

A antecipação da tutela na sistemática do Código de Processo Civil

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Configuração legal da antecipação da tutela.* 3. *Aspectos processuais da tutela antecipada.* 4. *Natureza jurídica da tutela antecipatória e da medida cautelar. Distinção essencial e inconfundível.* 5. *A antecipação da tutela na Justiça Federal.* 6. *A antecipação da tutela específica nas vias de controle de constitucionalidade.* 7. *Considerações finais.*

1. INTRODUÇÃO

Merecem destaque, à guisa de introdução do tema, as palavras sábias e oportunas do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Presidente da Escola Nacional da Magistratura, em prol de “Um Novo Processo, Uma Nova Justiça”, nestas letras:

“Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe-nos, a todos nós, missão relevante, árdua, mas grandiosa e bela.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e res-

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal Titular da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Professor Titular de Processo Civil da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF.

Palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 8.3.96, durante o Seminário sobre a *Reforma do Código de Processo Civil*, sob a coordenação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

ponsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está nele a confiar e reclama sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da Justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.”¹

O processo busca, assim, novos procedimentos, que realizem, efetivamente, a Justiça, no Estado social democrático.

A técnica da antecipação da tutela se apresenta, nesse contexto, como instrumento eficaz de um processo justo, no disciplinamento que, ora, dá-lhe a nossa legislação processual civil.

2. CONFIGURAÇÃO LEGAL DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A doutrina italiana tem sustentado a necessidade de instalação, nos sistemas de direito positivo, da *tutela giurisdizionale differenziata*², no que se tem afinado a processualística moderna.

Na observação de Nelson Nery Júnior,

¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 26-27.

² PISANI, Andréa Proto. Sulla Tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, v. 39, p. 336-591, 1979.

“essas tutelas podem ser concebidas com a criação de instrumentos mais efetivos à solução da lide ou com mecanismos de aplicação da prestação jurisdicional. Exemplo da primeira hipótese são o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, a ação civil pública (CF 129 e LACP 1º), a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, espécie de *class action for damages* (CDC 81, parágrafo único, III e 91 ss). Exemplo da segunda hipótese são os juizados especiais de pequenas causas (Lei nº 7.244/84) e tutela antecipatória, instituída pelo CPC 273 e 461, §3º, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94.”³

De registrar-se ainda que no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre (RS), em julho de 1983, várias proposições foram apresentadas, nesse sentido, destacando-se a do Prof. Ovídio Baptista, no sentido de se criar um parágrafo único ao artigo 285 do CPC, para a instituição de medida liminar antecipatória dos efeitos do provimento de mérito, *in verbis*:

Art. 285 Parágrafo único: “Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência”.

No anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil, publicado no *Diário Oficial* da União de 24.12.85, a antecipação da tutela (Título IV, arts. 889-E a 889-G) figurava ao lado do processo cautelar (Título II, arts. 796 a 889), como espécies do processo de cognição sumária.

Com advento da Lei nº 8.952, de 13.12.94, com vigência após sessenta dias de sua publicação, inaugurou-se na sistemática do processo civil brasileiro a *antecipação da tutela* no plano geral do processo de conhecimento (CPC, arts. 273, incisos I e II e parágrafos 1º a 5º) e a específica (CPC, art. 461, parágrafos 1º a 5º).

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA ANTECIPADA

O artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 8.952, de

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o*

13.12.94, assim se expressa:

“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. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

O comando do artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a antecipar a tutela, quando verificar, nos autos, a existência de prova inequívoca, a convencê-lo da verossimilhança da alegação do autor do pedido.

Prova inequívoca e verossimilhança da alegação se apresentam no campo da percepção intelectual como expressões aparentemente antagônicas.

Rangel Dinamarco, que nesta seara é mestre de todos nós, explica, com rigor científico, que

“a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque *prova inequívoca* é prova tão robusta que não permite equívoco ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. *Convercer-se da verossimilhança*, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática *pode* ser como a descreve o autor.

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca e convencer-se da verossi-*

milhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual, na mente do observador, os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar.”⁴

Ao requerer a tutela antecipada, o autor poderá juntar, nos autos, prova documental, testemunhal e pericial, anteriormente colhidas e documentadas, em processo regular, bem como pareceres técnicos de especialistas.

