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século

²⁶⁹ TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 154.

XVIII”²⁷¹. Ao judiciário, cumpre, nesse sentido, a tarefa de controlar as leis que não atendam ao interesse público ou, em termos amplos, controlar as leis que não atendam ao princípio da razoabilidade a que se vincula o legislador, hoje melhor caracterizado como princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso.

Assim, tem-se que legislativo e judiciário, cada um na função que lhes é peculiar, devem obediência ao princípio da proporcionalidade, sob pena de impor-se uma restrição a direito fundamental que não atenda ao *substantive due process*.

3.3.4 As limitações a direitos fundamentais e o controle abstrato de constitucionalidade

O que deve restar claro é que o juiz, além de vincular-se ao princípio da proporcionalidade ao aplicar a norma de concordância prática, deve cumprir uma tarefa interpretativa no sentido de saber se o legislador, ao estabelecer a norma restritiva, agiu com o escopo de proteger certo direito fundamental, realizando tarefa de concordância prática, ou se, desvinculado do princípio da proibição do excesso, estabeleceu norma, simplesmente, restritiva. Esse controle deve ocorrer sempre no caso concreto, pois é onde ocorrem, efetivamente, as colisões de direitos fundamentais.

Canotilho ressalta que “não existe (...) um padrão ou critério de solução de conflito de direito válido em termos gerais e abstratos. A ‘ponderação’ e/ou harmonização no caso concreto é (...) uma necessidade ineliminável”²⁷². Desse

²⁷⁰ TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 160.

²⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, p. 38.

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 647.

modo, a questão deve sempre se resolver quando da aplicação da norma pretensamente solucionadora da colisão, quando, neste caso, além de harmonizar o conflito, o magistrado, conseqüentemente, estará declarando tal norma válida para a solução do mesmo.

Todavia, como essa solução se dá, como foi visto, em uma relação de precedência condicionada, não necessariamente se estará declarando inconstitucional a norma que não se utiliza para o problema de colisão de direitos fundamentais. É que, evidentemente, além de analisar se a norma se presta à harmonização do conflito, o juiz deve verificar o *peso* de cada princípio colidente, que é definido pelo caso concreto, jamais numa equação abstrata formulada pelo legislador.

Aqui surge o problema do controle de constitucionalidade das leis limitadoras à concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, que, segundo Toledo Barros, constitui-se em delimitar a “liberdade de o legislador vir a modificar uma regulação de um instituto jurídico de direito, impondo um resultado que se afigura restritivo em relação à conformação inicial”²⁷³. Uma análise abstrata dessas normas, como muitas vezes se pretende mediante o ingresso no STF com as ADIn, constitui-se num modo temerário de o Judiciário controlar esse tipo de limitação (imaneente) ao exercício de direito fundamental.

Por não haver, no julgamento das ADIn, uma colisão concreta de direitos fundamentais, solucionando-se o “virtual” conflito de maneira abstrata, estar-se-á declarando que direitos fundamentais possuem maior *peso* que outros, ou melhor, que naquela harmonização abstrata formulada pelo legislador, como no caso da

²⁷³ TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 160.

antecipação de tutela, haverá sempre uma prevalência de um direito sobre o outro, pois lhe faltará o caso concretamente verificado, a fim de se estabelecer uma relação de precedência condicionada. Assim, indistintamente, um princípio terá sempre prevalência sobre o outro, o que acarreta dizer que, para aquele caso abstratamente formulado, determinado direito fundamental será *absoluto*.

Essa situação, de plano, percebe-se estar divorciada do princípio da proporcionalidade quando da aplicação de normas que, de algum modo, restringem direitos fundamentais. Nesse aspecto, torna-se curial transcrever as palavras de Zavascki, quando diz que “juízos definitivos sobre legitimidade da concessão ou da restrição à concessão de liminares certamente não dispensam o exame particular da colisão de direitos fundamentais concretamente verificada”²⁷⁴.

