

ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUBSTITUTIVO ATIVO À APELAÇÃO E A TUTELA RECURSAL ANTECIPADA

Sergio de Andréa Ferreira

Advogado. Professor Titular no Rio de Janeiro.
Desembargador Federal, aposentado. Ex-Membro do
Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de
Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros

Resumo: Efeito ativo aos recursos de agravo e de apelação, identificada como modalidade antecipada de tutela, em função das decisões indeferitórias e de sentenças de improcedência da ação.

Palavras-Chave: Efeito Ativo, Recurso, Tutela, Agravo, Processo Civil, Apelação, Antecipação, Cautela.

1. A atribuição de **efeito ativo**, aos recursos de **agravo** e de **apelação**, em face, respectivamente, de decisões indeferitórias e de sentenças de improcedência da ação, tem sido, por muitos, identificada como **modalidade** de **antecipação de tutela**.

2. Sobre a **interação** entre o **efeito ativo** do **recurso desprovido de suspensividade** e a **tutela recursal antecipada**, reproduzamos elucidativo trecho de voto do Desembargador Federal NEWTON DE LUCA (Relator do Ag. Reg. em Ag. de Instr. nº 96.03.09020112-SP, TRF-3ª Região, 2ª Turma, julg. em 22.04.97, Boletim da AASP nº 2.088, p. 833):

"Conscientizaram-se os legisladores de que 'apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios para que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado. Há casos de que nada adianta o futuro provimento do recurso, se os fins por ele visados já se houverem tornado irrealizáveis' (EDUARDO TALAMINE, 'A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo', 'in' Revista de Processo, nº 80, p. 132).

Para solucionar o impasse, possibilitou-se ao relator do agravo de instrumento conceder efeito suspensivo ao recurso

em casos onde existisse perigo de dano ao direito demandado. Com isso, a intenção era, declaradamente, acabar com o uso anômalo do mandado de segurança.

No entanto, nem bem começou a vigor a salutar alteração, já se pôde antever que a simples concessão do efeito suspensivo não atingiria seu escopo nem era apta a atender às expectativas do novo processo. Ressentia-se o sistema processual de um instrumento capaz de garantir a efetividade do recurso nos casos em que a **decisão agravada fosse de cunho negativo (aquela que nega o pedido da parte)**. Foi diante dessa inexorável constatação que começou a surgir, em sede doutrinária e no âmbito forense, a discussão sobre ser ou não possível conceder antecipadamente a tutela recursal esperada, o que já foi chamado de '**efetivo ativo**', em uma espécie de contraposição ao caráter predominantemente '**passivo**' do efeito suspensivo nesses casos.

Em casos assim (**quando a decisão agravada é de cunho negativo**) se o juiz se limitar a conceder apenas o efeito suspensivo, atendendo a dicção ortodoxa do inciso II, do art. 527 do CPC, nada adiantaria ao agravante, pois a suspensão do processo não terá o condão de trazer-lhe o pleito que corre risco de perecimento e que lhe fora negado em primeira instância.

Nesse caso, para resguardar seu direito, deverá o recorrente **impetrar mandado de segurança, visando obter o mesmo provimento meritório que se discutirá no agravo de instrumento**. Antecipará o '**mandamus**' a matéria discutida no recurso (nesse sentido, vide HUGO DE BRITO MACHADO, 'O mandado de segurança e a reforma do agravo', 'in' Revista Dialética de Direito Tributário, nº 07, p. 27).

Tal prática, que a reforma pretendeu combater, já era corriqueira nos tribunais, especialmente nos Tribunais Regionais Federais, **sendo este um dos motivos do invencível**

número de processos que aguarda julgamento na Corte. Assim, é dentro dessa ótica que insiro o discutido 'efeito ativo' do agravo de instrumento, que prefiro chamar de 'antecipação da tutela recursal', inspirado nas próprias inovações trazidas pelas alterações processuais.