Observe-se, também, a despeito das opiniões contrárias, que a garantia processual da tutela antecipatória não deverá ser alçada a um privilégio exclusivo do autor da demanda, em face do princípio da isonomia de tratamento das partes, no processo, que há de se revelar, nessa relação, como um *instrumento justo da composição da lide*, beneficiando sempre quem demonstra ser o titular do direito (autor ou réu).

Exemplifica-se, no ponto, com a sistemática das ações possessórias, onde “é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor” (CPC, art. 922).

Veja-se, assim, na expressão “pedido inicial”, contida no *caput* do art. 273, um signi-

Processo Civil: A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 46.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143.

ficado amplo e abrangente de ambas as partes, até mesmo porque, na antecipação dos efeitos da tutela – diz a lei – o juiz atenderá “requerimento da parte” (autor ou réu).

A todo modo, ao juiz é vedado conceder a medida de *ofício*.

Na concessão da medida, o juiz pode decidir aquém do pedido, mas nunca deve fazê-lo *ultra* ou *extra petita*.

Quando a lei diz que *o juiz poderá* antecipar a tutela pedida, veja-se, ali, o *poder-dever* do juiz concedê-la, obrigatoriamente, se estiverem presentes os pressupostos legais, necessários a seu livre convencimento.

A decisão judicial, que nega ou concede a tutela antecipada, é de natureza interlocutória, agravável de instrumento, perante o tribunal competente (CPC, arts. 522 e 524, com a redação da Lei nº 9.139, de 30.11.95, com vigência a partir de 30.1.96), sendo incabível, na espécie, o agravo retido, por se afugurar inócuo.

O disposto no parágrafo 5º do art. 273 do Código de Processo Civil mostra, com clareza, que a decisão da tutela antecipada (de natureza interlocutória) não se confunde com a que encerra o processo (sentença de mérito) com julgamento antecipado da lide.

Se a concessão da tutela antecipada pode ocorrer, em qualquer fase do processo, perante o juiz singular ou o tribunal competente, a revogação ou modificação da medida poderá ser feita, também, em qualquer tempo, por decisão interlocutória, pelo próprio juízo que a conceder, ou mesmo, no tribunal, no acórdão de natureza interlocutória que decidir o recurso de agravo contra ela interposto, revelando, assim, a natureza provisória e precária da medida.

Diante da norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, afiguram-se de simples reforço os dispositivos legais que exigem fundamentação expressa da decisão que concede, denega, revoga ou modifica a tutela antecipada (CPC, art. 273, §§ 1º e 4º).

A lei diz que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, os princípios que regem a execução provisória da sentença, sem necessidade da caução garantidora à reparação de eventuais danos causados à parte contrária, com a concessão da medida (CPC, art. 273, § 3º); vale dizer, não abrange atos que importem alienação do domínio, nem permite, ainda assim, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito,

sobrevindo decisão que a revogue.

Mesmo que não se faça referência, no texto legal, à norma do inciso I do artigo 588 do Código de Processo Civil, a responsabilidade objetiva do autor da medida, por eventuais danos que venha a causar à parte adversa, não fica afastada, na espécie, diante da inteligência sistêmica dos artigos 574 e 811 do Código de Processo Civil.

A propósito da inteligência da norma proibitiva da antecipação da tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º), merecem destaque as observações oportunas do eminente processualista Teori Albino Zavascki, ao expressar que

“antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nesses casos, o prosseguimento do próprio processo. O princípio vale não apenas para a concessão como também para a execução da medida antecipatória; mesmo quando se tratar de provimento por natureza *reversível*, o dever de salvaguardar o *núcleo essencial* do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao *status quo ante* não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado, da esfera do autor para a do réu.”⁵

Pondera, de outro lado, com inegável acerto, o ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni que

“o princípio da probabilidade não pode desconsiderar a necessidade de ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível do réu. Definir, na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando ela pode trazer prejuízos irrever-

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

síveis ao réu impediria a consideração das particularidades do ‘caso concreto’ e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada.”⁶

As duas interpretações, a rigor, complementam-se, na busca de uma aplicação justa da figura legal em comento.