Para Zavascki, em princípio, a norma que estabelece restrições, em lei ordinária, à concessão de liminares antecipatórias, não é inconstitucional, desde que na formulação da norma sejam observados os subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo²⁷⁵. Ora, como se afirmou anteriormente, somente quando da aplicação da norma, restritiva ou harmonizadora, conforme seja o caso, restará demonstrada se na elaboração da norma restou obedecido o princípio da proporcionalidade. Não há como, em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, estabelecer se houve *conexão* entre *meios* e *fins*, pois faltará a colisão de direitos fundamentais a se harmonizar.

No julgamento de medida cautelar na ADIn nº 223-6, do Distrito Federal, que atacava a MP 173, de 18 de março de 1990, a qual vedava a concessão de

²⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações, p. 57.

²⁷⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações, p. 57.

medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das MPs números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 165, 167 e 168, sendo, antes de mais nada, uma restrição às *tutelas sumárias satisfativas*, essa questão foi muito bem analisada.

Da própria ementa do Acórdão, que negou a concessão da cautelar, extrai-se a afirmação no sentido de que

generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito da vedação da liminar da MP 173 (...) dificultam demarcar, em tese, (...) até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e, onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário²⁷⁶.

Essa generalidade e imprecisão, ressaltadas no julgamento, decorrem, evidentemente, da ausência de um conflito concreto em que se possa analisar o parâmetro de razoabilidade da norma restritiva.

Embora o STF tenha negado efeito suspensivo à referida MP, deixou consignado que o indeferimento do pedido não prejudica “o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”²⁷⁷.

Assim, negada a hipótese de controle abstrato das normas limitativas à concessão de antecipação de tutela²⁷⁸, a solução, conforme expôs o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto, será dada através do sistema difuso de controle

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento da suspensão liminar da Medida Provisória 173, de 18.03.1990, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6, do Distrito Federal. Partido Democrático Trabalhista – PDT e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 05 de abril de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF, Ementário nº 1587-1.

²⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6, Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo Brossard.

²⁷⁸ Apesar da ADIn contra a MP 173/90 se referir expressamente à cautelares e liminares em mandado de segurança, os fundamentos se aplicam perfeitamente quando se trate de antecipação de tutela, até porque, como se disse, a restrição visava às “cautelares antecipatórias”.

de constitucionalidade, porque, sendo um controle feito em cada caso concreto, a MP que restringiu a concessão de liminares estará sujeita a um exame da constitucionalidade pelo juiz da causa, “para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”²⁷⁹.

3.3.5 As limitações à antecipação de tutela e a interpretação conforme a Constituição

Essa noção de controle difuso de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, voltada para a solução em cada caso concreto, revela um aspecto fundamental da atividade do julgador: *a interpretação*. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei que restringe certo direito fundamental, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, como bem salienta Bonavides, “pode resultar sem dúvidas no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz, com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador”²⁸⁰.

Nesse contexto, dá-se especial ênfase à denominada técnica de *interpretação conforme a Constituição*. A finalidade da *interpretação conforme* “é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com

²⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6, Distrito Federal. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 388.

o texto constitucional”²⁸¹. A interpretação conforme a Constituição, todavia, só será possível quando a norma interpretada possa apresentar diversos significados, uns compatíveis com a Constituição e outros não²⁸².

No aspecto do controle difuso de constitucionalidade das normas limitadoras à concessão da antecipação de tutela, a *interpretação conforme* possibilita a preservação da norma restritiva, pois, agregada ao princípio da proporcionalidade quando da negativa em aplicar a norma a determinado caso concreto,

ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-lo, porquanto, na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor²⁸³.

Essa idéia de preservação do texto constitucional no controle difuso das normas restritivas de direitos fundamentais fica melhor evidenciada quando se analisam, especificamente, as normas que limitam a concessão da antecipação de tutela.

3.3.6 A vedação do § 2º do art. 273 do CPC e o princípio da proporcionalidade

²⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 44.

²⁸² Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 43. A *interpretação conforme a Constituição*, como técnica destinada a preservar a norma que admite diferentes interpretações, umas compatíveis e outras não compatíveis com a Constituição, embora, em regra, seja utilizada no controle abstrato de constitucionalidade, possuindo, desse modo, efeito vinculante, no caso da colisão de direitos fundamentais, destinar-se-á ao controle difuso de constitucionalidade. A preservação da norma ocorrerá através de interpretação a ser realizada no caso concreto, que, segundo a ponderação dos bens colidentes, julgou-se inconstitucional em determinada relação processual.

