

Recebimento do artigo: 30/09/2006

Aprovado em: 10/10/2006

Antônio Cláudio da Costa Machado

Sumário

1 A garantia do devido processo legal. 2 A instituição da tutela antecipada como cumprimento da garantia constitucional. 3 A preponderância do direito fundamental à efetividade sobre o direito fundamental à segurança. 4 A questão da constitucionalidade das regras que limitam a outorga de liminares. 4.1 A liminar em mandado de segurança. 4.2 Devido processo legal e concessão de outras liminares.

Resumo

O presente trabalho tem como escopo investigar a tutela antecipada como forma de realização da garantia do devido processo legal e demonstrar que o art. 273 do CPC significa a preponderância do direito fundamental à efetividade sobre o direito fundamental à segurança. Num segundo momento examina-se a questão da constitucionalidade das regras que limitam a concessão de liminares para concluir pela legitimidade constitucional de tais limitações.

Palavras-chave

Devido processo legal. Tutela antecipada. Medida liminar. Direito fundamental. Garantia constitucional. Limitação às liminares. Mandado de segurança.

Abstract

The present work has as scope the investigation of the anticipatory measures as a way to achieve the due process of law guarantee and the demonstration that the art. 273 of the Brazilian Civil Procedure Code means the preponderance of the fundamental right of effectiveness over the fundamental right to security. In a second moment comes the examination of the question concerning the constitutionality of the procedure rules that establish limitations to the concession anticipatory measures and the conclusion that such limitations are authorized by the Constitution.

Key words

Due process of law. Anticipatory measure. Judicial measure in limine. Fundamental right. Constitutional guarantee. Limitation to the judicial measure in limine. Writ of mandamus.

84 **1 A garantia do devido processo legal**

Segundo o ensinamento de Cintra-Grinover-Dinamarco, o direito processual constitucional corresponde à “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” e compreende, por um lado, “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e, por outro lado, a “jurisdição constitucional” que se identifica com “o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades” (a que abarca os remédios processuais-constitucionais: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular). Já a tutela constitucional do processo, em específico, que é propriamente tema da teoria geral, possui dupla configuração: “a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal)”¹. Será justamente à luz do binômio acesso à justiça-direito ao processo, mas principalmente deste último princípio, que procuraremos abordar a liminar antecipatória².

Como é de todos sabido, até a promulgação da Constituição de 1988, os processualistas civis procuravam, pela via exegética, extrair do texto do § 4º, do art.153, da Constituição anterior, a garantia do *due process of law*, sob o argumento de que o princípio da inafastabilidade a ela se prendia visceralmente. Assim, a partir de tal postura interpretativa, defendia-se a idéia de que a par da consagração do direito à prestação jurisdicional, o § 4º, do art. 153, representava garantia cujo conteúdo era o próprio processo, não como mera ordenação de atos, por meio de um procedimento qualquer, mas sim o “devido processo legal”³.

Felizmente, e demonstrando sensibilidade à tendência universal de constitucionalização do processo, a Constituição de 1988 deu um grande passo avante ao estabelecer em duas regras separadas os princípios da inafastabilidade jurisdicional (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – art. 5º, inc. XXXV) e o do *due process of law* do direito anglo-saxão (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – art. 5º, inc. LIV). Observe-se que, a par do reconhecimento da importância da ciência processual, a inserção desta

¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral de Processo**. 8. ed. São Paulo: R.T., 1991, p. 76.

² Como é sabido, a liminar antecipatória corresponde somente a uma das formas de manifestação de antecipação da tutela, mas porque é seguramente a mais importante – além da mais delicada e perigosa no manuseio – exige uma abordagem constitucional específica.

³ Neste sentido MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 91-92. v. 1, além dos mesmos CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, na 2ª edição, de 1979, do excelente **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: R.T., p. 50-51.

regra na Lei Maior significa direta e imediatamente, no plano normativo, a consagração de pelo menos duas garantias diferentes: a) a de que a elaboração da lei processual haverá de obedecer, formalmente, os estritos ditames do processo legislativo, assim como disciplinado pela própria Constituição, e, substancialmente, os critérios de racionalidade, razoabilidade, igualdade e justiça; b) a de que por meio de um instrumento hábil (de um processo constituído segundo os modelos formal e substancial descritos acima) é que se dará a aplicação da lei material ao caso concreto pelo Estado-juiz com vista à emissão de provimento que legitimamente interfira na órbita jurídica do demandado⁴.

