

Julgamento de Improcedência do Pedido e Liminar Mantida: Uma Possibilidade

David Sérgio Coqueiro dos Santos

Juiz do Trabalho.

DOI: 10.11117/22361766.17.01.07

RESUMO: Realizando um estudo sobre a medida liminar e os efeitos da sentença de mérito, identificamos, em relação à concessão da liminar, a mesma como sendo de natureza de provimento jurisdicional antecipatório, sendo inclusive possível sua manutenção apesar do julgamento de improcedência do pedido. Tal conclusão foi possível tendo em vista a necessidade que o caso concreto exige, ainda mais quando houve interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Liminar; sentença de mérito; manutenção da liminar; Interesse público.

ABSTRACT: During the study about the provisional measure and the effects of the sentences regarding merits, we identified, in relation to the concession of the aforesaid provisional measure, its jurisdictional anticipatory nature, including the possibility of its maintenance, even in the situation of a decision blocking the request. Such conclusion was possible taking into account the necessity required by the concrete case, especially in the hypothesis of public interest.

KEY WORDS: Provisional measure; sentences regarding merits; maintenance of the provisional measure; public interest.

SUMÁRIO: 1 O mandado de segurança como um instrumento a serviço da efetividade processual; 2 Qual a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança?; 3 Um pouco da história da tutela de urgência; 4 Tutela antecipada e sentença improcedente, como conciliar os institutos?; 5 Julgando improcedente o pedido, o juiz silencia quanto aos efeitos da liminar anteriormente concedida; 6 Problemas advindos da hipótese acima; 7 Uma possível solução; 8 Como demonstrar este interesse?; 9 E como ficam as outras duas hipóteses?; 10 Uma observação final; Referências bibliográficas.

1 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Embora haja uma discussão férrea sobre os novos meios de solução dos conflitos, que têm por escopo a agilização do sistema processual atual-

mente vigente, numa tentativa de tornar a tutela processual mais efetiva, não há como negar os instrumentos já existentes, a exemplo do mandado de segurança podem e devem ser utilizados com este intento.

Ainda mais quando o *writ* tem como um de seus objetivos o controle da Administração Pública em relação aos administrados.

Adotamos, portanto, posição diversa da escolhida por Rosemiro Leal¹, que chega mesmo a defender a inconstitucionalidade da antecipação dos efeitos da tutela instituída no art. 273 do Código de Processo Civil.

E assim pensamos porque compreendemos as tutelas diferenciadas como uma alternativa viável ao atual marasmo do sistema processual, em especial quando observamos o dia-a-dia dos tribunais.

Filiamo-nos, portanto aos ensinamentos de Dinamarco² quando, após fazer um estudo sobre os problemas e crises do atual sistema processual, aponta nas tutelas diferenciadas soluções viáveis para os conflitos deduzidos em juízo, além de céleres e efetivas.

“As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos.”

Fazendo ainda a observação de que não só os instrumentos trazidos pelas reformas são meios de efetivação da tutela jurisdicional, mas também há no próprio sistema “antigo” métodos eficientes, dos quais passaremos a fazer análise do mandado de segurança, em especial, num dos seus instrumentos mais requeridos e mais indeferidos, qual seja, a liminar instituída no inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

“Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente, com as cópias dos docu-

1 LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=874>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

“O processo, na visão hodierna, é que é, em si, jurisdicional, porque contém e assegura princípios e direitos dos quais a jurisdição (atividade do Estado) não pode apartar-se ou dissuadir, sendo esdrúxulo, portanto, pensar ‘tutelas jurisdicionais diferenciadas’ como quer Donaldo Armelin, fora dos perfis do processo-garantia-constitucional (*due process*), porque, mesmo quando o direito alegado não existe, a declaração de inexistência pelo provimento judicante há de ser balizada pelo processo e não pelos requisitos ou critérios da atividade estatal da jurisdição. A jurisdição estatal é que meio de obediência ao processo e não o processo um meio de obediência (serventia) à jurisdição. O equívoco de se imaginar a hipótese de vários processos com várias formas de tutelas jurisdicionais decorre do ensino de Pisani que, não querendo distinguir processo e procedimento, supõe, como também conjectura Barbosa Moreira, que modalidades de tutelas jurisdicionais (*pluralità de processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale*) possam dar origem a vários processos (meios, critérios, modos, métodos) engendrados pelos juízes e que seriam bem mais completos, justos e eficientes que o criado em lei constitucional.”