Registre-se, por último, que o pedido de antecipação da tutela assecuratória, prevista no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, no bojo de uma ação intentada contra a Fazenda Pública, que envolva sentença condenatória de cumprimento de obrigação líquida de dar dinheiro, resta prejudicado pelo óbice absurdo do precatório, ainda previsto, injustamente, no artigo 100, §§ 1º e 2º da Constituição Federal.

4. NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA E DA MEDIDA CAUTELAR. DISTINÇÃO ESSENCIAL E INCONFUNDÍVEL

Fulcrada no princípio da *efetividade do processo*, a *antecipação da tutela* surge, na sistemática do processo civil vigente, como exigência imperiosa do princípio da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Na feliz expressão do eminente processualista Nelson Nery Júnior,

“tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. (...) A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela caute-

lar porque não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, art. 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).”⁷

5. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA JUSTIÇA FEDERAL

Com exceção das hipóteses das garantias instrumentais efetivas do mandado de segurança (individual e coletivo), do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação popular e da ação civil pública, que já comportam a técnica da antecipação da tutela, com inegável sucesso, tal figura encontra, no raio de competência jurisdicional da Justiça Federal, um espaço de difícil realização nas ações intentadas contra a Fazenda Pública, que veiculam pretensão condenatória de pagamento em dinheiro (mesmo que o crédito seja de natureza alimentar – Súmula nº 4 do TRF/1ª Região), pelo domínio dos privilégios da União Federal e de seus entes autárquicos (CF, art. 100, §§ 1º e 2º), no âmbito dessa competência (CF, arts. 108 e 109).

Tome-se, ainda, como exemplo, a hipótese do artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, que prevê a tutela antecipatória punitiva quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na lição de Guilherme Marinoni,

“é possível a antecipação, com base no inciso II do art. 273, quando: (a) os fatos constitutivos do direito do autor estão provados e a exceção substancial indireta é infundada; (b) não é contestada parcela do direito afirmado; e (c) o recurso remexe em matéria de fato e carece, à evidência, de seriedade, ou quando o recurso trata de matéria de direito devidamente pacificada no Tribunal”,

advertindo-nos de que “a antecipação no caso

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 114.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 52.

de 'abuso de direito de defesa', na verdade, tem certo parentesco com o *référé provision* do direito francês. Através da *provision* é possível a antecipação quando *l'obligation ne soit pas sérieusement contestable* ("a obrigação não é seriamente contestável", arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil Francês).⁸

Ora, a experiência forense, no âmbito da Justiça Federal, tem revelado o constante abuso do direito de defesa da União, de suas autarquias e das entidades fundacionais, quer através de razões infundadas, de respostas diretas e indiretas, desgarradas da realidade dos autos, quer mediante contestações e recursos, repetitivos e enfadonhos, que versam sobre matéria jurídica totalmente resolvida e pacificada na jurisprudência terminal de nossos tribunais.

Somam-se a esse abuso informal os privilégios fazendários e do Ministério Público, que ainda figuram na legislação processual, quanto a prazos para contestar (quádruplo) e para recorrer (dobro) (CPC, art. 188), devendo ser intimada a União Federal, através de seus advogados e procuradores, pessoalmente, sob pena de nulidade dos atos praticados, em evidente lesão aos princípios da isonomia das partes, da efetividade justa do processo e da rápida solução do litígio (CPC, art. 125, I e II).

De notar-se, por último, que os representantes legais dessas pessoas públicas se utilizam, por "dever de ofício", de todos os recursos previstos na sistemática processual vigente (e são muitos), em manifesto propósito protelatório, que fere fundo o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

O abuso legal desses privilégios se agrava ainda mais quando a União perde a demanda, pois, nesse caso, a sentença do juiz só produzirá efeito depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, inciso II).

Esgotadas as vias recursais ordinárias, especial e extraordinária, se a Fazenda Pública for condenada a cumprir obrigação de dar dinheiro, a parte vencedora haverá de submeter-se à *via crucis* do instrumento moroso e injusto do precatório (CF, art. 100, §§ 1º e 2º c/c o art. 730, incisos I e II do CPC), ante o privilégio legal da impenhorabilidade dos bens públicos, não se admitindo, na espécie, a execução provisória da sentença, prevista no art. 588, incisos I a III, do CPC.