Afora as garantias que acabamos de mencionar e que decorrem diretamente do texto do art. 5º, inc. LIV, outras manifestações do devido processo legal encontram-se na previsão constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa, hoje estendidos a todos os tipos de processo e ao procedimento administrativo (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁵ – art. 5º, inc. LV), bem como na que estatui o princípio do juiz natural em sua dupla significação (“não haverá juízo ou tribunal de exceção” – art. 5º, inc. XXXVII; “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁶ – art. 5º, inc. LIII). Nesse passo, vale transcrever a lúcida observação de Ada Pellegrini Grinover sobre o complexo de princípios atrás referido quando ensina que “à raiz da regularidade do processo e da justiça das decisões, se colocam, como fatores legitimantes do próprio exercício da jurisdição, certas garantias do devido processo legal, em sua acepção mais atual (...) a defesa e o contraditório, as quais guardam íntima conexão entre si,

⁴ Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (**Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 89). Tucci e Tucci vêm na “paridade de armas entre as partes visando à igualdade substancial” uma terceira garantia inerente ao devido processo legal

⁵ Vicente Greco Filho ensina que “consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora é essencial à Administração da Justiça (CF, art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável” (**Direito Processual Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47).

⁶ Sobre a proibição dos tribunais de exceção, esclarece mais uma vez Vicente Greco que ela não se confunde com as justiças especiais, mas “refere-se a eventual criação de órgãos específicos para decisão civil ou penal de casos determinados, fora da estrutura do Poder Judiciário e, evidentemente, sem as garantias de investidura e de exercício”. E acrescenta: “a criação de juízo de exceção viola, também, o princípio do juiz natural. A instituição do órgão jurisdicional deve ser anterior aos fatos, de forma que, quando ocorram, já seja possível indicar o tribunal que decidirá a questão”. Pouco mais a frente ensina que “tal regra (referência ao juiz natural) significa que as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente” (**Direito Processual Civil Brasileiro**, *op.cit.*, p. 45-46).

86 relacionando-se também com a igualdade e a *par conditio*” fechando-se “... o círculo das garantias das partes e da jurisdição, as quais servem, assim, em última análise, à própria imparcialidade do juiz”⁷.

Em suma, todo esse complexo de princípios inerentes à cláusula do devido processo legal, toda essa gama de garantias, ditas fundamentais, outorgados ao cidadão contra o Estado no âmbito da jurisdição civil, representa, numa única idéia, apenas o anseio de aproximar mais e mais o processo da justiça substantiva e a atividade judiciária da tutela da liberdade.

Concluída essa rápida introdução que desenvolvemos, vejamos como a liminar antecipatória se comporta sob a ótica da tutela constitucional do processo e, mais especificamente, à luz da garantia do devido processo legal.

2 A instituição da tutela antecipada como cumprimento da garantia constitucional

Escrevendo ainda ao tempo da Constituição de 1967, Kazuo Watanabe já sustentava que o art. 153, § 4º, em sua essência assegurava “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais”, afirmando, ainda, que tal conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes⁸.

O que Kazuo Watanabe, já àquela época, desejava enfatizar é que a garantia do devido processo legal inserta na Constituição, precisava deixar de ser enxergada – assim como outros tantos direitos – como objeto de mero “conselho político” ou “expectativa constitucional”, resultado da “propensão conformista” de qualificar as promessas constitucionais de difícil realização como normas programáticas, e passar a ser vista como regra de aplicação imediata pelo Judiciário, como disposição constitucional de normatividade efetiva, de sorte a permitir a compreensão da existência de instrumentos adequados à proteção eficaz de todos os direitos⁹.