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 11.

mentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias.

II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida, caso seja deferida.”

2 QUAL A NATUREZA JURÍDICA DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA?

Tomando por base os estudos já realizados acerca da natureza jurídica da liminar, quando concedida no *writ*, temos por certo que a mesma não é de caráter meramente preparatório, mas sim satisfativo, posto que coloca o autor, quando concedida a liminar pretendida, de logo, na fruição do bem jurídico pretendido que somente seria concedido ao final, com o julgamento do *mandamus*.

Assim sendo, temos por certo que a liminar no mandado de segurança tem caráter antecipatório da tutela pretendida na demanda.

No mesmo sentido, Didier³ leciona:

“Com a evolução dos estudos em matéria de direito processual, esta confusão terminológica não mais se justifica. A liminar em mandado de segurança antecipa os efeitos da futura sentença que decidir pela procedência do pedido, sendo, portanto, medida antecipatória. Esta característica é percebida por todos quantos estudaram o tema, até mesmo por aqueles que concebem a medida liminar como cautelar – estes últimos, como vimos, davam mais valor ao elemento segurança.

Absolutamente correta a lição de Zavascki: ‘Não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeito da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo prejudgamento da causa. [...] Também a antecipação prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, não constitui prejudgamento da causa, nem afirma ou retira direito algum, e nem produz efeitos jurídicos definitivos; e ela também tem por finalidade apenas acautelar direito ameaçado por risco de dano. Tais circunstâncias, contudo, de modo algum comprometem sua natureza antecipatória, pois o que fixa tal natureza é o conteúdo da medida, e não a sua finalidade. Quanto à finalidade, há identidade entre a medida cautelar e a antecipatória, já que ambas,

3 DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em Mandado de Segurança: Natureza Jurídica e Importância Histórica. Uma Tentativa de Reenquadramento Dogmático em Face das Últimas Reformas Processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

em última análise e a seu modo próprio, visam a preservar a utilidade da função jurisdicional. Na espécie do art. 273, I, para afastar o perigo de comprometimento ao processo, a técnica utilizada é a de antecipar, em caráter provisório, algum efeito executivo decorrente da futura sentença, sem que isto, obviamente, importe prejulgamento da causa.”

Tais constatações são repetidas em outros trabalhos de peso no mundo do direito processual, tais como Dinamarco⁴ e outros.

Entretanto, sendo uma tutela antecipada, qual é sua raiz?

3 UM POUCO DA HISTÓRIA DA TUTELA DE URGÊNCIA

Embora, no nosso sistema processual, a tutela de urgência seja tratada como um “fato novo”, em realidade sua origem remonta a períodos mais antigos, como bem demonstra Oliveira⁵, numa revisita aos escritos de