De resto, antes do pagamento final, através

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 66-113.

do precatório (principal e complementares), o vencedor terá de remover o círculo vicioso que se instalou, agora, no processo de execução de sentença contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 604 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 8.898, de 20.6.94, considerando que a Fazenda vem embargando, sistematicamente, todas as execuções dessa espécie, que se lhe apresentem, com repetição de todos os recursos possíveis, no processo de embargos, cuja sentença final, com trânsito em julgado, poderá se submeter, novamente, a idêntica *via crucis* processual, sem perspectiva, a *médio* ou *longo prazo*, de uma finalização da causa.

Como se vê, a técnica processual da antecipação da tutela, preconizada no artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil, encontra óbices legais, intransponíveis, na sistemática processual civil, em vigor, e no próprio texto constitucional (CF, art. 100, §§ 1º e 2º), quando a Fazenda Pública (União, suas autarquias e fundações públicas) figura, como promovida, na relação processual. Se a Fazenda for autora do pedido da tutela antecipada, inexistente, evidentemente, qualquer óbice, desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão, afirmando-se, ainda, assim, a quebra do equilíbrio das partes no processo.

O nosso Código de Processo Civil, ao tratar da tutela específica, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94, determina:

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" (art. 461, *caput*).

"A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente" (art. 461, § 1º).

"A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa" (art. 287) - (art. 461, § 2º).

"Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em deci-

são fundamentada.” (art. 461, § 3º).

“O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (art. 461, § 4º).

“Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial” (art. 461, § 5º).

A dimensão da tutela específica e da assecuratória, aqui previstas, ilumina-se no ensinamento do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, neste enfoque:

“Oriundo do Código de Defesa do Consumidor, deve o art. 461 do Código de Processo Civil ser interpretado em sistema com o art. 83 daquele, segundo o qual (*mutatis mutandis*) *todas as espécies de ação são admissíveis para a tutela jurisdicional nas obrigações de fazer ou de não fazer*. Esse preceito não está escrito no Código de Processo Civil, mas resulta claramente do seu sistema e da regra de adequação entre os provimentos jurisdicionais existentes e as situações de direito material a serem providas. Falar em *todas as espécies de ações* significa incluir as espécies de tutela que se obtêm no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória) e também a tutela executiva e a cautelar. O art. 461 situa-se no livro do *processo de conhecimento* e precisamente no capítulo da *sentença e da coisa julgada*, mas isso não afasta a influência que terá na *tutela executiva* relacionada às obrigações de fazer ou de não fazer. Para Ada Pellegrini Grinover, o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor abre caminho inclusive às *ações mandamentais*, o que estaria evidenciado de modo especial nos §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil.”⁹

Nesse contexto amplo, possibilita-se a aplicação da tutela específica ou assecuratória, em qualquer processo, onde figure a Fazenda Pública como autora, ré, assistente ou oponente, observando-se os pressupostos legais para sua concessão.

De ver-se que a tutela específica, em caráter liminar, como está prevista no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, identifica-se, em seus pressupostos, como aquela inserida no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, com força mandamental, superando esta pela garantia assecuratória da multa coercitiva (“chicote jurídico”), aplicável até mesmo, *de ofício*, conforme está expresso no parágrafo 4º do aludido art. 461 do Código de Processo Civil.

Há de observar-se, no ponto, que as obrigações de fazer ou de não fazer da Fazenda Pública são de natureza personalíssima, no sentido de que somente devem ser cumpridas pelo agente público, investido da competência legal para tanto, no que se identificam com as obrigações de natureza infungível.

Diante de atividades ilegais e abusivas e de constantes omissões da Administração Pública, a lesar direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, existe, agora, em nosso ordenamento jurídico-processual, a figura instrumental e eficaz da tutela específica.

Inúmeras são as ações que tramitam, no foro da Justiça Federal, a revelar pretensões que têm por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer do Poder Público, através de seus agentes (v.g. ações que visam o cumprimento da obrigação constitucional e legal de fazer o reajuste de proventos do aposentado em valor não inferior ao salário mínimo), a merecer a tutela específica, quando se façam presentes os pressupostos legais.