⁷ **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 4. Em nota de rodapé à passagem transcrita, Ada Pellegrini Grinover cita Taormina para quem o caráter de imparcialidade da função jurisdicional deita raízes na contraposição dialética jurisdicional entre acusação e defesa, que se exprime no contraditório. O raciocínio vale para o processo civil. Em outro trabalho, Ada Pellegrini afirma que “se o escopo da cláusula é a proteção de direitos individuais, somente assegurando o contraditório e a igualdade das partes poderá o juiz proferir imparcialmente sua decisão” (**As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: R.T., 1993, p. 40).

⁸ **Da cognição no processo civil.** São Paulo: R.T., 1987, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 22. Nesta passagem Watanabe cita Fábio Konder Comparato (são dele os dois primeiros termos entre aspas no texto) para quem tais normas são dotadas de “bilateralidade atributiva”, de

Na verdade, a partir de 1988, com a promulgação da nova Carta que consagrou explicitamente o princípio do devido processo legal, ficou mais fácil sustentar a tese de que significa mais do que “esperança” a construção de procedimentos dotados de agilidade e eficiência para a consecução do ideal de efetividade do processo. Afinal de contas, a garantia que vimos examinando não é mais resultado de inferência do princípio da inafastabilidade jurisdicional – o que indubitavelmente mitigava no plano interpretativo a força do preceito¹⁰ – mas objeto de previsão constitucional expressa, o que dá à cláusula, a um só tempo, realidade jurídica e potencialidade hermenêutica para ser, de uma vez por todas, entendida como receptáculo de vontade manifestada pelo legislador constituinte, de conteúdo definido, e não apenas “conselho” ou “promessa”. Portanto, em face do que temos hoje, não é mais possível negar, sob qualquer pretexto, que o que a Constituição nos assegura no seu art. 5º, inc. LIV, é, de fato, o direito ao justo processo concebido como o processo cuja construção pela lei é necessariamente inspirada pela racionalidade, razoabilidade, igualdade e senso de justiça, sob pena de, não sendo, ter sobre si a mácula da inconstitucionalidade por violação ao princípio do devido processo legal. Mas não é só. Além disso, é preciso não perder de vista que pensar em racionalidade, senso de justiça etc., como matéria-prima do justo processo, não é nada menos do que a exigência de colocá-lo em franca aderência à realidade social e suas idiosincrasias, posto que se o processo que se constrói não contribui nem potencialmente para modificar a realidade, não representa instrumento de transformação, não agride de alguma forma a situação vigente, dele já não se pode dizer que se trate de devido, muito menos de justo processo. Em suma, falar-se de devido processo legal, à luz dessas considerações, é o mesmo que apontar para a exigência de construção de procedimentos que, pelo menos num plano hipotético, representem instrumentos hábeis a gerar tutela jurisdicional efetiva, porquanto aderentes à realidade no sentido mais amplo em que a possa conceber e perceber o legislador ordinário.

E quanto à liminar antecipatória, que relação pode guardar ela com todo esse quadro da tutela constitucional do processo e, mais especificamente, com a garantia do devido processo legal?

Em primeiro lugar, e antes de mais nada, é preciso fazer registro que o instituto da tutela antecipatória, como um todo, quer na sua configuração específica (a dita “tutela

forma a permitir a sua aplicação, apesar da omissão da lei ordinária; cita também Barbosa Moreira (é ele quem fala de “propensão conformista”) que, tomando como exemplo o art. 180 da CF 67, sustenta a possibilidade de se “reclamar do juiz que assegure ou restabeleça o império da norma”.

¹⁰ Para ilustrar o que afirmamos, parece interessante lembrar a relutância dos nossos tribunais, e da própria doutrina, de admitir o duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional do processo, apenas porque não há na Carta texto expresso nesse sentido, embora a instituição dos tribunais e a distribuição de competências presentes no seu bojo apontem de forma indiscutível para a existência dessa garantia.