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 388.

A primeira restrição à concessão da antecipação de tutela genérica no processo civil brasileiro está prevista na própria disciplina do instituto jurídico-processual. O § 2º do art. 273 do CPC é enfático ao dispor que: “Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento²⁸⁴ antecipado.

Portanto, de uma interpretação literal do conteúdo da referida limitação, constata-se que, caso o juiz verifique que, de algum modo, a concessão da antecipação de tutela, mesmo que presentes os requisitos do *caput* do art. 273 e, alternativamente, dos incisos I e II do mesmo artigo, possa acarretar em impossibilidade de retorno ao *status quo ante* no momento da prolação da sentença, é vedado a ele conceder a medida antecipatória.

Na tarefa de conformação e/ou harmonização legislativa da colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, o legislador entendeu que, havendo o risco de irreversibilidade dos efeitos antecipados, a segurança jurídica terá prevalência em relação à efetividade do processo, em atendimento ao princípio do devido processo legal.

Ocorre que essa limitação não estabeleceu uma ponderação entre valores concretamente verificados, ou seja, criou uma restrição à otimização de determinado princípio – o da efetividade do processo – sem levar em consideração uma situação de valoração, ou de quantificação dos princípios em jogo, mediante uma relação de precedência condicionada.

Considerando a vedação através de uma hermenêutica literal e desvinculada do princípio da proporcionalidade, o juiz, tranqüilamente, enxergada

²⁸⁴ *Leia-se: efeitos do provimento.*

a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos que o autor da demanda requer sejam antecipados, não concederia a antecipação, acobertado pelo suposto “manto” de legalidade do § 2º do art. 273 do CPC.

Contudo, indeferir a antecipação de tutela, sem uma devida ponderação de bens ou valores, ou seja, *sem a aplicação do princípio da proporcionalidade*, seria declarar o caráter absoluto do direito fundamental da segurança jurídica, não em uma relação concreta de colisão, mas abstratamente, através de norma restritiva.

O § 2º do art. 273 do CPC, embora seja uma norma restritiva à concessão da antecipação de tutela, não escapa de um controle de constitucionalidade com apoio no princípio da proporcionalidade. Essa norma visa a impedir que a aplicação do instituto processual, ao invés de estabelecer uma concordância prática na colisão de direitos fundamentais, possa estabelecer um abuso no “poder geral de cautela” concedido aos juízes.

Não obstante, tal vedação seria despicienda, caso se levasse em conta que ao antecipar os efeitos da tutela, o juiz concedesse a medida sempre com o apoio nas três máximas, ou subprincípios, da proporcionalidade. No entanto, o legislador preferiu estabelecer expressamente essa restrição, que limita a efetividade do processo, quando ocorram circunstâncias em que segurança jurídica, caso seja antecipada a tutela, seja desprestigiada.

Tal previsão, em absoluto, impossibilita o exame de constitucionalidade da referida restrição, no caso concreto. Diante do que foi expressado, resta como corolário que a norma do § 2º do art. 273 do CPC só será válida e, conseqüentemente, aplicável, quando, na solução concreta de colisão, a segurança

jurídica tenha *prevalência* sobre a efetividade do processo, pela mera ponderação dos bens jurídicos colidentes (*aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade*).

O que o § 2º do art. 273 do CPC revela é que, quando há o perigo de irreversibilidade dos efeitos antecipados, a segurança jurídica poderá ser eliminada, ou pelo menos, ter um grau de otimização mínimo. Como a conformação do princípio colidente tem como limite o princípio que lhe é oposto na relação concreta de conflito, e considerando que nesse caso o princípio da segurança jurídica, diante de sua impossibilidade fática e jurídica de aplicação, no caso de irreversibilidade dos efeitos antecipados, será restringido ao ponto de sua quase total eliminação naquela relação processual, a possibilidade de harmonização da colisão, pela antecipação de tutela, será praticamente impossível, contudo não proibida.

