

Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela

EDUARDO TALAMINI

1. Em 26 de março de 1997, o Executivo Federal adotou a Medida Provisória nº 1.570 (DOU 27-3-97). Nos termos do seu art. 1º, “aplicam-se à antecipação de tutela” as seguintes regras:

a) é vedada a concessão de “medida liminar” visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/64, art. 5º, *caput*, e Lei nº 5.021/66, art. 1º, § 4º);

b) a execução do provimento final de procedência de pedidos acerca dessas matérias só poderá ocorrer depois do trânsito em julgado (Lei nº 4.348/64, art. 5º, parágrafo único);

c) o recurso voluntário ou o reexame necessário da decisão que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo (Lei nº 4.348/64, art. 7º);

d) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (Lei nº 5.021/66, art. 1º, *caput*);

e) veda-se “medida liminar”, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal (Lei nº 8.437/92, art. 1º, *caput*);

f) veda-se, no juízo de primeiro grau, o provimento de urgência, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 1º);

g) veda-se “medida liminar” que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 3º);

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/PR-IAP), Caedi, Amatra-IX e IBEJ e Mestrando na Faculdade de Direito da USP.

h) havendo a possibilidade de a “*pessoa jurídica de direito público*” vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório”, será determinada a prestação de garantia real ou fidejussória (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 4º — parágrafo esse instituído pela própria Medida Provisória nº 1.570, em seu art. 2º).

2. Primeiramente, cabem rápidas observações acerca do alcance e sentido dessas normas — abstraindo, por ora, da questão a sua legitimidade constitucional (do que se trata adiante).

2.1. Diversos dos preceitos cuja aplicação expressamente se estendeu à antecipação de tutela vedam a concessão de “medida liminar”. Trata-se dos dispositivos indicados em *a*, *e* e *g*, acima. Medida “liminar” é aquela que se concede exatamente *no início do processo* — antes mesmo da ouvida do réu.

Todavia, a concessão antecipada de tutela é providência que se pode adotar a qualquer tempo no curso de processo (e, mesmo, em qualquer grau de jurisdição). Presentes os requisitos e sendo requerida, cabe sua concessão — seja já no início do processo, seja depois. Em suma, nem toda antecipação de tutela é “medida liminar”.

As vedações acima mencionadas, contudo, dizem respeito exclusivamente a “medida liminar”. Daí que tais proibições, rigorosamente, não abrangem as hipóteses de antecipação em outros momentos do processo, diversos daquele inicial em que o demandado ainda não teve a oportunidade de defesa.

Nem se diga que tais preceitos, na sua aplicação extensiva ao âmbito da tutela antecipada, haveriam de receber interpretação ampliativa, de modo a proibir toda e qualquer antecipação de tutela (mesmo que não “liminar”) naquelas hipóteses.

Primeiro, esse argumento não procede porque aqueles dispositivos veiculam normas *restritivas* ao poder jurisdicional de tutela de urgência; regras que *excepcionam* a garantia geral que os jurisdicionados têm de obter tal proteção (CF, art. 5º, XXXV). Não podem, então, receber interpretação ampliativa.

Depois, a falta de fundamento para essa exegese extensiva fica evidente quando se comparam os preceitos em questão com outros, contidos nos mesmos textos legais, que a Medida Provisória nº 1570 também estabeleceu que se aplicam à antecipação de tutela. Vejam-se os dispositivos mencionados nas letras *f* e *h*,

acima: nesses, sim, houve *expressamente* a indicação de que os mandamentos neles contidos abrangem também medidas concedidas *não liminarmente*. No art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.437/92 (letra *f*, acima), mencionou-se veto a “*medida cautelar inominada ou sua liminar*” — o que, transposto para o âmbito da antecipação de tutela, abrange, daí sim, sua concessão a qualquer tempo. No art. 1º, § 4º, da mesma Lei nº 8.437/92 (letra *h*, acima), referiu-se a “concessão de liminar, *ou de qualquer medida de caráter antecipatório*”.