Percebo que, ao adotar-se a tese de que não se pode antecipar a tutela recursal, o uso anômalo do mandado de segurança continuará e com ele o congestionamento dos tribunais se perpetuará. Nesse caso, os principais objetivos da reforma (celeridade e simplificação) terão sido desatendidos. Essa constatação é, a meu ver, suficiente para amparar a busca de outros rumos hermenêuticos.

*Então, quer me parecer que o escopo nas novas regras processuais e da nova visão instrumentalista, permite-nos inferir a existência de um **poder geral de antecipação da tutela.***

*O prof. VICENTE GRECO FILHO, sem fixar uma posição sobre a pendenga, ao analisar a questão em sua obra 'Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória', depois de lamentar que o mandado de segurança continuaria tendo de ser usado, **anteviu no sistema a presença do poder geral de antecipação** que solucionaria a questão. No entanto, deixou ao encargo da jurisprudência a interpretação dessa possibilidade. Disse:*

'Outra alternativa seria, mas isso dependerá de os Tribunais acolherem a tese, admitir-se a tutela antecipada do agravo, por analogia ao art. 273, ou seja, se o agravante precisa de um provimento positivo imediato, poderia pleiteá-lo a título de tutela antecipada à pretensão definitiva do recurso, eliminando com isso a necessidade de mandado de segurança' (1996, SP, Saraiva, p.37).

Também no sentido da administração da antecipação da tutela em sede recursal, manifestou-se TEORI ALUINO

ZAVASCKI, eminente Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

'Se a única maneira de afastar o perigo de dano ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação' ('Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais', 'in' Revista do Advogado, nº 46, p. 33).

Também o jovem processualista paranaense, LUIZ GUILHERME MARINONI, parece comungar dessa visão, pois em seu livro 'A antecipação da tutela na reforma do processo civil' afirma, sem maiores considerações, que 'é possível, ainda, o requerimento da tutela antecipatória no tribunal' (SP, 1995, Malheiros, p. 61).

Por fim, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e também um dos condutores da reforma processual, assevera com sabedoria:

'Nesse ponto cabe uma perquirição: 'quid iuris', se a decisão interlocutória tiver conteúdo negativo e, portanto, não comportar cumprimento a ser suspenso? Assim, p.ex., a decisão denegatória da perícia, que a parte insta como necessária e urgente ante a iminência de desaparecimento dos vestígios de um determinado evento. A mera suspensão dos efeitos da decisão impugnada manteria sem solução o requerimento de realização da prova pericial.

Será possível, em casos dessa ordem, a impetração de mandado de segurança para que a decisão denegatória seja

substituída por decisão com conteúdo positivo?

Esta não nos parece ser a melhor solução, inclusive porque a ausência do pressuposto do direito líquido e certo (= fatos incontestáveis, no clássico magistério de COSTA MANSO) manteria a deturpação no emprego do 'writ'. O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando o poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada a perícia, com que será evitado o risco da procrastinação, capaz de torná-la impossível.

Essa diretiva, em última análise, bem se harmoniza com a antecipação dos efeitos da tutela, de tão largo alcance para eficiência do processo e introduzida de forma genérica no direito processual brasileiro pela Lei nº 8.952/94, ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil' ('O novo recurso de agravo e outros estudos', 1996, Rio, Forense, p. 73 e 74).

Isso posto, quer me parecer, 'maxima venia concessa' das doudas posições em sentido contrário, que somente assim estar-se-ia atendendo aos reclamos motivadores da reforma. É relevante mencionar, igualmente, que a jurisprudência desse E. Tribunal já vem enfrentando a presente discussão, sendo conhecidas diversas decisões que entenderam cabível antecipar a tutela recursal no agravo de instrumento, das quais podemos citar, exemplificativamente, a da Juíza SILVIA STEINER, proferida no Agravo de Instrumento nº 96.03.0232009, o do Juiz ARICÊ AMARAL, proferido no Agravo de Instrumento nº 96.03.187542, a da Juíza DIVA MALERLI, no Agravo de Instrumento nº 96.03.0577197, a da Juíza LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, proferida no Mandado de Segurança nº 96.03.158593, e a do Juiz HOMAR CAIS, proferido no Mandado de Segurança nº 96.03.0129380."