O que se procura afirmar, com base no que já se expôs nos dois primeiros itens deste capítulo, é que, ao indeferir a concessão da antecipação de tutela, tendo em vista a possibilidade, perigo, ou evidência, de irreversibilidade dos efeitos da tutela, o juiz não o faz em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 273 do CPC, tão-somente. O indeferimento ocorre em razão de que, após uma análise de *necessidade, ponderação, e adequação*, entre meios e fins, percebe-se que o direito fundamental da efetividade do processo, especificamente naquela lide, possui menor *peso*.

Mesmo que não houvesse, na disciplina da antecipação de tutela, o disposto no § 2º do art. 273 do CPC, seria vedado ao juiz, na ocorrência de situação idêntica e na qual se verificasse ter maior prevalência o princípio da

segurança jurídica, por força do princípio da proporcionalidade, utilizar da antecipação de tutela (princípio da necessidade), pois, após uma ponderação (princípio da proporcionalidade em sentido estrito), a opção consistiria em proteger o princípio da segurança jurídica.

O mero indeferimento da antecipação de tutela, sem uma análise e ponderação dos princípios colidentes, com a simples remissão ao disposto no § 2º do art. 273 do CPC, pode acarretar em restrição a certos direitos fundamentais que, notadamente, quando em colisão com outro, em determinado caso concreto, possui uma maior prevalência.

Nesse sentido, Zavascki salienta que, em casos extremos, a colisão de direitos é tão profunda “que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro (...). Em casos dessa natureza um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas”²⁸⁵. Assevera, finalmente, que “caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito”²⁸⁶.

Essa prevalência, como exaustivamente tem-se colocado, corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade na harmonização do conflito. Assim, o juiz deve verificar se, na hipótese de concessão da antecipação de tutela, a aplicação do § 2º do art. 273 do CPC atende à máxima da proporcionalidade, e, da mesma forma, ao conceder a antecipação, deve atentar para o referido princípio constitucional.

²⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 101.

Saliente-se que, embora por vezes transpareça a idéia de que a ponderação dos bens colidentes pelo juiz só ocorra quando haja o perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação, o princípio da proporcionalidade, ao contrário, deve ser aplicado, obrigatoriamente, em quaisquer espécies de medidas antecipatórias, pois figurará como principal limitação ao “poder discricionário” do juiz em conceder a medida.

A não aplicação do § 2º do art. 273 do CPC, embora ocorra a hipótese nele descrita, não configura, em absoluto, a declaração de sua inconstitucionalidade, nos moldes habituais do controle difuso de constitucionalidade.

Ao contrário, a norma que se deixou de aplicar, mediante uma interpretação conforme a Constituição, sempre no controle difuso, pois no direito possui efeito vinculante, resta, por força de uma interpretação sistemática da Constituição, incompatível com os princípios nela contidos, naquela situação concreta de colisão verificada. Assim, não se está desprestigiando o legislador infraconstitucional, apenas aplicando o princípio da proibição do excesso na sua tarefa de conformação legislativa.

3.3.7 As limitações à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública e o princípio da proporcionalidade

O *grupo* em que incide a restrição do § 2º do art. 273 do CPC, conforme a titularidade dos direitos e a natureza dos bens em conflito, corresponde ao da

²⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, p. 101-102.

colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais. No entanto, há outro *grupo*, em que neste incide as limitações à concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, que consiste na colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado²⁸⁷.

Os bens jurídicos da comunidade e do Estado, aos quais Canotilho alude como *referência comunitária dos direitos fundamentais*²⁸⁸, ou seja, os direitos fundamentais a que foi constitucionalmente conferido o caráter de “bens da comunidade”, não se tratam “de qualquer ‘valor’, ‘interesse’, ‘exigência’, ‘imperativo’ da comunidade, mas sim um bem jurídico”²⁸⁹ valioso, e constitucionalmente garantido.

Assim, na esteira de Canotilho, a incidência das limitações à concessão de antecipação de tutela em face de Fazenda Pública, num exame superficial de constitucionalidade, só serão válidas, ou legítimas, quando verificada, antes de mais nada, uma colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Não sendo este o caso, tais normas restritivas não possuem aplicação, restando como limitação as normas infraconstitucionais que se dirigem à hipótese de colisão de direitos fundamentais individuais, não obstante a Fazenda Pública figurar num dos pólos da ação.