- 4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 72. “O poder judicial de antecipar a tutela jurisdicional não é novidade nem foi introduzido na ordem processual brasileira pela primeira vez pela Reforma do Código de Processo Civil: os interditos possessórios, de tradição bisseccular, são medidas antecipatórias e as liminares em mandado de segurança, em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação civil pública, *idem*”.
- 5 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. Mundo Jurídico. Disponível em: <<http://mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 de out. 2003. Desde o direito romano, registra a história do direito processual casos de tutela de conhecimento em que se permite, até por cognição *prima facie*, a interferência no mundo fático, com antecipação de efeitos materiais. É o que demonstra Briegleb, notável jurista e historiador alemão do século XIX, professor do grande Adolph Wach, indicando em sua magistral obra sobre o processo sumário, doze exemplos dessa espécie, dez nas Pandetas – sendo nove de Ulpiano e um de Paulo – e dois nos Códigos, respectivamente de 213 e 331 d.C. Vale a pena reproduzir, ainda que de forma resumida, o resultado do seu labor investigativo. I) Pela *actio exhibendum* (D. 10, 4, 1 e ss.), quem pretendia exercer ação real, noxal ou o interdito *utrubi*, estaria habilitado a exigir a exibição da coisa ante o Pretor daquele que a detinha, ou havia deixado dolosamente de possuí-la. Se o demandado não queria ser parte no processo, o Pretor, sem investigar a propriedade, facultava ao autor a posse da coisa (*duci vel ferri iubere*), permanecendo intocada a questão dominial. Não efetuando o demandado a exibição, era condenado em soma em dinheiro equivalente à condenação na ação reivindicatória. II) A pretensão relativa ao dever de alimentar dos parentes, filhos e outros consanguíneos também era tratada sumariamente (Ulpiano, D. 25, 3, 5 parágrafo e ss.). III) Outra hipótese estampava-se no edito *bonorum possessio ex carboniano* (D. 37, 10, de *carboniano edicto*), a assegurar ao menor, pretendente de um direito emergencial de herança (*contra tabula* ou *ab intestato*), cujo *status* tivesse sido contestado e por consequência o seu direito hereditário, lançar *causa cognitio in bona defuncti*. Nesse caso, suspendia-se o litígio sobre o *status* e a herança até a puberdade do menor, salvo se o seu próprio interesse reclamasse pronto andamento e decisão da causa. Durante esse intervalo, o Pretor concedia-lhe a posse dos bens hereditários. IV) Dispensava-se igualmente de forma sumária a *bonorum possessio ao nasciturus*. É a *missio ventris in possessionis*, de que falam as fontes (Ulpiano, D. 37, 9, 7 parágrafo e ss.), outorgada com caráter provisório à mulher grávida e recante sobre os bens hereditários a que poderia ter direito o concebido ainda não nascido. V) Segundo Ulpiano, Lib. 3, de *officiis Consulibus*, na execução de sentença transitada em julgado, se terceiro alegasse propriedade sobre a coisa penhorada, a questão deveria ser resolvida de forma sumária. VI) Caracala instituiu a chamada *missio antoniana*, pela qual, se o legatário, vencido o legado, não era pago no prazo de seis meses do aforamento da demanda perante o Pretor, devia este lhe autorizar a entrar em posse dos bens do herdeiro, para que pudesse se pagar com os frutos produzidos por tais bens (Ulpiano, D. 36, 4, 5, 16 a 231, 23 a 25, e Código, 6, 54, 6). VII) Também no terreno da cognição sumária, são mencionadas estipulações pretórias outorgadas fora do terreno estritamente processual, com vistas à proteção de determinada situação de fato ou para garantir a indenização de possível prejuízo futuro. Tais determinações funcionavam como verdadeiras ações (*instar actionis habet*), concedidas pelo pretor para proteger situações de fato estimadas dignas de tutela (*ut nova sit actio*) – (Ulpiano, D. 46, 5, 1, 2, e

Briegleb. O Professor Oliveira, tendo identificado doze casos de concessão do bem jurídico pretendido pelos autores, antes de uma cognição exauriente, demonstra as origens das chamadas tutelas de urgência, das quais podemos citar dois casos específicos:

“I) Pela *actio exhibendum* (D. 10, 4, 1 e segs.) quem pretendia exercer ação real, noxal ou o interdito *utrubi*, estaria habilitado a exigir a exibição da coisa ante o Pretor daquele que a detinha, ou havia deixado dolosamente de possuí-la. Se o demandado não queria ser parte no processo, o Pretor, sem investigar a propriedade, facultava ao autor a posse da coisa (*duci vel ferri iubere*), permanecendo intocada a questão dominial. Não efetuando o demandado a exibição, era condenado em soma em dinheiro equivalente à condenação na ação reivindicatória.

II) A pretensão relativa ao dever de alimentar dos parentes, filhos e outros consangüíneos também era tratada sumariamente (Ulpiano, D. 25, 3, 5 parágrafo e seguintes).”

Como podemos observar, antes mesmo de existir o Brasil, hipóteses havia em que, existindo urgência na entrega da tutela, o magistrado (Pretor) estava habilitado a concedê-la, ainda que mediante uma cognição meramente sumária.

No mesmo sentido, Carmignani⁶, que, em seu trabalho, chegou ao entendimento de que a origem da tutela antecipada está no direito romano,