Aliás, esse mesmo § 4º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 fornece mais um argumento a favor da interpretação ora preconizada. Trata-se de dispositivo que antes inexistia. Foi expressamente acrescentado à Lei nº 8.437 pela própria Medida Provisória nº 1.570. Portanto, se o objetivo, relativamente àquelas outras regras, fosse o de abranger também a antecipação de tutela não liminar, na Medida Provisória teriam constado outros preceitos dando nova redação àqueles dispositivos que ela se limitou a mencionar. Em outras palavras, a Medida Provisória teria alterado o conteúdo das leis anteriores a que se remeteu, como fez no caso do § 4º do art. 1º.

2.2. O art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437 (letra *g*, acima) veda medida liminar que “esgote o objeto da ação”. O preceito não prima pelo apuro terminológico. “Esgotar o objeto da ação” é expressão que, rigorosamente, não diz nada.

O objeto da demanda (o reconhecimento e [ou] a atribuição de um bem de vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre restará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que, juridicamente, o provimento de urgência, vez que provisório, é sempre reversível¹.

Por outro lado, se por “esgotamento do objeto da ação” quer-se designar a *irreversibilidade dos efeitos* do provimento de urgência, a regra em questão é redundante. Já existe essa previsão no próprio art. 273 do CPC, em seu § 2º (“não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”).

Mas, já quanto a esse art. 273, § 2º, tem-se reiteradamente destacado que limitação à antecipação da tutela nele contida não tem

¹ Vede, por todos, PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles : Jovene, 1994. p. 653-654.

caráter absoluto. Cede toda vez que o interesse que vier a ser gravemente prejudicado pela falta da medida antecipatória for mais urgente e relevante do que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade².

Para esse dispositivo, tal é a única interpretação conforme à Constituição. Ao tema, retorna-se a seguir.

2.3. O recém-criado § 4º do art. 1º da Lei nº 8.437 impõe ao juiz que subordine a antecipação de tutela à prestação de caução, real ou pessoal.

Está suspensa a eficácia desse dispositivo, em virtude de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade (v. adiante). De qualquer modo e para a hipótese de futuramente essa norma vir a ser reputada constitucional, devem ser ressalvados dois limites ao seu âmbito de aplicação:

1º - aplica-se apenas quando “pessoa jurídica de direito público” for ré — vale dizer, *exclui-se* de sua hipótese de incidência processo em que pessoa *de direito privado* ocupe o pólo passivo, ainda que integrante da administração indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas);

2º - a caução só deverá ser determinada quando existir concreta “possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida sofrer dano”; o juiz não poderá automaticamente, em todo e qualquer caso em que a

² No direito brasileiro, isso já havia sido destacado por Egas Moniz de Aragão há quase uma década, tratando ainda das medidas cautelares e reportando-se à doutrina e jurisprudência alemãs, acerca do *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Medidas cautelares inominadas. *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, n. 57, p. 43-52. Depois de instituída a antecipação de tutela, o ilustre processualista voltou a tratar do tema, reportando-se, inclusive, à sua lição anterior (Alterações no CPC : tutela antecipada, perícia. *Rev. do IAP*, São Paulo : 26, p. 19, 1996, também em *Reforma do CPC*. Saraiva, 1996, p. 241). Esse entendimento, posteriormente, veio a ser adotado por outros autores brasileiros (assim, por exemplo: Marinoni, Novidades sobre a tutela antecipatória. *RePro*, n. 69, p. 106-108, 1993, e *Antecipação da tutela na reforma do processo civil*. Malheiros, 1995. p. 77; ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do CPC. *RePro*, n. 80, p. 108, 1995). Sobre a formulação do princípio no direito alemão, vede: LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1989, p. 490; ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1988, p. 350-351, nota 11.

pessoa de direito público figure como ré, exigir a prestação de garantia para antecipar a tutela: terá de avaliar precisamente se há o perigo de prejuízo, fundamentando (com a demonstração de tal perigo) a decisão que determine a prestação de caução.

Adiante, aponta-se outro limite, advindo da Constituição.