88 específica” antecipada das obrigações de fazer do art. 461, § 3º, e, mais recentemente, a das obrigações de entregar coisa do art. 461-A, § 3º), quer na sua configuração genérica (a “tutela antecipada” propriamente dita, a disciplinada pelo art. 273, sob qualquer de suas formas) representam o cumprimento rigoroso do ditame constitucional traduzido na cláusula do *due process of law* inserida no art. 5º, inc. LIV. Com efeito, a inserção no procedimento comum (ordinário ou sumário) de uma autorização genérica para que o magistrado antecipe, por decisão interlocutória, os efeitos fáticos da providência final de mérito, significa que o legislador infra-constitucional resolveu transformar o modo de ser do processo civil de 1973 para que este pudesse enfrentar a realidade dramática da lentidão da nossa Justiça, o maior fator de comprometimento da efetividade da tutela dos direitos.

Em outras palavras, para avançar no sentido da busca de uma “ordem jurídica justa”, o legislador ordinário decidiu construir um processo civil mais justo (o justo processo), mediante a instituição de uma nova fase procedimental no processo de rito comum com o que elimina em variadas situações, o longo percurso para se alcançar uma solução, tornando, assim, racional e eficiente a outorga da prestação jurisdicional pelo juiz. Ao escopo de racionalização da feitura de justiça (num contexto de lentidão generalizada, racionalizar é afastar o impedimento da agilidade) contrapõe-se a razoabilidade do condicionamento da antecipação, expressa na dependência de preenchimento de dois requisitos vigorosos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Talvez bastasse o primeiro. Porém, o senso de justiça do legislador – formado aos pés da realidade judiciária brasileira em sua multiforme problemática – não permitiu que se abrisse mão do segundo como medida de salvaguarda, por certo dada a imensidão de poder que isso representaria nas mãos da nossa primeira instância¹¹.

Vê-se, destarte, que o instituto da antecipação da tutela – não só ele, mas também outras tantas figuras criadas ou remodeladas pelas sucessivas reformas que vimos assistindo nos últimos anos – representa realização infra-constitucional da garantia do devido processo legal como direito ao justo processo. Contudo, por favor, não se veja nisso argumento para se chegar ao ponto de dizer que tal forma de antecipação poderia ser reputada existente mesmo sem previsão no Código de Processo Civil. Absolutamente não. Que a criação da tutela antecipatória seja cumprimento pelo legislador ordinário da determinação constitucional do *due process of law*, isto é exato, não assim que a própria

11 Proto Pisani assevera que “*il ricorso alla tutela sommaria sia razionalmente giustificato e non costituisca pertanto un ingiustificato privilegio (nel doppio significato di violazione del diritto di difesa o del principio di eguaglianza dei cittadini): ... quando essa sia diretta a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale con riferimento a tutte quelle situazioni di vantaggio, a tutti quei diritti, che ... subirebbero ... un pregiudizio irreparabile ... ove dovessero permanere in un stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per la emanazione di una sentenza (esecutiva) a termine di un processo a cognizione piena ed esauriente*” (Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1979, p. 568-569).

cláusula possa autorizar, sem a devida regulamentação, que os juízes saiam concedendo liminares ao arrepio da lei processual *stricto sensu*. Esta idéia, bem como a de que o juiz, mesmo em face dos claros termos do art. 273, dispense, por exemplo, o *periculum in mora* para a concessão liminar da antecipação, representam, em tudo e por tudo, negação da própria garantia que a Constituição quis estabelecer. Coisa bem distinta disso era, no regime constitucional anterior, a incessante tentativa de se extrair, pela via exegética, a máxima carga normativa da disposição que estabelecia o princípio do acesso à justiça, com vista até a levar o legislador ordinário a cumprir o seu “dever” de nos dar o justo processo; ou, ainda, no regime antigo ou atual, reinterpretar dispositivos processuais à luz dos sub-princípios que compõem a cláusula do devido processo legal para sustentar, por exemplo, a viabilidade de providência acautelatória de direitos potestativos – o que sempre foi objeto de controvérsia –, já que o justo processo há de representar tutela para todo e qualquer direito. Tais atitudes exegéticas expressam afirmação do *due process of law* e não a sua negação¹².