D. 16, 2, 10, 3). VIII) No plano da sumariedade, coloca-se ainda a *interrogatio in iure* (Ulpiano, L. 9, § 6), que servia, como a *actio ad exhibendum*, de preparatória da ação principal. O interesse do inquiridor na resposta de tal ou qual questão dependia essencialmente da qualidade da causa principal. IX) Também a imissão do herdeiro na posse dos bens da herança (Ulpiano, L. 7, § 1, D. *de hereditio petitionis*) dava-se por intermédio de *summatim cognoscere*, no sentido da chamada *prima facie cognitio*. X) No tocante aos danos causados a terceiros, a glosa de Paulo (L. 40, D. *ad Lex Aquilia de damno*) também se reportava ao *re summatim exposita*. Briegleb, depois de sublinhar a opacidade da passagem, somente compreensível por meio da interpolação, procura assim interpretá-la: “Com a ação aquiliana contra o causador do dano de um título a mim pertencente, concernente a uma dívida portável em dinheiro e condicional, serei eu admitido e vencerei mesmo antes ser implementada a condição, se: A) possa provar com testemunhas – 1) o dano ao título de dívida, 2) o próprio conteúdo afirmado, e, se ambas as afirmações são contestadas, tenha eu B) fundamento para ter receio de perder as testemunhas no entretanto até o implemento da condição. Nessas circunstâncias, devo eu, para obter vitória, convencer o juiz (*ad suspicionem iudicem adducam*) de que meu receio não é sem fundamento, mediante sumária discussão ou sumária alegação dos fatos da causa (*re summatim exposita*). A condenação, porém, é apenas hipotética e eficaz somente depois do implemento da condição, tornada sem efeito se a condição vem a falhar”. Causa assombro a fina sutileza dos juristas romanos e a que pincaros altíssimos havia chegado a ciência do direito já naquela época remota! XI) Outro caso interessante encontrava-se na L. 1. C. *quor. app. non recip.* Imp. Antoninus: “*Ejus, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est, negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest*”. Briegleb aponta a dois sentidos possíveis do texto: conforme pertença o *negotio prius summatim perscrutato* para *recipir non potest* ou para *condemnatus est*. Segundo o primeiro, a rejeição da apelação deveria ser precedida de uma investigação sumária dos fatos em relação ao condenado em contumácia. Tal se mostraria, porém, incompreensível diante do título *Quorum appellationes non recipiuntur*. Na segunda perspectiva, a denominação sumária seria aplicada no lugar da investigação precedente ao conhecimento contumacial, o que apenas podia dar motivo a seu acolhimento no título *Quorum appellationes non recipiuntur*. XII) De *negotio summatim discutiens* falava a L. 2. C. *ubi in rem act.* 3, 19, Imp. Constantinus.

6 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001. p. 19/20.

em especial nos chamados *interditos*, que consistiam numa tutela pretoriana diferenciada e mais ágil, como bem leciona:

“Portanto, os interditos foram introduzidos e ampliados, como base não apenas no poder de *imperium* dos magistrados, mas inspirados na *aequitas* romana da época clássica, com o objetivo de, repisa-se, dirimir as dificuldades na aplicação do direito, concedendo, rapidamente, a defesa de determinadas situações, particularmente urgentes, que não podiam sujeitar-se às delongas do procedimento ordinário.”

Em assim sendo, não há como não aceitar a origem clássica do instituto em comento.

A questão que mais nos incomoda é: uma vez concedida a tutela antecipada no *writ*, e julgada a demanda improcedente, seus efeitos podem ser mantidos até o implemento da coisa julgada?

4 TUTELA ANTECIPADA E SENTENÇA IMPROCEDENTE – COMO CONCILIAR OS INSTITUTOS?

Para melhor visualizar a dicotomia acima, vejamos as hipóteses de julgamento do *writ* em face da concessão da liminar.

No nosso entendimento, quem melhor observa tais hipóteses é Helder Dal Col⁷, quando afirma:

“Não raro, ainda, ditará na sentença denegatória da segurança a expressa revogação da liminar. Três são as hipóteses mais comuns, nesse caso: 1) o juiz silencia-se quanto à liminar; 2) o juiz faz expressa menção à subsistência da liminar até o trânsito em julgado. 3) o juiz revoga ou cassa expressamente a liminar;”

Diante de tais hipóteses, devemos buscar três respostas para o tema.

5 JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO, O JUIZ SILENCIA QUANTO AOS EFEITOS DA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA

Em primeiro lugar, há de se vislumbrar que os efeitos da sentença, caso aceitemos que nesta hipótese está revogada a liminar anteriormente concedida, começam a ocorrer com a intimação da autoridade indicada como coatora sobre ela.

7 DAL COL, Helder Martinez. Os Efeitos da Apelação Interposta em Mandado de Segurança quando o Juiz, por Ocasão da Sentença, Revoga a Liminar. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

Neste momento, discordamos do entendimento de Dal Col⁸ e Sandim⁹ por acreditarem, em relação à liminar, que os efeitos da sentença só ocorrem com o trânsito em julgado da decisão.