3. Citemos, também, as considerações de WILLIAM SANTOS FERREIRA, em seu precioso trabalho, *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal* (São Paulo, RT, 2000, p. 261 e s.), e no qual se consideram a **antecipação** e o **efeito ativo** no seu **inter-**

relacionamento.

3.1. Quanto, especificamente, a esse **efeito ativo**, desenvolve os seguintes aspectos:

*"Como bem ressalta BARBOSA MOREIRA, evidentemente não se trata de 'suspender' a decisão agravada, eis que suspender o que foi negado nada representa - o que o agravante pretende é substituir uma negação por uma afirmação. Talvez em razão disto é que vem sendo utilizada a equivocada terminologia 'efeito ativo' - equivocada, porque estar-se-ia a dizer que suspender os efeitos de uma decisão seria um 'efeito passivo', o que evidentemente não guarda qualquer sintonia, pois tanto a interposição do recurso quanto a decisão do relator, inclusive suspendendo os efeitos da decisão impugnada, são situações processualmente ativas; e, quanto ao 'efeito em si', como se verá, a **concessão da tutela antecipada (o batizado 'efeito ativo')** é decorrência do efeito devolutivo, daí preferirmos a denominação antecipação da tutela recursal. A relação existente entre os dois - efeito suspensivo e 'efeito ativo' -, que justifica a possibilidade do segundo, é o tratamento desigual decorrente da posição que sustenta o cabimento tão-somente do efeito suspensivo."*

3.2. Trata a seguir, o Autor, da questão específica da **tutela recursal antecipada** em sede de **apelação** (p. 263):

"Pois bem: admitida no agravo de instrumento a apreciação pelo relator da concessão de algo denegado pela decisão agravada, tal situação deve, necessariamente, ser admitida para apelação, pois o parágrafo único do mesmo artigo 558 determina que será aplicável o disposto no 'caput' do referido artigo aos casos de apelação."

Não só nas hipóteses de apelação sem efeito suspensivo, previstas no artigo 520, cabe a suspensão dos efeitos da decisão - ou então a concessão do que foi denegado -, mas também em qualquer outra norma do Código de Processo Civil (como o art. 1.184) ou de lei extravagante que preveja

que a apelação só terá efeito devolutivo.

Em que pese a previsão literal do parágrafo único do artigo 558, não é crível que a única característica justificadora da disposição (ausência de efeito suspensivo) fique restrita às hipóteses do artigo 520, pois todas as demais que possuem esta característica têm de ser encampadas pelo dispositivo, até por uma justificativa de integração do sistema. Aqui há uma atecnia legislativa, já que as demais hipóteses não enumeradas no artigo 520 também podem ter esta mesma característica, e seria no mínimo contraditório afastar um comando legal não pela identidade das hipótese (ausência de efeitos suspensivo), mas por uma questão meramente topográfica."

3.3. Sobre a **competência para decidir**, discorre:

"Com referência à competência para apreciação da tutela antecipada em sede recursal, o dispositivo a ser aplicado é o 'caput' do artigo 558. Com isso, eventual pedido de tutela antecipada deverá ser apreciado pelo relator."

4. Em verdade, aprofundada a análise de sua essência, as duas figuras têm, pelo menos, forte **conjunto interseção**, com **elementos comuns fundamentais**.

4.1. Assim, ambas têm origem **cautelar**, eis que, baseando-se, na **viabilidade de um resultado favorável, a final**, buscam proteger os **elementos fáticos e jurídicos** cuja **preservação** é necessária à **eficácia 'iuris'** e à **eficiência 'facti'** da **decisão judicial terminativa**, se favorável.

4.2. A **tutela antecipada** tem sua raiz na chamada **cautelar satisfativa**, que proliferou, antes do advento daquela, exatamente pela necessidade de **antecipação de efeitos da sentença favorável** - embora não dessa, propriamente -, como único meio de a **medida cautelar** cumprir sua **função assecuratória da pretensão principal deduzida em juízo**.