3 A preponderância do direito fundamental à efetividade sobre o direito fundamental à segurança

Uma outra abordagem constitucional, que corrobora o que vimos sustentando, mas que vai além porque visualiza a antecipação da tutela na perspectiva da relação entre as garantias, é a que faz Teori Albino Zavascki, a cujo magistério não podemos deixar de nos reportar¹³.

Depois de esclarecer que nem sempre é possível a convivência harmônica entre todos os direitos consagrados na Constituição – do que resulta o fenômeno de tensão denominado colisão ou conflito de direitos – afirma Teori Zavascki a necessidade de se estabelecerem “critérios principiológicos de solução dos conflitos, de modo a que se possa obter concordância prática entre os direitos”. Segundo esse autor, as regras de solução, que se expressam tanto pela via legislativa ordinária como pela via judiciária direta, fundam-se basicamente nos seguintes postulados: a) princípio da necessidade (a lei ou o juiz só deve intervir para resolver um conflito real, vale dizer, aquele que decorre da efetiva impossibilidade de convivência entre direitos); b) princípio da

¹² Kazuo Watanabe já abordara o assunto no texto que dele transcrevemos anteriormente (**Da cognição no processo civil**, *op. cit.*, p. 21); v. nota de rodapé n. 9. Luiz Guilherme Marinoni se vale exatamente do expediente interpretativo referido para sustentar a presença da “tutela sumária antecipatória” no Livro III do CPC (**Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: R.T., 1992, p. 91).

¹³ Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Advogado**, v. 46, p. 27 e segs.. Zavascki inicia seu trabalho dizendo que “as normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos (e esse é o caso das normas que disciplinam a antecipação de efeitos da tutela ...), a função de concretização e de harmonização de direitos fundamentais” (*op. cit.*, p. 27).

90 menor restrição possível, também chamado de princípio da proibição de excessos (a solução sempre deve limitar ao mínimo indispensável a restrição que se realiza com o fim de harmonizar); c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial (a substância elementar de um direito fundamental sempre há de ser preservada, ou seja, a harmonização nunca pode se compadecer com a eliminação de um dos direitos)¹⁴.

Pois bem, à luz dessa problemática, Zavascki passa a analisar a colisão que se verifica entre dois direitos distintos que integram a garantia do devido processo legal: de um lado, o direito à efetividade da jurisdição (o direito a meios expeditos de exame da demanda e à uma providência efetiva), de outro, o direito à segurança jurídica (o direito do réu de desfrutar dos seus bens jurídicos até que se encontre a solução definitiva para o litígio). Acerca da tensão existente entre eles, aponta o articulista a identidade hierárquico-normativa (no plano jurídico) e o fator tempo (no plano fático) como os elementos que a desencadeiam e, chamando a atenção para circunstância de que o sistema do processo cautelar constitui modelo de solução justamente para esse tipo de conflito, conclui magistralmente o seu pensar dizendo, *verbis*:

... a introdução, agora, no sistema processual positivo, da antecipação dos efeitos da tutela de mérito representa, sem a menor sombra de dúvida, a construção por via legislativa, de regra com a mesma finalidade: estabelecer mecanismos para obtenção de concordância prática de formas de convivência simultânea, entre o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, naquelas hipóteses em que tais direitos fundamentais estiverem em rota de colisão.

E a seguir, comentando o art. 273, arremata:

... o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, inc. LIV, da Constituição. Justamente por isso, e conforme evidenciam os incs. do artigo, tal restrição somente será admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado¹⁵.

De fato, à luz dessas considerações, parece inegável que a instituição da tutela antecipatória, além de representar o estrito cumprimento do dever imposto ao legislador ordinário de construir o “justo” e “devido” processo, significa no plano nuclear da garantia a prevalência do valor “efetividade” sobre o valor “segurança jurídica” toda vez que esta se revele prescindível em razão de circunstâncias como o do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou do “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” ou, ainda, na hipótese de “um ou mais dos

¹⁴ **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 27-28.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (incs. I e II, e § 6º do art. 273). Preferimos a idéia de prescindibilidade da segurança à de desprestígio da efetividade sustentada por Teori Zavascki¹⁶. Seja como for, a opção política traduzida na disciplina da antecipação da tutela encontra plena guarida no interior da cláusula do “devido processo legal”.