“Duas são, por conseguinte, as razões jurídicas que entremostam a validade de efeitos de tutela antecipatória concedida em feito que venha a ser julgado improcedente, enquanto penda recurso aviado da dita sentença, quais sejam:

a) inocorrência de coisa julgada, que emprestaria à sentença a possibilidade de plena produção de seus efeitos materiais, haja vista que é somente depois de se atingir essa condição, que a prestação jurisdicional se completa e cristaliza. Ao revés, tem-se uma situação ainda incerta, não propiciando a efetivação do *decisum*. Pensar-se em alijar decisões interlocutórias, com pleno vigor, sem que haja um decisório de direito material já efetivo, seria, no mínimo, desconstituir a própria prestação jurisdicional, uma vez que a sentença ainda está sub examine, por força da interposição de recurso;

b) fora o duplo efeito emprestado ao recurso interposto, o que levou ao reexame da sentença combatida e sua suspensividade. Ora, um ato judicial que está suspenso não poderá espraizar seus efeitos. Se assim não o fosse, não haveria razão de ter-se ocorrido tal efeito. O jurisdicionado anseia por ter sua questão apreciada por outro órgão jurisdicional, com a esperança de que a situação afirmada pelo decisório de instância singular se modifique. Portanto, para que continue digladiando pela consecução de seu objetivo, deverá encontrar o campo propício a tanto, qual seja, a manutenção do *status quo ante*, existente preteritamente à prolação do decisório judicial.”

Afinal, se para a concessão da liminar não se aguarda a preclusão da via recursal para que surta seus efeitos, bastando que se intime a autoridade coatora de sua concessão, não há de se falar em necessidade do trânsito em julgado da decisão para que se suspenda o efeito da liminar anteriormente concedida.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em outras ocasiões, como no exemplo a seguir:

“REsp 184144/CE; Recurso Especial nº 1998/0056667-8

Relator: Ministro Franciulli Netto (1117)

8 DAL COL, Helder Martinez. Os Efeitos da Apelação Interposta em Mandado de Segurança quando o Juiz, por Ocasão da Sentença, Revoga a Liminar. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

9 SANDIM, Emerson Odilon. Qual a Situação da Tutela Antecipada frente à Sentença de Improcedência do Pedido?. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=884>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

Órgão Julgador: Segunda Turma

Data do Julgamento: 19.03.2002

Publicação/Fonte: DJ 28.10.2003, p. 00238

RECURSO ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL – SUSPENSÃO DA LIMINAR – SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA – NECESSIDADE DE NOVO PEDIDO PARA A MANTENÇA DA SUSPENSÃO – ART. 4º DA LEI Nº 4.348/1964, ART. 13 DA LEI Nº 1.533/1951 E ART. 25, § 3º, DA LEI Nº 8.038/1990

A regra geral para a suspensão de liminar ou sentença é a do art. 4º da Lei nº 4.348/1964, que veio complementar o disposto no art. 13 da Lei nº 1.533/1951. A regra do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.038/1990 reveste-se de caráter especial, pois disciplina os casos de suspensão de liminar ou de sentença concessiva de mandado de segurança 'proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados ou do Distrito Federal' e fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça. O § 3º do art. 25 da Lei nº 8.038/1990 nada mais é do que um esclarecimento a respeito da suspensão da sentença concessiva – e não da liminar –, para a eventualidade de que, ainda que tenha proferido o Superior Tribunal de Justiça decisão para suspender a execução da sentença, se o recurso for provido ou se a sentença transitar em julgado, não subsistirá a suspensão. A natureza da decisão e a gravidade dos fundamentos invocados para a suspensão de uma decisão provisória é muito mais singela do que aquela que visa a impedir a execução de uma sentença que julgou procedente uma demanda. *Se a sentença que julga procedente ação de mandado de segurança constitui-se em ordem para cumprimento imediato pela autoridade coatora – por isso que contra ela recurso não pode ter efeito suspensivo –, é inconcebível ampliar-se a eficácia de decisão suspensiva de liminar para momento após a solução final do litígio, ainda que, porventura, não tenha ocorrido o trânsito em julgado.* Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Resumo estruturado:

Descabimento, ampliação, eficácia, decisão judicial, suspensão, liminar, mandado de segurança, momento, posterioridade, prolação,

sentença definitiva, procedência, mandado de segurança, independência, falta, trânsito em julgado, decorrência, caráter provisório, suspensão de segurança, inexistência, incompatibilidade, artigo, lei federal, 1964, lei, 1990, prevalência, sentença judicial, mérito, observância, princípio do livre convencimento." (sem grifos no original)

Assim sendo, tendo sido silente o magistrado acerca dos efeitos da tutela antecipada (liminar concedida), essa está revogada, posto que incompatível com a decisão final do processo.