Estabelecida essa premissa inicial, as normas específicas de limitação à concessão de antecipação de tutela, e de liminar em mandado de segurança, em face da Fazenda Pública, quando analisadas à luz do princípio da proporcionalidade, só podem ingressar em uma relação de precedência

²⁸⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 643.

²⁸⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 644.

condicionada com direitos fundamentais individuais no caso de colisão com *bens jurídicos da comunidade*.

As limitações em face da Fazenda Pública, mesmo em se tratando de bens jurídicos da comunidade, da mesma forma que a norma do § 2º do art. 273 do CPC, não estabelecem uma prevalência absoluta desses bens jurídicos comunitários, quando em colisão com direitos fundamentais individuais. Ao contrário, estão sujeitas à estrita observância do princípio da proporcionalidade, atendidas as peculiaridades pertinentes à Fazenda Pública.

Canotilho alerta para o fato de que, principalmente quando se trate de restrições relativas a interesse coletivo, a questão, como se percebe, apresenta problemas complexos “em sede de controle concreto de constitucionalidade, se se interpretar a ‘necessidade’, a ‘adequação’ e a ‘proporcionalidade’ da medida legal restritiva como uma questão de ‘mérito político’ situada no âmbito de liberdade de conformação do legislador”²⁹⁰.

Finalmente, cumpre observar que a análise do controle material da restrição à limitação à concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, ou seja, se foi atendida a conexão entre meio e fim na elaboração da restrição legal, conforme o roteiro²⁹¹ sugerido por Canotilho, e didaticamente reproduzido²⁹² por Toledo Barros, dá-se da seguinte forma:

1ª Etapa - constatação de que se cuida de uma autêntica restrição de direito fundamental: nessa primeira etapa, o julgador deve verificar se a restrição refere-

²⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 644.

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 618.

²⁹¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 628.

se a um direito fundamental, bem como se não se trata de lei que, com o propósito de harmonizar direitos em conflito, acabe por restringir outro direito fundamental.

2ª Etapa – verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição: cuida-se averiguar se se trata de *limites imanes*.

3ª Etapa – comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade: cabe, neste momento, verificar a conexão entre meio e fim de que se ocupou o legislador (princípio da adequação); se existe outra medida igualmente eficaz que provoque menos dano ao direito da outra parte (princípio da necessidade), e, finalmente, se o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com o bem jurídico que se pretende salvaguardar (princípio da proporcionalidade em estrito).

²⁹² Cf. TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 180-181.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do processo de elaboração do presente trabalho se podem extrair algumas conclusões:

1. A expansão das tutelas ou provimentos de urgência no ordenamento jurídico brasileiro se deve às seguintes circunstâncias: a) busca de uma efetiva tutela jurisdicional, sem que, contudo, existisse um processo de conhecimento capaz de conjugar cognição e execução em um único procedimento; b) importância dada à tutela cautelar, com a destinação de um dos livros do CPC ao processo cautelar; e, principalmente, c) garantia da proteção à ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF)

2. É lícito ao juiz utilizar-se da técnica da cognição sumária, a fim de proteger não só o processo, mas o bem da vida ameaçado, com a consequente prestação da tutela jurisdicional provisória.

3. A contraposição entre provisoriedade e definitividade do provimento jurisdicional situa-se, somente, no plano das normas jurídicas, não se estendendo aos seus efeitos no plano social.

4. As medidas antecipatórias, embora provisórias, satisfazem (realizam) o direito da parte, não havendo como contrapor a provisoriedade da tutela satisfativa com a definitividade do próprio provimento que a concedeu.

5. A distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória pode se dar segundo o resultado da atividade jurisdicional. Caso a medida produza uma

simples “segurança-da-execução”, se trata de tutela cautelar; se, ao contrário, a medida produzir uma simples “execução-para-segurança”, se estará tratando de antecipação de tutela.

6. As medidas antecipatórias realizam o direito objeto da tutela definitiva, e produzem situações fáticas idênticas a que se obteria com tal provimento.

