

Restrições à concessão de liminares

Palestra apresentada no II Encontro dos Juízes Federais - TRF - 4ª Região, em 08.05.93.

Teori Albino Zavascki

Juiz do TRF - 4ª Região, Professor de Processo Civil na UFRGS.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direitos e Deveres Constitucionais dos Litigantes; 3. Processo Cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes; 4. Concessão de Liminares e suas Restrições Legislativas: condições de legitimidade; 5. Medida Liminar e Medida Cautelar; 6. Liminares Satisfativas; 7. Liminar e Fundamentação: demonstração da necessidade; 8. Liminar e Contra-cautela; 9. Liminar e Controle Difuso de Constitucionalidade; 10. Liminar em Ação Coletiva Para Defesa de Direitos Individuais Homogêneos; 11. Medidas Liminares Contra Atos do Poder Público; 12. Conclusão.

Abstract

An interim injunction may be awarded - without the usual previous notice to the opposing party - in order to ensure protection of any set of rights guaranteed by the Constitution, whenever imminent and substantial harm is likely to occur. It is, however, restricted to exceptional occasions and should not be granted under normal circumstances. It will only be considered legitimate ruling, when a strong prima facie case has been shown and careful consideration of the balance of convenience to the parties has been given, so that their constitutional rights do not suffer unnecessary restrictions.

1. Introdução

O tema proposto - restrições à concessão de liminares - enseja abordagem por dois distintos ângulos. O primeiro, enfocando a legitimidade constitucional da legislação ordinária que impõe estas restrições. E o segundo, olhando o tema sob o aspecto das restrições impostas pelo sistema jurídico ao juiz, para conceder tais medidas. À luz do primeiro enfoque, a questão que se põe é a seguinte: em que medida está o legislador autorizado, constitucionalmente, a criar restrições legais à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário? Sob o outro ângulo, a pergunta a ser respondida é esta:

em que condições e em que limites está o Poder Judiciário autorizado a emitir providimentos liminares?

Para responder a estas indagações e assim dar contribuição ao estudo proposto, será indispensável tomar como base e como ponto de partida o exame das cláusulas constitucionais que fundamentam e, por isso mesmo, estabelecem os limites da função jurisdicional cautelar. Tais fundamentos e tais limites subordinam e orientam, tanto a atividade do legislador, quanto a do juiz.

2. Direitos e Deveres Constitucionais dos Litigantes

Ao tratar "dos direitos e deveres individuais e coletivos", o art. 5º da Constituição Federal dispôs também sobre direitos e deveres relacionados com a prestação jurisdicional. Três incisos interessam, de modo particular, ao tema deste estudo: o inciso XXXV - "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; o inciso LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; e o inciso LV - "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". Destes dispositivos, vistos em seu conjunto, podem-se extrair os contornos mais importantes da fun-

ção jurisdicional como função estatal organicamente sistematizada. Ali se situam o monopólio estatal da jurisdição, o direito de ação, o direito ao devido processo legal e suas cláusulas, o direito à estabilidade e segurança jurídica, ou seja, o de ver mantidos intactos a pessoa e o patrimônio enquanto não esgotado o devido processo legal, etc.

Considerando que dos direitos explicitamente arrolados na Constituição decorrem correspondentes deveres, pode-se afirmar, em visão esquemática - e sem pretender exaurir a matéria - serem os seguintes os direitos e deveres fundamentais dos que litigam no processo civil, previstos nos incisos transcritos:

I - Direitos Constitucionais do litigante demandante:

a) fazer atuar a função jurisdicional. É o direito de ação e decorre, explicitamente, do inciso XXXV do art. 5º;

b) obter uma decisão eficaz e útil, vale dizer, uma decisão que, quando favorável à pretensão, assegure com efetividade o bem da vida reivindicado. É o direito à jurisdição útil e decorre, como contrapartida necessária, do monopólio estatal da jurisdição, consagrado, de modo implícito, no inciso LIV do art. 5º.