Imaginemos a seguinte situação de fato: um candidato ao ingresso na magistratura que, por força de liminar em MS está participando de concurso público, numa sexta-feira antes da realização de uma etapa do dito certame, recebe a intimação da decisão final do processo de MS em que o magistrado julgou improcedente seu pedido e não se pronunciou sobre os efeitos da liminar anteriormente concedida.

Segundo nosso entendimento, por não ter o magistrado se pronunciado especificamente sobre os efeitos da liminar, essa estaria revogada, posto que é incompatível com a decisão de mérito que julgou improcedente o pedido. Por conseguinte, no momento em que a autoridade indicada como coatora for intimada da decisão, não estaria mais obrigada a cumprir os termos da liminar.

6 PROBLEMAS ADVINDOS DA HIPÓTESE ACIMA

Pela disposição do problema acima conjugado com nosso entendimento sobre os efeitos da decisão de mérito em relação à liminar, o hipotético candidato estaria impedido de continuar no certame.

Dessa situação de fato, poderão surgir ao menos dois graves problemas de ordem material e um de ordem processual, todos colidentes com princípios constitucionais.

Ou seja, um verdadeiro *hard case*.

Melhor explicando.

Dworkin¹⁰ leciona que embora os princípios constitucionais, em tese não sejam colidentes, na aplicação ao caso concreto estes podem colidir, gerando casos difíceis para a solução por parte do magistrado.

Na hipótese proposta, temos de um lado o candidato que, se seguida à estrutura processual proposta (revogação da liminar pela decisão final), restará com seu direito de seguir no certame frustrado, e mais, como a decisão não transitou em julgado ainda, eventual recurso de apelação estará

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127/203.

prejudicado, posto que o objeto da ação mandamental estará esvaziado. Afinal, se o candidato não participar de uma das etapas, está, *ipso facto* eliminado do concurso, e, se está eliminado do concurso, não há objeto em futura apelação.

Por outro lado, há risco de prejuízos à Administração Pública: como a via mandamental somente esgota o direito por meio do mesmo pleiteado em duas hipóteses – acolhimento do pedido e denegação por inexistência de direito – o candidato poderá, pelo simples fato de não ter continuado no certame, exigir reparação por responsabilidade civil do estado ao argumento de que, se tivesse continuado no concurso, poderia ter sido aprovado e assumido o cargo correlato.

Afinal, o Código de Processo Civil exclui a responsabilidade civil do magistrado pelos atos que pratica no exercício de suas atribuições, não exonera o Estado por atos judiciais. Ainda mais quando há na própria Constituição Federal específica tipificação de responsabilidade do Estado por erro judiciário¹¹.

Outro caminho possível seria a interposição de ação não por responsabilidade civil, na intenção de compensação financeira, mas de anulação do concurso.

Nesta última hipótese, mais uma vez a Administração Pública será prejudicada, posto que não preencherá o cargo necessário ao serviço público. Contudo, não só isso, haverá também um agravamento da situação: os demais candidatos passarão a ter interesse no objeto da demanda, em especial os que fossem aprovados no concurso a ser anulado, que também seriam prejudicados.

Querendo evitar esses possíveis resultados e melhor aplicando os princípios constitucionais, necessitamos de uma melhor visualização da solução, que se coadune com o entendimento já esposado, ou seja, de que a liminar encontra-se revogada quando o magistrado licencia sobre os seus efeitos na decisão final.

7 UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Como bem ensina Bastos¹²:

“O intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais ge-

11 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* – art. 5º, LXXV.

12 BASTOS, Celso Ribeiro. *As Modernas Formas de Interpretação Constitucional. Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 31 out. 2003.

nérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie. A respeito da importância dos princípios constitucionais na atividade interpretadora, escreve Luís Roberto Barroso:

'[...] Ao intérprete constitucional caberá visualizá-los em cada caso e seguir-lhes as prescrições. A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa injuria*. Mas são esses mesmos princípios que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.'