Partindo do suposto de que a tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar (que tem livre trânsito, *sem caráter satisfativo*, em todas as instâncias judiciais, uma vez observados seus pressupostos legais), entendo ser admissível a tutela específica contra a Fazenda Pública, também, no curso da ação rescisória, a despeito da norma do art. 489 do Código de Processo Civil.

6. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA, NAS VIAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se a Corte Suprema está expressamente autorizada, na Constituição Federal, a processar e

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 152.

julgar medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, *p*), penso inexistir, no sistema, qualquer óbice que a de-sautorize a decidir sobre pedido de antecipação de tutela específica, em ações dessa natureza, ainda que as figuras, como já visto, não se confundam.

No procedimento do controle difuso de constitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482), fulcrado na doutrina de Marshall (1803), com a recomendação de que o juiz ao aplicar as leis na solução dos conflitos, deve antes verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis (prestigiando, sobremodo, a figura do *juiz natural*), já se buscam mecanismos legais que garantam uma prestação jurisdicional célere e justa, a não se permitir o fenômeno da pulverização de julgados, em matéria constitucional, com o congestionamento incontrolável dos tribunais do País e do próprio Supremo Tribunal, como guardião máximo da Constituição (CF, art. 102, *caput*).

A morosidade e a insegurança jurídica, que resultam desse sistema, com prejuízo sensível à cidadania e às liberdades públicas, diante das decisões contraditórias dos tribunais, em matéria constitucional, a se afrontarem com a crescente pleto de feitos, que se multiplicam, em busca de uma solução definitiva para a questão constitucional, que é entregue, quase sempre, tardiamente, pela Corte Suprema (v.g. bloqueio dos cruzados, no governo Collor), vêm de reclamar, com urgência, o aprimoramento do sistema (não a sua eliminação, como pretendem alguns), através de mecanismos que devolvam, com rapidez e eficiência, a matéria constitucional ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que nos defina, com presteza, a inteligência da Constituição, em termos absolutos, com força vinculante e efeitos *erga omnes*.

Nesse contexto, a utilização efetiva da antecipação da tutela específica, pelos interessados, poderá contribuir como instrumento valioso na solução do problema da morosidade da Justiça no Brasil.

Impõe-se, nesse particular, *de lege ferenda*, a seguinte sugestão:

Por se tratar de questão de ordem pública, a argüição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, *incidenter tantum*, deverá ser suscitada, também, *de ofício*, por qualquer juiz, ao dar o voto na Turma, Câma-

ra ou grupo de Câmaras, a exemplo do que ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência nos tribunais (CPC, art. 476, *caput*).

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pela maioria absoluta dos membros que integram o tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial (CF, art. 97), essa decisão, após o transcurso do prazo para embargos de declaração (único recurso cabível, na espécie) deverá ser remetida *ex officio* (remessa oficial), sem prejuízo do recurso voluntário-extraordinário (CF, art. 102, inciso III, alíneas *a, b e c*) à Suprema Corte, que a confirmará ou a reformará, *in totum* ou *em parte*, fixando a inteligência da matéria constitucional, a ser seguida, obrigatoriamente, por todos, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Pacificada a questão constitucional pelo guardião supremo da Constituição, e submetidos os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário a essa decisão extrema, teremos resgatado os *princípios fundamentais da segurança jurídica e da efetividade* da jurisdição, com prestígio do livre acesso à Justiça, que, já desafogada dos milhares de feitos repetitivos, tornar-se-á mais célere, sábia, justa e eficaz.

Nesse ponto, queda-se obsoleta a tese da advocatária, de colorido fascista, uniformizando-se os efeitos do sistema concentrado com os do sistema difuso, a introduzir, no País, a doutrina do *stare-decisis*, com as características próprias de nossa cultura equatorial, em busca de rápidas soluções de Justiça.

Na dinâmica do novo sistema de controle de constitucionalidade, o Senado Federal não mais entraria em cena, com sua resolução formal, para a retirada do ordenamento jurídico da lei imprestável, porque a decisão do Alto Pretório já teria esse efeito por si só.