4 A questão da constitucionalidade das regras que limitam a outorga de liminares

4.1 A liminar em mandado de segurança

Outro problema de relevância fundamental para o estudo da liminar antecipatória, na perspectiva do princípio do devido processo legal, pode ser traduzido na seguinte indagação: há inconstitucionalidade na restrição imposta pela lei ordinária à concessão de medidas liminares em geral? A resposta exige algumas ponderações acerca do mandado de segurança, que às vezes é usado como argumento para sustentar a tese de que a lei não pode suprimir a concessão de quaisquer liminares previstas na lei processual.

É sabido que o brasileiríssimo e formidável instituto do mandado de segurança nasceu da ineficiência dos procedimentos tradicionais para dar solução aos conflitos envolvendo particulares e a Administração Pública. Informa-nos Celso Agrícola Barbi que até a instituição do *mandamus* pela Constituição de 1934, quatro foram as tentativas, no Brasil, para agilizar a tutela de direitos violados pelo Estado: a) a imitação do sistema francês do contencioso administrativo esboçada na época imperial, porém frustrada; b) a criação de um procedimento específico já ao tempo da República (Lei 221 de 1.894), que não teve êxito na prática forense; c) a utilização das ações possessórias, ágeis e efetivas, que, no entanto, foram repelidas pelos tribunais e; d) o recurso ao procedimento do *habeas corpus*, tentativa cujo êxito foi contido pela reforma constitucional de 1926 que limitou a garantia ao seu campo tradicional de ação¹⁷. Como se vê, a demanda por soluções rápidas sempre marcou a história da busca de proteção processual do particular contra ilegalidades administrativas.

Estabelecido constitucionalmente em 1934 o mandado de segurança, aparece no cenário jurídico brasileiro a Lei n. 191, de 1936, que em seu art. 8º, § 9º, instituía a

¹⁶ **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁷ **Do mandado de segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 14. Diz Agrícola Barbi: “A força da necessidade venceu, porém, pela criação de um instituto, com a forma processual do *habeas corpus*, e com nome de mandado de segurança, na Constituição de 1934. A fórmula tímida apresentada pelo legislador constituinte ganhou contornos mais amplos na prática dos tribunais, cresceu desordenadamente, acarretando alguns males, mas trazendo imensuráveis vantagens” (*op. cit.*, p. 14-15).

92 suspensão liminar do ato, previsão que foi reproduzida pelo art. 324, § 2º, do CPC de 1939, porém acrescida da exigência de lesão grave ou irreparável. Merece consignação aqui o fato de que a Carta de 1937, por razões óbvias, não previu a garantia, só voltando esta ao texto constitucional em 1946 para dele não mais sair. Finalmente, registre-se que foi sob a égide da democrática Constituição de 1946 que surge a Lei n. 1.533, de 1951, que vigora até hoje e que em seu art. 7º, inciso II, institui a disciplina da concessão da medida liminar¹⁸.

Fizemos questão de trazer à luz essa pequena resenha apenas com o intuito de demonstrar que desde o nascimento do mandado de segurança, a liminar de suspensão do ato impugnado sempre dependeu do que dispôs a lei ordinária a respeito, valendo lembrar, ainda, que por leis dessa mesma espécie introduziram-se limitações importantes à concessão ou aos efeitos de liminares como, v.g., as estabelecidas pelas leis n. 2.770, de 1956, n. 4.348, de 1964, e n. 5.021, de 1966¹⁹. Não é do nosso conhecimento que em algum instante, naquela época, se tenha discutido a constitucionalidade de qualquer das modificações de caráter restritivo sob o argumento de que a própria medida *in limine* estivesse incluída na garantia prevista na Lei Maior.