O que se pode depreender acerca da aplicação das modernas formas de interpretação constitucional e precipuamente do princípio da interpretação conforme à Constituição é a comprovação de que a interpretação da norma constitucional é indispensável para a boa compreensão das demais normas que compõem o nosso ordenamento jurídico. Tendo em vista que a Constituição Federal deve informar todo o conjunto do ordenamento jurídico, verifica-se que a utilização dessas modernas formas de interpretação constitucional tem como objetivo evitar a criação de lacunas no ordenamento jurídico decorrente da declaração de inconstitucionalidade da lei. Elas visam, sobretudo, a manutenção do direito, do interesse social e o combate aos perigos da insegurança jurídica gerados pela exclusão da norma inconstitucional do nosso sistema jurídico."

Em assim sendo, não podemos nos conformar com a situação criada, todavia, não podemos também modificar o entendimento de que o silêncio por parte do magistrado acerca da manutenção ou não dos efeitos da liminar efetivamente importe em sua revogação, com efeitos imediatos.

Propomos a seguinte alternativa: em primeiro lugar, é necessário o interessado demonstrar seu interesse, ou seja, é necessário que o autor demonstre sua intenção de não se conformar com a decisão tomada; em segundo lugar, devemos reconhecer no magistrado, que tomou a decisão a ser atacada em futuro recurso, o único que efetivamente poderá mudar o efeito de sua decisão.

Sem demonstração de interesse do autor, não há como se reformar a decisão, logo se o mesmo não for diligente, buscando o magistrado prolator da decisão uma melhor solução para o caso urgente, não há de se falar em reforma e, conseqüentemente, perda dos efeitos da liminar, esgotamento, por falta de objeto das vias recursais e trânsito em julgado da decisão.

8 COMO DEMONSTRAR ESTE INTERESSE?

Entendemos que a apresentação de um recurso, como a apelação ou o agravo, é inadequada.

No primeiro, o juiz somente deliberará sobre os efeitos em que a recebe, deixando para o tribunal *ad quem* a decisão sobre os efeitos da liminar, posto que é de sua competência (do tribunal) conhecer do conteúdo do recurso, cabendo ao magistrado *a quo* somente decidir apenas sobre a Admissibilidade do apelo.

Por outro lado, o agravo também não resolverá a questão, simplesmente porque estaremos de erro grosseiro na interposição, que afasta o princípio da fungibilidade recursal. Sentença é decisão que desafia recurso de apelação, não agravo. Sua tramitação é diferente, já que o agravo é interposto diretamente no tribunal, impedindo assim o magistrado de conhecer da questão em tempo.

Também não é meio adequada a interposição de embargos de declaração, isto porque não há omissões, obscuridades ou contradições a serem sanadas na hipótese proposta. Pior que isso, a eventual interposição deixaria o magistrado na obrigação de, antes de emendar sua decisão, ouvir a parte contrária, tendo em vista o evidente efeito modificativo dos embargos. Fato este que inviabilizaria o resultado pretendido (fazer a prova no mesmo final de semana).

Só nos resta uma simples petição nos autos, informando o resultado da decisão e requerendo a renovação da liminar.

De longe, não é a melhor solução, até porque impõe nossa legislação adjetiva (art. 463 do CPC) que:

“Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculos;

II – por meio de embargos de declaração.”

Todavia, não estamos diante de uma alteração da decisão, que seria ilícita por força do supracitado dispositivo legal.

Em realidade, o magistrado apenas decidirá sobre uma questão urgente, advinda da decisão final do processo, especificamente de um de seus efeitos (revogação da liminar anteriormente concedida).

E, se o juiz poderá, na própria decisão renovar seu efeito, por que não mediante requerimento tempestivo da parte?

Mais que isso, se o magistrado pode até mesmo alterar o conteúdo da decisão, por que não poderia suprimir temporariamente um de seus efeitos?

Observe-se que, sendo aceita tal proposta, há de ser manejado pela parte, tempestivamente, o recurso de apelação, renovando inclusive o pedido de manutenção da liminar, tanto para que não se forme a coisa julgada material quanto para que o tribunal decida sobre a questão.

Em assim sendo, estaremos garantindo o princípio da inafastabilidade do judiciário além da efetividade processual.

Como já lecionou Watanabe¹³:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.”

Aqui estamos em posição antagônica em relação a outros doutrinadores, tais como Ferraz¹⁴, que aceitam a resolução da questão por meio da interposição do recurso de apelação, com seu duplo efeito.

Tal discordância deve-se principalmente ao fato de não se prestar, *permissa maxima venia*, a solução proposta aos casos reais que serão enfrentados pelo magistrado.