4.3. CARREIRA ALVIM (A *antecipação de tutela na reforma processual*, RF 332: 73 e s.) mostra, com efeito, que a origem da adoção da **tutela antecipatória**, em

nosso ordenamento jurídico, foi a expansão das **medidas cautelares satisfativas**.

5. Mas a **atribuição** do denominado **efeito ativo**, também tem caráter **satisfativo**, eis que enseja a **efetivação**, ainda que **provisória**, de **postulação indeferida**; de **direito não reconhecido** por **sentença de improcedência**.

6. A aproximação da **atribuição** do **efeito suspensivo** ou **substitutivo ativo** com a **tutela recursal antecipada** está em que: (a) nos casos de **decisão deferitória** ou de **sentença de procedência**, o que se pretende é a **suspensão** de sua **executoriedade provisória**, por ter, o **recurso, eficácia**, tão-somente **devolutiva**; (b) nas hipóteses de **decisão denegatória** ou de **sentença de improcedência**, a pretensão é a um **provimento mandamental executório**, que, afastando, total ou parcialmente, a **denegação decisória** ou a **improcedência sentencial**, conduza a **efeitos** que o eventual provimento do recurso assegurará.

7. Está-se, em qualquer das hipóteses, no campo da **tutela jurídica à segurança**, como já demonstrava, com suas festejadas visão e antevisão jurídico-científicas, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao CPC*, Rio, Forense, 2ª ed., 1959, VIII: 293).

7.1. Conforme ensina PONTES (op. e vol. cit., p. 293), há três categorias de **pretensões à tutela jurídica**: à **pretensão à tutela de cognição** (à **sentença** em sentido estrito); à **pretensão à tutela jurídica à execução**; e a **pretensão à tutela jurídica de segurança**.

7.2. Evidencia o Mestre que a **tutela jurídica de segurança** abrange, não só a **asseguração** quanto aos **fatos**, ou quanto ao **processo**; mas também no tocante à própria **pretensão principal deduzida em juízo**; ou seja, serve às duas outras **tutelas**, quer no sentido **processual**, quer no sentido do **direito material**. Assim, se o **direito** está ligado a uma futura **execução**, os **alimentos provisionais** já **antecipam** o **resultado** da própria decisão favorável **de mérito**.

7.3. Destarte, a **tutela de segurança** não é simplesmente **conservativa**, mas pode ser **antecipadora** ou **inovativa**; e pode **adiantar efeitos** das **tutelas de conhecimento** e de **execução**.

7.4. O que não há é **antecipação da cognição**, da **força sentencial** - p. ex. declaratória, constitutiva -, mas de **efeitos da decisão**, de uma parte, portanto, de sua

eficácia global.

7.4.1. Como salienta WILLIAM SANTOS FERREIRA (op. cit., p. 132), mesmo na **tutela antecipada**, não se **adianta** "o **provimento judicial em si** (que definirá a relação jurídica)", mas "**efeitos do provimento definitivo**".

7.4.2. Neste ponto, já frisava PONTES, mesmo a **tutela antecipada** não se confunde com a **cognição** ou a **execução incompletas**, mas **adiantadas**, com há nas **ações executivas**, inclusive na configuração do antigo CPC (art. 298), pois que nestas **ações**, a **sentença** final só **completa** o elemento sentencial já contido no despacho inicial. Na **tutela de segurança**, a **sentença** é independente do conteúdo da **decisão liminar**.

7.4.3. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA (*Comentários ao CPC*, Forense, Rio, 1988, vol. VIII, tomo II, p. 366/367) disserta, com precisão:

*"A matéria está inserida no âmbito mais amplo da **tutela cautelar antecipatória**. Como se sabe, a tutela cautelar assume, normalmente, caráter conservativo. O arresto, por exemplo, mantém apenas a integridade do bem para servir de garantia à futura execução de crédito, a ser promovida pelo requerente da medida. Não avança, porém, em qualquer ato de natureza executiva, limitando-se a conservar o bem para, no momento oportuno, resolver-se em penhora, esta sim, ato serial da execução forçada.*