7. A antecipação de tutela não está a proteger o direito enquanto realidade normativa, visto que a sentença, em qualquer circunstância, produz essa realidade.

8. Na tutela cautelar não há realização prática do direito, mas simples tutela que visa a assegurar que esse direito, quando da prestação da tutela jurisdicional definitiva, possua efetiva realização prática.

9. Se do conteúdo da decisão definitiva se possa extrair algum efeito fático, qual seja, efeito executivo ou mandamental, único capaz de provocar alteração no estado de fato das coisas, o provimento de mérito poderá ser antecipado.

10. O provimento que concede a liminar em mandado de segurança possui natureza antecipatória, daí porque não se concebe mais seja indeferida sob a alegação de *satisfatividade* da medida.

11. A ausência de norma específica que autorizasse a satisfação provisória dos efeitos da tutela ensejou a concessão de medidas que, sob o *rótulo* de cautelares, satisfaziam a pretensão da parte demandante.

12. As medidas cautelares, quando possuem o caráter de satisfatividade, além deste, assumem o de definitividade, pois determinam conseqüências que somente poderão ser reparadas por meio de outra ação.

13. Os efeitos das tutelas sumárias satisfativas (cautelares-satisfativas) são irreversíveis por serem definitivos.

14. A irreversibilidade da tutela sumária satisfativa está ligada ao encerramento de uma “lide parcial”, e não aos próprios efeitos da tutela.

15. A norma que melhor representa a limitação legal à concessão de tutelas sumárias satisfativas contra a Fazenda Pública é a da Lei 8.437/92. Esta visa a coibir as denominadas “cautelares satisfativas”, que se constituem em medidas satisfativas, via procedimento cautelar.

16. A vedação do § 2º do art. 273 do CPC refere-se à *irreversibilidade dos efeitos fáticos antecipados*.

17. A antecipação de tutela, por influir apenas no plano dos fatos, permite a satisfação fática do direito em litígio. A tutela definitiva, a seu turno, realiza o direito não só no plano dos fatos, como também no plano jurídico, pela força da coisa julgada material.

18. Quando se diz que a antecipação de tutela, ao satisfazer, produz efeitos fáticos irreversíveis, refere-se aos efeitos obtidos até o momento da sentença. Esses efeitos jamais serão revertidos. A reversão dos efeitos deve se dar a partir da sentença.

19. Os princípios são *mandamentos de otimização*, ou seja, são normas que podem ser cumpridas na maior medida do possível, e em diferentes graus,

sempre de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras, a seu turno, são normas que podem ou não ser cumpridas.

20. Os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Havendo colisão de princípios, a solução se dá mediante a ponderação e/ou concordância prática entre os princípios colidentes, de acordo com o “peso” de cada um deles, que será verificado sempre no caso concreto.

21. O âmbito das possibilidades jurídicas de aplicação de determinado princípio será sempre determinado pelos princípios e regras opostos

22. A solução da colisão de princípios consiste em estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*.

23. Os princípios determinam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto.

24. Os princípios são *razões prima facie*, e as regras são *razões definitivas*. O caminho que o princípio deve percorrer, de uma razão *prima facie*, para um direito *definitivo*, é o da relação de precedência.

25. O princípio da proporcionalidade surgiu como instrumento de harmonização das limitações a direitos e garantias fundamentais, numa relação de ponderação e adequação entre fins e meios, no intuito de controlar-se eventuais excessos.

26. Entre a autorização da Constituição para criarem-se leis restritivas de direitos fundamentais, e o exercício do poder discricionário do legislador em

restringir normas de direito fundamental, deve existir uma inequívoca conexão material de *meios e fins*.

27. De acordo com o princípio da adequação, a medida restritiva deve ser, no âmbito das possibilidades fáticas, a mais adequada para obtenção de determinado fim exigido por uma norma de direito fundamental. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à ponderação entre meios e fins decorrentes da aplicação, no âmbito das possibilidades fáticas, dos princípios da adequação e da necessidade. Todavia, sua aplicação se dá no âmbito das possibilidades jurídicas.