Talvez hoje se pudesse argumentar que a superveniência das Constituições de 1967 e 1988 que mantiveram em seus textos a garantia representada pelo mandado de segurança (CF 67, art. 153, § 21; CF 88, art. 5º, incs. LXIX e LXX) e o contexto em que nos situamos de mais de meio século de vigência da Lei n. 1.533, autorizam a interpretação de que a atual Carta Magna em suas previsões sobre o *mandamus* já incorporou o instituto da liminar como elemento inerente e inafastável da própria garantia. Afinal de contas, falar em mandado de segurança neste início de milênio, quer no átrio do fórum, numa repartição pública, ou num bar de esquina onde se encontre alguém minimamente esclarecido, é quase o mesmo que falar de medida liminar. Nos nossos dias, a idéia de mandado de segurança como sinônimo de providência rápida, é algo tão incrustado na mente das pessoas, técnicos e leigos, que não parece nenhum disparate

¹⁸ Agrícola Barbi. **Do mandado de segurança**, *op. cit.*, p. 59-60.

¹⁹ A Lei n. 4.348/64 dispõe: “Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas: ... b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias ... Art. 2º. Será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar ... quando concedida ... o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixando de promover ... Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia pública, o presidente do tribunal ... suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo ... Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação dos servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”. A Lei n. 5.021/65 dispõe em seu art. 1º, § 4º: “§ 4º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias”.

enxergar-se no texto constitucional (mais precisamente na cláusula “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo” – CF, art. 5º, inc. LXIX) o direito ou a garantia da medida liminar, haja vista que toda regra jurídica é dirigida a uma determinada sociedade, que vive um determinado momento histórico, e à luz deste específico ambiente social ela deve ser compreendida para que se opere a desejada aderência do Direito à realidade²⁰.

Embora reconheçamos o grau de ousadia que permeia essa visão processual, em termos hermenêuticos, ela não nos parece nenhum absurdo, mas apenas, se ficar limitada às estreitas fronteiras do mandado de segurança pelos motivos expostos.

4.2 Devido processo legal e concessão de outras liminares

E aqui chegamos ao segundo questionamento necessário à compreensão da relação existente entre a liminar antecipatória dos arts. 273, inciso I, 461, § 3º, e 461-A, § 3º, do CPC, e o princípio do devido processo legal: será lícito entender a cláusula constitucional esculpida no art. 5º, inciso LIV, como garantidora do direito às medidas liminares em geral?

A tal indagação responde afirmativamente Luiz Guilherme Marinoni quando assevera que o princípio do devido processo legal inclui, além dos direitos ao procedimento e à cognição adequados, o direito à medida urgente. Segundo esse autor

o homem não tem somente direito constitucional à ação cautelar e à ação sumária antecipatória, mas também, sempre que situações emergenciais as exijam, à medida cautelar e à medida sumária antecipatória. É que a Constituição lhe garante o direito à adequada tutela jurisdicional. Assim, ainda que o Código de Processo Civil não tratasse da tutela de urgência, esta deveria ser prestada com base no princípio da inafastabilidade.

E conclui mais a frente:

A legislação infra-constitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito de ação, dando-lhe contornos, e estabelecendo condições para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma liminar urgente, ou ainda, porque resultaria

²⁰ Betina Rizzato Lara, autora de excelente monografia sobre as medidas liminares, assevera que apesar da CF não se referir expressamente à liminar, aceita a tese da previsão implícita e cita em seu apoio o magistério de Celso Bastos (“embora regulada por lei ordinária, a concessão de liminar encontra certa forma assento jurídico no próprio Texto Constitucional assegurador do mandado de segurança”), Lúcia Valle Figueiredo e Carmen Lúcia Antunes Rocha (**Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: R.T., 1994, p. 126).

no mesmo, estabelecer procedimento e cognição inadequados a uma determinada situação conflitiva concreta²¹.

Data venia, não nos parece acertado o posicionamento do professor paranaense. Senão vejamos.