*Casos há, contudo, em que o juiz não pode prevenir o dano senão antecipando os efeitos da futura sentença de mérito. CALAMANDREI, na sua clássica obra a respeito dos 'provvedimenti cautelari' havia advertido o fenômeno, ressaltando que, em alguns casos, a **providência interina trata de acelerar, em via provisória, a satisfação do direito**. Segundo a análise que então desenvolveu, a natureza do 'periculum in mora' determinaria essa diversidade de efeitos, pois este estaria constituído não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal sobre o mérito, e sim, precisamente, **pela permanência do estado de insatisfação do***

direito, objeto do futuro juízo de mérito, em razão das dilações do procedimento ordinário. E, por isso, concluía que, nesta última hipótese, a providência provisória 'cai diretamente sobre a relação substancial controvertida', antecipando os efeitos da sentença a ser proferida em via principal."

7.4.4. HAMILTON DE MORAES E BARROS (*Breves Observações sobre o Processo Cautelar e sua Disciplina no Código de Processo Civil de 1973*, Rev. Forense, 246, p. 206) ensina:

"Elas (as provisionais) são mais liminares do que cautelares. Ante a necessidade urgente do credor da obrigação alimentar, em obediência ao princípio do 'venter non patitur dilationem', muito embora se reserve o juiz o poder de decidir depois e até de modo diverso, condena o devedor a pagar ao credor desde logo uma antecipação do que poderá resultar da condenação e da liquidação. Depois, em decisão definitiva, mediante cognição plena, é que irá estatuir sobre a existência e o montante do crédito ('an debeatur' e 'quantum debeatur')."

7.4.5. A cautela é **antecipatória**, quando a **segurança** só é possível através da **antecipação dos efeitos da procedência da ação principal**, inclusive sob a modalidade do provimento do recurso.

7.4.6. Em verdade, portanto, a **tutela jurídica de segurança** nunca é **juridicamente satisfativa**, porque nunca o **provimento judicial inicial** esgota, total, nem mesmo **parcialmente**, a **prestação jurisdicional principal**.

O que pode haver é a **irreversibilidade fática**, que, no entanto, é, por vezes, **inevitável**, sob pena de se esvaziar, por exemplo, o instituto da **tutela antecipada**, a qual, na **literalidade da regra**, só exclui, nos termos do **art. 273, § 2º**, se a **"irreversibilidade"** for do **"provimento antecipado"**, isto é, **juridicamente irrecuperável** a situação anterior, apesar de muitos autores acharem isto impossível, porque, juridicamente, haveria, sempre, **reversibilidade**.

Assinala PONTES (op. e vol. cit., p. 304) que às **providências de segurança** se

opõem as **satisfativas**, **satisfação** só obtida na decisão meritória.

8. Destarte, **liminares, cautelares conservativas, tutelas antecipadas, tutelas específicas liminares, atribuição de efeito recursal suspensivo e substitutivo ativo** são todas **medidas tutelares assecuratórias**.

8.1. Dai, todas elas, é certo que com **nuances gradativas**, estarem submetidas ao binômio da **aparência do direito**, e do **periculum in mora**.

8.2. O **conjunto** caracteriza-se - igualmente, com **particularidades** com referência a um ou outro de seus **elementos** - por ser integrado por **medidas de eficácia provisória; preventiva; de urgência**.

9. Em termos de **força** - de **efeito preponderante** -, as **medidas de segurança** são objeto de **ações mandamentais**, que se exercem em **processos** cujo fito é a **sentença de mandamento da medida de segurança**.

9.1. Os **efeitos (elementos) declaratórios e constitutivos** estão presentes, de modo **transitório: declaram ou constituem a situação jurídica temporaneamente**.

9.2. Exemplifica PONTES (op. e loc. cit., p. 315): "a penhora e o arresto diferenciam-se em que aquela **inicia a execução**, e esse apenas **assegura**".

9.3. Nas **ações executivas**, no velho CPC (art. 298), há o **adiantamento da execução**; na **penhora**, existe a **preparação da execução**; no **arresto**, no **seqüestro** e na **busca e apreensão**, ocorre o **acautelamento da execução**, da **prestação**.