28. Os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica são concretizados no processo e, nele, ocorrem as colisões, que impõem restrições e limitações, a fim de se possibilitar a coexistência prática e concreta entre eles.

29. O tempo de duração do processo é o elemento que provoca a colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica.

30. Quando há colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica, o juiz deve utilizar a tutela cautelar ou a antecipação de tutela, a fim de garantir o equilíbrio das partes no processo, através da harmonização da colisão de princípios, verificada no caso concreto.

31. Ao proceder a antecipação da tutela, o juiz deverá buscar, a harmonização que possibilite uma maior otimização do princípio da efetividade do processo, e que, conseqüentemente, afete o menos possível o princípio da segurança jurídica.

32. A possibilidade de antecipação total ou parcial não reside unicamente no âmbito de discricionariedade judicial, porquanto está limitada pelo princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*).

33. O princípio da necessidade apenas permite a antecipação parcial da tutela e proíbe a antecipação total. Todavia, a escolha por uma das duas medidas é uma questão de ponderação, e não de necessidade.

34. As normas que restringem a concessão de antecipação de tutela são *limitações iminentes*.

35. Uma limitação imanente a um direito fundamental só é válida quando tenha como fim precípua a proteção de outros direitos, liberdades e garantias, que têm seu exercício impedido por força de uma colisão de direitos fundamentais.

36. Somente quando da análise concreta da situação de colisão é que a restrição imanente ao direito fundamental se mostrará razoável ou, ao contrário, inconstitucional.

37. Não há como, em sede de controle abstrato de inconstitucionalidade, estabelecer se houve *conexão* entre *meios* e *fins* na elaboração da norma de concordância prática, pois faltará a colisão de direitos fundamentais a se harmonizar. A solução será dada através do sistema difuso de controle de constitucionalidade, com a análise do caso concreto, através da técnica da interpretação conforme a Constituição.

38. A norma do § 2º do art. 273 do CPC não estabeleceu uma ponderação entre valores concretamente verificados. Tal norma será válida e, conseqüentemente, aplicável, quando, na solução concreta de colisão, a segurança jurídica tenha *prevalência* sobre a efetividade do processo, pela mera ponderação

dos bens jurídicos colidentes (*aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade*).

39. Ao indeferir a concessão da antecipação de tutela, o juiz não o faz, tão-somente, em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 273 do CPC. O indeferimento ocorre em razão de que, após uma análise de *necessidade*, *ponderação*, e *adequação*, entre meios e fins, percebe-se que o direito fundamental da efetividade do processo possui menor *peso*.

40. A incidência das limitações à concessão de antecipação de tutela em face de Fazenda Pública só serão válidas quando verificada uma colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

41. As limitações em face da Fazenda Pública, mesmo em se tratando de bens jurídicos da comunidade, não estabelecem uma prevalência absoluta desses bens jurídicos comunitários, quando em colisão com direitos fundamentais individuais. Ao contrário, estão sujeitas à estrita observância do princípio da proporcionalidade, atendidas as peculiaridades pertinentes à Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 p.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1, 579 p.

_____. Ovídio A. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2, 477 p.

_____. Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3, 456 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755 p.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Forense, v.56, p. 43-52. 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento da suspensão liminar da Medida Provisória 173, de 18.03.1990, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº223-6, do Distrito Federal. Partido Democrático Trabalhista – PDT e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 05 de abril de 1990. Serviço de Jurisprudência do STF, Ementário nº 1587-1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 358 p.

DENIZE STUMM, Raquel. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 113-175.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 61-83.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1980. Tomo I, 470 p.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. 151 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. 124 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 765 p.

_____. **Mandado de segurança e ação popular**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 142 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 804 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 3007 p.

_____. Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 248 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo 1, 371 p.

SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, p. 79-91. maio. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1, 729 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.2, 678 p.

_____. Humberto. Efeito suspensivo: o processo contemporâneo é um processo de resultado, acima de tudo. **Revista Consulex**, n. 99, p. 30-34, fev. 2001.

TOLEDO DE BARROS, Suzana. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224 p.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37-97.

_____. Teresa Arruda Alvim (coord). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 81-104.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 136 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. 227p.

_____. Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, p. 49-58. Maio. 1999.