2.4. A norma do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348 (letra *b*, acima) não veicula propriamente limitação à concessão de tutela de urgência. Concerne ao momento de eficácia do provimento final de procedência: só permite execução, nas hipóteses arroladas no *caput* do art. 5º, depois do trânsito em julgado.

Essa regra parece visar ao afastamento da possibilidade de execução provisória da sentença de procedência cujo objeto fosse algum daqueles mencionados pela Lei. Sob esse aspecto, estaria na contramão da tendência atual (há proposta de anteprojeto de nova reforma do CPC, em que se estabelece como regra geral a ausência de efeito suspensivo para a própria apelação, a fim de viabilizar a execução provisória).

É difícil, contudo, imaginar em que sentido essa regra “aplica-se à tutela antecipada” (art. 1º da Medida Provisória nº 1.570) — precisamente pela circunstância de o preceito em questão não ter nada a ver com a medida de urgência e, sim, com o provimento final. Qual seria o sentido dessa “aplicação” à tutela antecipada? Afastar a possibilidade de execução provisória da sentença final de procedência, no processo comum de conhecimento (com pedido condenatório que se inclua entre algum daqueles mencionados na Lei nº 4.348) em que tivesse havido a antecipação de tutela (ou em que, ao menos, a antecipação tivesse sido requerida)? Ora, esse critério de distinção (ter havido, ou não, antecipação de tutela; ter sido requerida, ou não, antecipação de tutela) não é parâmetro constitucionalmente legítimo para a diferenciação de regimes quanto à eficácia da sentença final. Qual o fundamento racional para dizer-se que, em um caso (quando não envolvido no processo o mecanismo da antecipação), seria possível execução provisória e, em outro (quando requerida a antecipação), não? Então, a norma seria inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia.

Tampouco é sustentável que essa regra sirva para determinar que a execução da tutela antecipada fique sujeita ao trânsito em julgado da decisão final (ou seja: haveria a concessão da tutela antecipada, mas a efetivação desta só

se daria no fim de todo o processo). Não é o que se extrai da letra da lei. Depois, tampouco há o que autorize “interpretação” que confira ao dispositivo esse sentido. Bem ao contrário, tal “adaptação” interpretativa conduziria a resultado absurdo: o instituto da *antecipação* de tutela (que se funda, sempre, em maior ou menor grau, na urgência, na impossibilidade ou irrazoabilidade de se esperar o provimento final) é incompatível com a total postergação da efetivação da tutela. Aliás, antecipar a *tutela* (vale dizer: o resultado concreto favorável a alguma das partes) é, em medida maior ou menor, executar desde logo.

2.5. Do mesmo defeito (inviabilidade lógica) padece a previsão de que a regra constante do art. 1º, *caput*, da Lei nº 5.021/66 (letra *d*, acima) aplicar-se-ia à tutela antecipada.

Trata-se de dispositivo que só faz sentido no âmbito do mandado de segurança. Estabelece que, quanto a vantagens pecuniárias devidas a servidor público, a sentença de procedência do mandado de segurança só abrangerá os valores vencidos a partir do ajuizamento da demanda. Isso não é mais do que corolário da noção de que o mandado de segurança não serve como instrumento de cobrança de valores referentes a períodos pretéritos (Súmula 271 do STF). Daí que os créditos vencidos antes da propositura da demanda devem ser pleiteados administrativamente ou “pela via judicial própria” (parte final da Súmula 271). A “via judicial própria”, no caso, é demanda condenatória a ser desenvolvida mediante processo comum de conhecimento.

Pois bem, é exatamente nesse processo comum de conhecimento com pedido condenatório que teria vez a tutela antecipada. Ora, não há como se dizer que se aplicaria a esse processo comum de conhecimento a regra pela qual a sentença final (condenatória) não abrangeria os créditos vencidos antes do ajuizamento da demanda. Isso significaria *eliminar*, por completo, a possibilidade de cobrança de vantagens pecuniárias de servidores públicos vencidas antes de iniciada a ação judicial. Haveria como que uma “prescrição imediata” desses créditos – o que, obviamente, carece de razoabilidade, requisito indispensável para a constitucionalidade de qualquer norma.