9.4. A **apreciação dos aspectos fáticos e jurídicos**, inclusive de **probabilidade**, de **verossimilhança**, embora chamada de *summaria cognitio*, não se confunde com as **ações de cognição incompleta** ou **parcial**, também **provisórias**: mas, nestas últimas, conforme já salientado, a **sentença completa** o **elemento sentencial do despacho inicial**.

10. Conclui-se, portanto, que a **atribuição de efeito substitutivo ativo** e a **antecipação de tutela recursal**, pelos **elementos identificadores comuns** e por pertencerem ao gênero dos **provimentos de segurança**, não se excluem.

10.1. A **novidade dos institutos jurídicos** em tela; sua **integração** com os já

anteriormente existentes e que **continuaram a ser operativos**; e a **variedade de situações** que não foram expressamente previstas na legislação processual, no tocante à **aplicação dos novos institutos** e de sua **interação** com os **clássicos**, todos estes fatores levam a que diversifiquem os entendimentos acerca destes vários aspectos e sobre aquele que nos interessa, nesta passagem, e que é a da eleição do **veículo processual** a ser empregado na instrumentalização de utilização de todo este cobedal.

10.1.1. É mister que se sublinhe que o Direito oferece, quase sempre, mais de uma vereda a ser palmilhada; mais de um instrumento a ser manejado, e o interessado pode escolher uma das vias postas à sua disposição.

10.2. Diante deste quadro, há-de, segundo os critérios de **razoabilidade**, optar-se pelo **remédio processual** mais **abrangente** e mais **seguro**.

10.3. Cabe lembrar, neste passo, que cabe a interposição de **agravo** contra a **decisão**, de primeiro grau, que **recebe o apelo** apenas no **efeito devolutivo**, não obstante o **pedido de atribuição de efeito ativo**, em harmonia com o de **concessão de tutela recursal antecipada**, contido na própria apelação; **agravo** este que pode ficar **retido**.

10.3.1. Nestas circunstâncias, exsurge, em tal moldura, o **interesse processual** no ajuizamento de **remédio processual** de **segurança** e de **urgência**.

10.3.2. O próprio WILLIAM SANTOS FERREIRA (op. cit., p. 284) que admite variantes, conclui que, "se o desejo é por uma postura mais segura, enquanto a questão não for definida pela jurisprudência", faz-se aconselhável, conjugadamente com o **regime retido**, a utilização de **remédio processual autônomo**.

11. Apresenta-se ele de formatação mais ampla e flexível, do que outras eventuais medidas, a abranger a simples petição de atribuição de efeito suspensivo ativo ou o mandado de segurança.

12. Por seu turno, o **art. 800, parágrafo único**, do **CPC**; e o **art. 288 do Regimento Interno do STJ** explicitam a admissão nas hipóteses e na forma da lei processual, de **medida cautelar** requerida ao **Relator**, e **por este concedida, uma vez interposto o recurso**.

13. A **medida cautelar** requerida nos termos dos **arts. 798, 799 e 800, parágrafo único**, do CPC, parece-nos adequada e de inquestionável aceitação.

13.1. Saliente-se o seu caráter amplo do **processo cautelar**, como veículo das **medidas provisionais de segurança** e de **urgência**, consagrado, nos **arts. 798 e 799** do CPC, o **poder geral assecuratório** atribuído à **Justiça**.

14. Não estão presentes, outrossim, as **limitações** - de resto, **inconstitucionais** - que a legislação vigente impõe a **cautelares** e à **tutela antecipada** em face de órgãos e entidades dos Poderes Públicos.

14.1. Em expressiva decisão, o Ministro CELSO DE MELLO (Reclamação nº 1.626-9/ES, medida liminar), esquematiza:

"O ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público.