Se é verdade que sob a estrita ótica do mandado de segurança, ainda parece razoável sustentar – mesmo que numa perspectiva exegética pouco ortodoxa – que o longo e reiterado uso do procedimento acelerado do *mandamus*, somado à cultura jurídica do homem comum brasileiro, consolidam a compreensão de que mandado de segurança e medida liminar se identificam, o mesmo já não se pode dizer em relação à cláusula genérica do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que reza: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Uma coisa é defender a existência de medida liminar no bojo da previsão de um procedimento determinado que o próprio senso comum admite que é integrado por ela (“conceder-se-á mandado de segurança”), outra completamente diferente é afirmar que de uma previsão normativa que não alude a nenhum procedimento, mas apenas estabelece implícita e abstratamente as qualidades que todo e qualquer processo deve apresentar para ser reputado “justo” ou “devido”, se possa extrair a idéia de que a medida liminar é parte integrante desse arcabouço principiológico. Na verdade, como vimos, o que compõe, dentre outras coisas, o objeto da garantia do devido processo legal é a exigência de que a construção de procedimentos seja necessariamente inspirada pela racionalidade, razoabilidade, igualdade e senso de justiça. Ora, por meio dessa regra fundamental de processo, o que a Constituição faz é impor tais critérios ao legislador ordinário, mas sem chegar ao ponto, como não poderia mesmo chegar, de dizer o que significa racionalidade ou senso de justiça na situação concreta de criação de um procedimento. Competirá sempre ao legislador infra-constitucional, e somente a ele, definir a cada nova construção procedimental que atos traduzem racionalidade e razoabilidade etc., e quais não traduzem, haja vista que tal definição dependerá invariavelmente do momento histórico e do contexto sócio-jurídico em que a obra legislativa se insere e se perfaz. Destarte, não parece sustentável, em absoluto, a tese de que o princípio do *due process of law* possa significar a imposição à lei ordinária da presença de uma medida liminar num procedimento qualquer, porquanto isso representaria engessamento indesejável e inconcebível do sistema processual resultante de uma interpretação forçada da regra do art. 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988.

Mas, voltamos a insistir que em relação ao mandado de segurança, a situação é completamente diferente, tendo em conta que para essa particular ação civil existe regra constitucional específica que permite, a partir do seu próprio conteúdo literal e

²¹ **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, *op. cit.*, p. 92-93.

da força histórica do seu regramento, a interpretação de que a liminar integra a sua normatividade²².

Por fim, resta apenas focalizar a tutela antecipada pelo prisma das idéias desenvolvidas nestes últimos parágrafos para concluir que as medidas liminares antecipatórias, hoje de aplicabilidade ilimitada no âmbito do procedimento comum, só existem porque o legislador ordinário teve coragem e determinação para instituí-las pela via expressa, no texto dos arts. 273, inciso I, 461, § 3º, e 461-A, § 3º, do CPC reformado, e não porque o art. 5º, inciso LIV, ou qualquer outro da Constituição Federal as autorizasse diretamente. Assim sendo, da mesma maneira como o CPC foi alterado e passou a reconhecer tais formas de tutela jurisdicional, nada impede que um dia elas venham a desaparecer do sistema ou a sofrer modificações radicais, tanto na disciplina do seu cabimento, como na dos seus efeitos. Nenhuma das duas hipóteses fica afastada, de qualquer maneira, por prévia vedação constitucional, dada a inexistência de regramento semelhante ao do mandado de segurança (CF, art.5º, inc. LXIX) que pode permitir a interpretação de que a liminar integra a própria garantia do “devido processo legal”.

²² Corolário lógico da interpretação de que a liminar se encontra incluída na previsão constitucional do mandado de segurança é que a lei ordinária já não pode simplesmente excluir deste procedimento especial a figura da medida liminar, embora possa legitimamente disciplinar o seu cabimento e a extensão dos seus efeitos. Embora sem a mesma fundamentação, assim também pensa Luiz Guilherme Marinoni quando afirma: “Retirar da via do mandado de segurança a possibilidade da execução provisória, outrossim, representa a transformação desta garantia constitucional. É que o mandado de segurança, por sua própria natureza pressupõe a execução provisória ...” que é “... instrumento indispensável para a própria efetividade da garantia constitucional concretizada no *mandamus*. A subtração da execução provisória do mandado de segurança, portanto, equivale à criação de outro procedimento especial” (**Tutela cautelar e tutela antecipatória**, *op. cit.*, p. 97, nota de rodapé 41).