3. Por fim, há de se examinar brevemente a própria constitucionalidade da Medida Provisória, no que tange aos preceitos que limitam

ou condicionam o poder de antecipação da tutela³.

3.1. Em sessão realizada em 16-4-97, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, em ação direta de inconstitucionalidade, para suspender a eficácia exclusivamente do preceito que subordina à prestação de caução as medidas de urgência que possam gerar danos às pessoas jurídicas de direito público (art. 2º da Medida Provisória nº 1.570, letra *h*, acima). Indeferiu-se, porém, o pedido de suspensão cautelar das normas estabelecidas de vedações à concessão de tutela antecipada.

3.2. Não significa, contudo, que se tenham por constitucionais, sempre e necessariamente, essas outras normas.

O tema diz respeito ao conflito de valores jurídicos igualmente relevantes em abstrato. De um lado, põe-se o princípio da inafastabilidade

³ Isso não prejudica, ainda, o exame da constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.570 sob o aspecto formal. “Relevância” e “urgência” – pressupostos constitucionalmente estabelecidos para a adoção de medida provisória (CF, art. 62) – são conceitos juridicamente indeterminados. Não é possível a prévia e abstrata definição de todas as situações de urgência; nem é viável, de antemão e em tese, precisar todas as matérias relevantes. Mas isso não significa que inexistam possibilidades de controle jurisdicional da edição de medidas provisórias. Este haverá de ser feito tomando-se em conta as circunstâncias concretas que envolvem a adoção de cada medida provisória – sob pena de carecer de sentido a expressa menção, no preceito constitucional, àqueles dois requisitos. Não se descarta que alguns casos venham a estar em uma “zona cinzenta”, em que não há possibilidade lógica de definir-se com precisão se havia a urgência ou se a matéria era relevante. Apenas nessas situações-limite a edição da medida provisória será insindicável (valem aqui as considerações de C. A. Bandeira de Mello acerca do Controle judicial dos atos administrativos. *RDP*, n. 65, p. 36-37, 1983). O tema sobre o qual versa a Medida Provisória 1570, concessão de medidas de urgência em face das pessoas jurídicas de direito público, possui inequívoca importância, sobretudo no panorama atual em que as políticas do Governo Federal tendem a ser amplamente impugnadas em Juízo. Prova dessa relevância foi a intensa polêmica que se seguiu à edição da Medida: fosse o tema secundário, mera filigrana processual (p. ex., alteração do prazo para embargos de declaração de cinco para quatro dias), não haveria igual comoção. Mas frise-se: *a constatação da relevância da matéria contida na Medida Provisória, que ora se faz e que contribui para a definição de sua constitucionalidade formal, não significa afirmação de sua constitucionalidade*

da proteção jurisdicional adequada e efetiva – o que, por vezes, só ocorre se a tutela for concedida antecipadamente, em regime de urgência (CF, art. 5º, XXXV). De outro, há o risco de graves danos ao interesse público.

A definição de qual entre os dois princípios deve prevalecer é algo que não se faz em abstrato. Foi inclusive por isso que, em ocasião anterior, o Supremo Tribunal Federal deixou de suspender a eficácia de normas que continham semelhantes limitações (v. 3.3., a seguir). Mas, exatamente pela mesma razão, não é constitucionalmente legítima a prévia e abstrata definição do conflito, a favor do interesse público, pela própria Medida Provisória – mediante a pura e simples vedação da concessão de liminares.