Esse entendimento - que admite a antecipação jurisdicional dos efeitos da tutela - resulta de autorizado magistério doutrinário (NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, 'Código de Processo Civil Comentado', p. 751, item nº 26, 4ª ed., 1999, RT; SERGIO SAHIONE FADEL, 'Antecipação da Tutela no Processo Civil', p. 85, item nº 25.1, 1998, Dialética; CARLOS ROBERTO FERES, 'Antecipação da Tutela Jurisdicional', p. 45, item nº 14, 1999, Saraiva; REIS FRIEDE, 'Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar', p. 195/196, item nº 18, 5ª ed., 1999, Del Rey; J. E. S. FRIAS, 'Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública', in Revista dos Tribunais 728/60-79, 69-70; DORIVAL RENATO PAVAN/CRISTIANE DA COSTA CARVALHO, 'Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar', in Revista de Processo 91/137-169, 145, v.g.).

Na realidade, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, na redação dada pela Lei nº 8.952/94 - e observadas as restrições estabelecidas na Lei nº 9.494/97 (art. 1º) -, tornar-se-á lícito ao magistrado deferir a

tutela antecipatória requerida contra a Fazenda Pública.

.....
A Lei nº 9.494/97, ao dispor sobre o tema ora em análise, assim disciplinou a questão pertinente à antecipação da tutela relativamente aos órgãos e entidades do Poder Público:

'Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, e no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.'

O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas."

14.2. Em artigo sobre *A Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública no Processo Tributário* (RTJE, 167: 29 e s.), DJALMA ANDRELINO NOGUEIRA JÚNIOR destaca:

"No âmbito do direito processual tributário, somente os arts. 1º, § 3º, e 4º, da Lei nº 8.437/92, indicados pelo art. 1º, da Lei nº 9.494/97, são aplicáveis a ele. Em razão da primeira hipótese, a antecipação da tutela não será cabível quando esgotar no todo ou em parte, o objeto da ação. Em decorrência da segunda disposição, a execução da tutela antecipatória poderá ser suspensa, pelo presidente do tribunal para o qual caiba o conhecimento do recurso respectivo, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à economia pública.

O art. 1º, da Lei nº 9.494/97 submete à tutela antecipada a aplicação do § 3º, do art. 3º, da Lei nº 8.437/92, que assim dispõe: 'não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação'. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA define o termo 'esgotar', como sendo 'enxugar, secar, exaurir, privar de todo conteúdo'. Juridicamente, entretanto, o vocábulo foi empregado no sentido de exaurir o objeto da ação, de modo a criar uma situação de irreversibilidade.

A propósito, vale ressaltar as ponderações do Prof. HUGO DE BRITO MACHADO a respeito da liminar satisfativa e a exauriente:

'É comum o indeferimento de medida liminar, ao argumento de que se trata de liminar satisfativa. Na verdade toda medida liminar é de certa forma satisfativa, no sentido de que satisfaz a pretensão do impetrante.

O que não deve o Juiz conceder, em princípio, é a medida liminar plena e definitivamente satisfativa, como tal entendida aquela providência que atende inteiramente a pretensão do impetrante, de sorte a torná-lo desinteressado pela sentença final, que nada vai acrescentar no atendimento de sua pretensão, que já está definitivamente satisfeita.

.....
A doutrina se refere ao pleno exaurimento da ação. Este é que seria impeditivo da concessão da liminar. A nosso ver esse pleno exaurimento caracteriza-se precisamente quando o provimento liminar cria, em favor do requerente, uma situação irreversível, tornando ineficaz a sentença que afinal venha a denegar a segurança impetrada.'

Assim, seria absolutamente desnecessária a referência ao citado § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, pela Lei nº 9.494/97,

em razão de que a própria disposição do § 2º, do art. 273, do CPC, já impede a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado."

14.2.1. Eaduz:

"Em todas as ações de rito comum que, em matéria tributária não tenham como objeto do pedido a restituição total ou parcial de quantias pagas a título de tributos (art. 165, CTN), é possível a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273, do CPC, desde que presentes, é claro, os requisitos formais para a outorga do benefício processual. Aí incluem-se as ações que tenham como objeto dos pedidos, a nulidade na constituição do crédito tributário, o direito à compensação de valores antecipados no regime da substituição tributária progressiva (art. 150, § 7º, da Carta Magna) e a declaração de inexistência de relações jurídico-tributárias."