De alguma forma, já caminhamos nos atalhos da dinâmica jurisprudencial para o reconhecimento do almejado sistema, inaugurando-se, em nossos tribunais regionais federais, o instrumento corretivo da ação rescisória, em matéria constitucional, sem os entraves das Súmulas n^{os} 343/STF e 143/TFR, a estabelecer-se, na seara da jurisprudência, um fenômeno curial de eficácia plena das decisões de mérito da Suprema Corte, em sede constitucional, que ousou denominar de “controle difuso-póstumo de constitucionalidade de leis ou de atos normativos do Poder Público”.

Cristaliza-se esse controle através do ins-

trumento processual da ação rescisória, excepcional, com base no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, por *violação literal de disposição de nossa Lei Fundamental*, conforme se vê do seguinte julgado:

“*CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSIBILIDADE, SEM INTERFERÊNCIA DA SÚMULA Nº 343/STF. VIOLAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL (CPC, ART. 485, V) – JUDICIUM RESCINDENS: INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES (LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I). – JUDICIUM RESCISORIUM: PROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA:*”

I – *Judicium Resciciens*: No Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a Constituição materializa, em seus preceitos. Não há ato jurídico perfeito nem coisa julgada em afronta à Constituição, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos, ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*). Se o julgado rescindendo amparou-se em texto legal absolutamente nulo, por violar a Constituição Federal, *admitte-se a ação rescisória*, com base no artigo 485, inciso V, do CPC, sem interferência da Súmula nº 343/STF, na espécie.

II – *Judicium Rescindens*: A Resolução nº 14/95 – Senado Federal (DOU de 28.4.95) determinou a suspensão, com efeitos *ex tunc*, da expressão “avulsos, autônomos e administradores”, contida no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/89, por haver sido declarada inconstitucional pelo Alto Pretório, no RE nº 177.296-4/210, no que foi seguido pelo TRF/1ª Região, na arguição de inconstitucionalidade na AC nº 93.01.12212-0/DF.

Declara-se rescindido o Acórdão da colenda 3ª Turma deste Tribunal, no julgamento da AMS nº 92.01.03326-5/MG, que contraria o entendimento da Suprema Corte, nesta matéria.

III – *Judicium rescisorium*: Apelação provida, para conceder a segurança buscada.

(Ação Rescisória nº 94.01.23859-6/DF. Rel. Juiz Souza Prudente. 2ª Seção.

TRF/1ª Região - Unânime - Julgado em 30.5.95).

Em juízo de admissibilidade, disse eu:

“Entendo, assim, que se o julgado perseguido amparou-se em texto legal absolutamente nulo, porque afronta nossa Lei Fundamental, merece ser rescindido tal julgado, por se tratar de ato jurídico-processual, também, visceralmente nulo, contrário à Constituição, que é a fonte vital de todo o ordenamento jurídico”.

Nessa convicção já se manifestara, no Alto Pretório, o eminente Ministro Cunha Peixoto, com estas letras:

“O *Corpus Juris Secundum*, reportando-se ao direito norte-americano, assim compreendia a diretriz ali dominante: ‘Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional, tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante, como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é judicialmente declarado inconstitucional.’ (RTJ 101/210).

Com razão, pois, o colendo Tribunal Federal da 5ª Região, no julgamento da AR nº 228-PE, relatada pelo douto Juiz José Delgado, afirmou, em decisão plenária, que ‘a Súmula nº 343/STF há de ser entendida com a mensagem que ela própria contém. Ela se destina a prestigiar a interpretação controvertida de texto legal pelos tribunais. Não se expande, conseqüentemente, a prestigiar divergência sobre inconstitucionalidade de lei entre tribunais inferiores e o Supremo Tribunal Federal. A função do direito é ordenar. Atua de modo sistemático e obedecendo a uma hierarquia de valores que se expressam, também, no campo das competências. A unidade de sua força

se encontra na horizontalidade de suas decisões e no estado harmônico como se apresenta o ordenamento jurídico. Este, em determinados momentos, deve submeter-se ao processo de verticalização que lhe foi imposto pela Constituição Federal, pelo que, em tema de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, há de sempre homenagear a Corte que tem competência para a respeito decidir' (*DJU* de 12.8.94, p. 43.447).