Mesmo que o juiz afirme em eventual recebimento de apelação que a recebe no duplo efeito, para que essa decisão tenha efeito sobre a autoridade indicada como coatora, na hipótese aventada, haveria de ser expedido novo mandado contendo a decisão que deferiu a manutenção da liminar.

Para tanto, no momento em que se decidisse pelo duplo efeito da apelação, ainda assim, seria necessário decidir novamente sobre a manutenção dos efeitos da liminar, posto que essa decisão é que daria conteúdo ao mandado.

Observe-se que aí o magistrado estaria tomando decisão autônoma e diversa daquela que recebeu a apelação, embora no mesmo “despacho”¹⁵,

13 WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. apud BRASIL, Deilton Ribeiro. Apontamentos sobre a Tutela Jurisdicional Específica do Artigo 461 do CPC. *Jus Navigandi*, Teresina, Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 31 out. 2003.

14 Ferraz, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)* – aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 150/152.

15 Em realidade decisão intercolutória, posto que terá conteúdo decisório.

posto que, se assim não fosse, a autoridade coatora não estaria obrigada a permitir a participação do candidato em certame para o qual os efeitos da liminar estariam exauridos pela decisão de improcedência do pedido.

9 E COMO FICAM AS OUTRAS DUAS HIPÓTESES?

No nosso entendimento, pelos mesmos motivos acima expostos, há de se reconhecer necessidade de se conferir ao magistrado de primeiro grau a oportunidade de “reformular” seu entendimento no sentido de manter os efeitos da liminar em mandado de segurança por ocasião da decisão de mérito, mesmo que essa seja denegatória da segurança pretendida.

Se assim o é, tanto mais adequado é o prolator da decisão final reconhecer sua falibilidade ou sua eventualmente minoritária posição sobre a questão decidida na própria sentença e nela manter os efeitos da liminar até o trânsito em julgado da sentença.

Como vimos, nem sempre a norma processual é adequada à solução dos casos concretos, sendo dever do aplicador do direito preencher as suas lacunas para que o direito material sobreviva (fim último do processo).

10 UMA OBSERVAÇÃO FINAL

Com a presente monografia, não estamos na intenção de desmentir a tese dominante, a de que a liminar concedida está revogada pela decisão de mérito final de improcedência do pedido.

Este é o caminho natural da decisão provisória: ser substituída pela decisão definitiva.

Todavia, pela hipótese acima indicada, restou evidente que casos existem em que tal verdade deve ser confrontada e superada. Isso para o bem da sobrevivência do direito material defendido por meio do processo.

Visualizemos outras hipóteses de *hard cases* e novamente estaremos diante dessa realidade.

Assim o é que *deve* o juiz deferir a manutenção dos efeitos da liminar e, se prudente o for, *determinar* tal providência no dispositivo da própria sentença quando o autor estiver reivindicando o fornecimento de medicamentos não listados pelo Ministério da Saúde, mas indispensáveis para o tratamento de uma doença grave como o *câncer* em suas mais variadas formas.

No mesmo sentido, *deverá* o magistrado determinar a manutenção dos efeitos da liminar quando os pais não autorizam determinada intervenção cirúrgica, por motivos religiosos, e os médicos ou hospital em que está internada a criança a ser submetida ao tratamento de urgência interpuorem a demanda.

Nesse último caso, então, sequer haverá legitimidade ativa na ação; todavia, não deve ser esse ser um empecilho para a análise do conteúdo do pedido.

Finalizando, nosso entendimento é no sentido de que a norma processual é que deve se adequar ao direito material, nunca o contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* – art. 5º, LXXV.

BRASIL, Deilton Ribeiro. Apontamentos sobre a Tutela Jurisdicional Específica do Art. 461 do CPC. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 31 out. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. As Modernas Formas de Interpretação Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 31 out. 2003.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001.

DAL COL, Helder Martinez. Os Efeitos da Apelação Interposta em Mandado de Segurança quando o Juiz, por Ocasão da Sentença, Revoga a Liminar. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em Mandado de Segurança: Natureza Jurídica e Importância Histórica. Uma Tentativa de Reenquadramento Dogmático em Face das Últimas Reformas Processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança* – (individual e coletivo) aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=874>>. Acesso em: 7 jan. 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 de out. 2003.

SANDIM, Emerson Odilon. Qual a Situação da Tutela Antecipada Frente à Sentença de Improcedência do Pedido?. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=884>>. Acesso em: 7 jan. 2004.