14.3. HELENILSON CUNHA PONTES (A *Tutela Antecipada e a Compensação Tributária*, R. Trib. Reg. Fed. 1ª Reg., 9(4): 33-42) conclui pelo cabimento do **provimento antecipatório**, no campo da **compensação tributária** (cf. **Súmulas STJ nºs. 212 e 213**):

"Em outras palavras, a medida judicial antecipatória nada tem de irreversível, pois tão-somente permite ao contribuinte efetuar a compensação pretendida sem submeter-se a lançamento fiscal acrescido de juros e multa, até o trânsito em julgado do processo judicial quando, afinal, haverá a pronunciamento judicial sobre o caráter compensável dos recolhimentos apontados como indevidos, bem como das demais questões de mérito elencadas no pedido inicial da demanda."

14.4. Específico sobre a questão é o acórdão da 2ª Turma do TRF-2ª Região (AI nº 99.02.29446-4/RJ, Relator, Desembargador Federal CASTRO AGUIAR, julg. em 24.11.99).

O Relatório tem o seguinte teor:

"Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que indeferiu a medida liminar pretendida pela parte autora, objetivando garantir seu direito à utilização dos créditos provenientes de estímulos fiscais relativos ao IPI incidente sobre a venda de produtos industrializados para o exterior, na forma do Decreto-lei nº 491/69 e Lei nº 8.402/92, e normatizado pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nºs. 21/97 (consolidada pela de nº 73/97) e 37/97, ao argumento de ausência dos pressupostos ensejadores de tal medida e, também, que 'compensação tributária não pode ser deferida por medida liminar, Súmula nº 212 do STJ'.

Alega a agravante que a decisão agravada versa sobre discussão diferente da apresentada nos autos, tendo em vista que discute a vedação à compensação tributária através de medida liminar, em face da Súmula nº 212 do STJ, quando se pretende, apenas, a consecução de um direito, constitucionalmente assegurado a partir do princípio da não-cumulatividade, requerendo a manutenção dos créditos incentivados, resguardados em face da imunidade conferida às operações de exportação. Sustenta, ainda, que preenche todos os requisitos necessários para concessão da medida pretendida."

No voto, lê-se:

"Trouxe a este Relator jurisprudência do STJ, favorável à sua tese e no sentido de que: 'Conforme estabelecido na legislação de regência, o benefício fiscal previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 461/69 (crédito-prêmio do IPI), tanto pode ser recebido em moeda corrente, como pode ser usado para o pagamento de outros tributos' (STJ, 1ª Seção, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 44.727/DF, julg. em 11.11.98, DJ de 14.12.98); 'O excedente do crédito-prêmio será pago em espécie, depois de compensado com os débitos do IPI e outros impostos federais' (STJ, 2ª Turma, Relator Ministro PEÇANHA

MARTINS, REsp nº 49.081/DJ, julg. em 22.05.97, DJ de 12.08.97).

.....
Isto posto, dou provimento ao agravo, para, atribuindo efeito suspensivo à decisão agravada, conceder a liminar substitutiva, para não sofrer a agravante, qualquer coação, por parte da autoridade coatora, que venha a exigir-lhe o estorno e, via de consequência, cobrá-la do valor do IPI, conforme requerido."

15. A **competência** para decidir sobre a **liminar - medida de segurança e urgência**, dentro do próprio **processo cautelar** - é do **Relator**.

15.1. Conforme decidiu o STJ,

"sendo o despacho concessivo de liminar em cautelar uma prerrogativa do Relator, submetê-lo ao 'referendum' do órgão julgador constitui uma liberalidade e não uma obrigatoriedade" (Medida Cautelar nº 1.048-CE-Ag.Rg., Relator Ministro FLAQUER SCARTEZINI, julg. em 11.11.97, DJU de 15.12.97, p. 66.459).

15.2. Outrossim, como o próprio diploma regimental explicita, o **processo cautelar**, no **Tribunal**, obedece à **forma**, ao **procedimento** da **lei processual**, que admite a **concessão da liminar inaudita altera parte**.