Na mesma linha de pensar já vem decidindo este egrégio tribunal, conforme se vê do acórdão proferido nos autos da Ação Rescisória nº 93.01.28097-3/DF, de que foi relator o eminente Juiz Nelson Gomes da Silva (*DJU* de 6.3.95, p. 10.743 - Seção II), sob a orientação pretoriana da Suprema Corte (RE nº 103.880-SP. Relator Min. Sidney Sanches – RTJ 114/361).

Não há ato jurídico perfeito, nem coisa julgada que prevaleçam em afronta à Constituição. No Estado de Direito, a lei inconstitucional agride a alma do povo, que a Constituição materializa, em seus preceitos.

Já dissera Pontes de Miranda, com inegável acerto, que a Constituição é ra-soura a desbastar tudo que com ela não se harmonize. Contra ela tudo fenece, nada prospera. Nela e por ela viceja toda a ordem jurídica nacional.

A lei violada, pois, na espécie, é a Lei Fundamental do nosso ordenamento jurídico, cuja inteligência última se reserva, em termos absolutos ao Supremo Tribunal Federal, como seu intérprete e guardião maior (CF, art. 102, *caput*) a não suportar, no espaço desse ordenamento, o ato jurídico e/ou normativo nulo e de nenhum efeito para as relações jurídicas, que nele buscam sua sobrevivência.”

Abre-se, aqui, cenário profícuo à utilização efetiva, pelos interessados, da antecipação da tutela específica, em todas as instâncias judiciais, a fim de que a Administração Fazendária não faça a cobrança de um tributo que já fora declarado inconstitucional pela Corte Suprema, como no caso, em referência, prestigiando-se, assim, o princípio constitucional da segurança jurídica.

Na esfera do executivo, já se colhem posturas afinadas a esse diapasão jurisprudencial, conforme revelam as letras do Decreto nº 1.601,

de 23.8.95, art. 1º (*DOU* de 24.8.95 - Seção I) e da Medida Provisória nº 1.175, de 27.10.95, arts. 17 e 18 (*DOU* de 30.10.95 - Seção I - p. 17.115), que autorizam a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não interpor e a desistir dos recursos judiciais cabíveis quando a decisão versar, no mérito, sobre matéria constitucional, já decidida, definitivamente, pelo STF, a saber:

I – a contribuição de que trata a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II – o empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III – a contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

IV – o imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – IPMF, instituído pela Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, relativo ao ano-base 1993 e às imunidades previstas no art. 150, inciso IV, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* da Constituição;

V – a taxa de licenciamento de importação, exigida nos termos do art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, com a redação da Lei nº 7.690, de 15 de dezembro de 1988;

VI – a sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações;

VII – o adicional de tarifa portuária, salvo em se tratando de operações de importação e exportação de mercadorias quando objeto de comércio de navegação de longo curso;

VIII – a parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

A antecipação da tutela específica, com o perfil que lhe dera a reforma de nossa legislação processual civil, adquire espaço amplo de

aplicação, nesse contexto, através de um controle de constitucionalidade bem mais célere e eficaz.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A técnica de antecipação da tutela, que se introduz na sistemática do processo civil brasileiro, vem de se constituir num grande avanço, na tarefa de resgatar-se os valores fundamentais do cidadão, no mundo moderno, através da garantia constitucional do devido processo legal.

Na instrumentalidade do processo, há de se prestigiar, sobretudo, a *vida* e a liberdade das pessoas envolvidas no conflito, colocando-se o juiz, como agente da soberania estatal, na posição segura e equilibrada de pacificador das lides.

Urge que os trabalhos da reforma processual prossigam, guiados pelo espírito daqueles

que acreditam na implantação de um *processo justo*, a serviço de uma *Justiça célere e eficaz*.

O ideal de efetividade, que comanda os construtores da reforma, há de nos permitir a realização da promessa de se “criar um novo processo e com ele uma nova ‘Justiça’, para responder aos desafios de um novo tempo”.¹⁰

Bibliografia

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. ed. atual 1995. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1995. 256 p.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil: Lei n. 5869, de 11.1.1973*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 924p.

¹⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 28.