A eliminação do impasse é tarefa que só se pode desempenhar *concretamente*, mediante a exata ponderação das circunstâncias peculiarizadoras de cada caso submetido ao crivo do Judiciário. Para tanto, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o balanceamento dos valores envolvidos, a fim de verificar qual o mais premente *in concreto*. Ainda, aquele princípio que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades.

do ponto de vista material (de que se trata no texto, a seguir). Bem mais discutível é a presença do requisito da urgência. Por um lado, poderia afirmar-se que o próprio conteúdo da Medida (limites a um meio de tutela *de urgência* em face do Estado) não possibilitaria aguardar os trâmites normais do processo legislativo. Por outro, porém, há os argumentos de que: (a) a regra geral de antecipação de tutela já vigora há mais de dois anos sem que se tenha notícia de o Estado haver sofrido prejuízos graves a ponto de justificar a não-adoção do caminho do projeto de lei; (b) o Chefe do Executivo poderia optar pelo pedido de urgência ao Congresso Nacional para a apreciação de projeto de lei sobre o tema. Conforme noticiou a imprensa (*Gazeta Mercantil*, 17 abr. 1997, p. A-10), no julgamento do pedido de liminar para a suspensão da Medida Provisória em exame, o Ministro Nelson Jobim pretendeu rebater esse segundo argumento afirmando que o requerimento de urgência teria se tornado inútil desde 1989, quando o Congresso adotou o entendimento de que tal pedido não interfere na pauta das sessões extraordinárias: desde então, ainda segundo o Ministro, o Congresso praticamente só se reúne em sessões extraordinárias (“o presidente do Congresso instala a sessão ordinária às 2:00 h e convoca a extraordinária para as 2:15 h”).

Cumpra, assim, ao juiz, quando pleiteada a antecipação de tutela em alguma daquelas hipóteses abrangidas pela Medida Provisória, verificar se, na situação posta em juízo, é razoável e proporcional a proibição à concessão da medida. Em caso negativo, terá o *dever* de incidentalmente declarar a inconstitucionalidade da restrição e, presentes os requisitos específicos, conceder a antecipação.

São inteiramente aproveitáveis, neste ponto, as observações contidas no item 2.2., acima, bem como as referências indicadas na nota 2, naquele mesmo item.

E o ora exposto valerá inclusive para a regra que condiciona à prestação de garantia o deferimento da antecipação, caso o Supremo Tribunal Federal venha a decidir que aquela norma, ora suspensa, não deve ser declarada inconstitucional na via direta.

3.3. Conforme antes se mencionou, questão semelhante já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Julgava-se pedido de suspensão cautelar da Medida Provisória nº 173, de 1990, que proibia a concessão de liminares em processos que tratassem de questões relativas ao “Plano Collor”.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que não caberia a pura e simples suspensão, na via da ação direta, da norma que vedava a concessão de liminar. Nos termos do voto vencedor do Ministro Pertence, que se tornou relator para o acórdão, apenas concretamente, no exame de cada caso em que se pleiteasse liminar, o juiz teria possibilidade de verificar a *razoabilidade* da restrição. Constou do seu voto:

“... a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei [pela via direta e pela via incidental], permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação de liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

“Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade,

das restrições impostas ao seu poder cautelar, 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” (ADIn 223-DF. *RTJ*, n. 132, p. 571-607, 1990, — trecho citado: p. 590).

3.4. E, relativamente às recentes restrições à antecipação de tutela, já se tem notícia da adoção desse entendimento, por magistrados dos graus de jurisdição inferiores. Confirma-se, nesse passo, decisão do Juízo da 9ª Vara Federal de Curitiba, proferida logo depois da publicação da Medida Provisória nº 1.570:

“Outrossim, verifica-se que a recente limitação introduzida pela Medida Provisória nº 1.570, de 26-3-97, deve ser interpretada em consonância com que

decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 223/DF (*RTJ*, n. 132, p. 571), ou seja, a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da liminar. No caso, verifica-se que não é razoável a aplicação desta medida restritiva imposta pela Medida Provisória, visto que a antecipação da tutela, que foi uma inovação recentemente introduzida no Processo Civil Brasileiro, está sendo ora concedida com base em decisão do Pleno do STF. [...] Portanto, sem dúvida que limitar a aplicação da tutela antecipada através desta Medida Provisória não é só não razoável, mas também chegar-se-ia à raia do absurdo, pois postergar esse direito insofismável através de Medida Provisória (portanto provisória) é inadmissível...” (Ação Ordinária nº 97.0003672-3, fls. 66-67, em 1º-4-97, Juiz T. Hirose).