II) Deveres do demandante:

a) submeter-se à jurisdição, ou seja, é-lhe vedada a justiça de mão própria. Trata-se de dever que decorre também necessariamente do monopólio estatal da função jurisdicional, já mencionado.

b) submeter-se ao cumprimento das cláusulas do "devido processo legal", vale dizer, ao demandante assegura-se o direito de acionar a jurisdição, mas sua pretensão somente será atendida, se for o caso, após esgotada a liturgia do processo, que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa do demandado. Trata-se de dever imposto pelo inciso LIV do art. 5º.

III - Direitos constitucionais do litigante demandado:

a) manter seus bens e direitos, sem restrições, mesmo quando contestados por terceiro, enquanto não advier decisão final,

tomada mediante processo legal. É o que se poderia chamar, numa expressão sintética, de direito à segurança jurídica, consistente, em concreto, no direito à manutenção do *status quo*. Trata-se de direito assegurado, explicitamente, pelo inciso LIV do art. 5º.

b) utilizar todos os meios de defesa previstos na cláusula do devido processo legal, inclusive produção de provas e interposição de recursos. É o direito ao devido processo legal, que decorre do inciso LV.

IV - Deveres do litigante demandado:

a) submeter-se à jurisdição. Como o demandante, o demandado está submetido, obrigatoriamente, à jurisdição do Estado;

b) submeter-se, como o demandante, às cláusulas do devido processo legal, acolhendo as decisões que dele exsurgirem.

3. Processo cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes

Os direitos, garantias, deveres e obrigações constitucionais dos litigantes, amplamente conhecidos e reconhecidos, expostos de forma esquemática, integram, com as demais garantias constitucionais, um sistema orgânico de direito e, desta maneira, devem exaurir seus efeitos com toda a plenitude. É sabido, contudo, que isso nem sempre acontece. A realidade concreta apresenta, não raro, situações que podem gerar impossibilidade de assegurar-se a convivência plena e harmônica de todas as garantias e direitos constitucionais. Em outras palavras: hipóteses há em que um determinado direito não poderá ser assegurado em sua plenitude sem que outro seja, de alguma forma, sacrificado, ainda que parcialmente. Não são raras tais situações, que em doutrina se conhece como "colisão de direitos", representada pela contraposição de direitos concretamente antagônicos. Exemplo corriqueiro desta espécie de colisão é a que se dá, em situações comuns da vida, entre o direito constitucional à intimidade e o direito à liberdade de informação, ambos direitos constitucionais fundamentais: nem sempre será possível assegurar plenamente o

direito à informação sem sacrifício da intimidade das pessoas, ou vice-versa. Pois bem, identificada colisão de direitos, que se caracteriza pela impossibilidade absoluta de sua convivência plena e harmônica em determinada situação fática, um ou outro há de ceder, ainda que em parte. Um ou outro há de ser restringido. Como proceder-se tal restrição, como eleger o direito a ser privilegiado em detrimento de outro, é tema dos mais empolgantes e complexos da ciência do direito. Não havendo hierarquia formal entre os dispositivos constitucionais, e não se tratando de grandezas quantitativamente mensuráveis, a escolha deverá certamente ser feita mediante ponderação dos elementos colidentes, ponderação que levará em conta os valores consagrados na própria Constituição. Só desta maneira será possível identificar, com alguma objetividade, o direito prevalecente.

A solução dos conflitos que envolvem colisão de direitos constitucionais e, portanto, a escolha do direito prevalecente, pode surgir - e geralmente surge - por via da legislação infraconstitucional. Entretanto, como o conflito, de um modo geral, se verifica topicamente em situações envoltas em suas próprias peculiaridades, nem sempre as soluções legislativas são suficientes. É que a atividade do legislador apenas intui os possíveis conflitos, que, no entanto, poderão, na prática, se apresentar de outra maneira. Assim, inexistindo solução legislativa, ou sendo ela insuficiente, a colisão de direitos deverá ser equacionada pela via jurisdicional direta, atendidas as particularidades do caso concreto. Em qualquer hipótese, o agente estatal - legislador ou juiz - subordinará sua atividade a dois princípios fundamentais: (a) o da necessidade e (b) o da menor restrição possível. Os direitos constitucionais devem, em princípio, ser garantidos em sua plenitude. A restrição, portanto, somente deverá ocorrer se for considerada absolutamente indispensável à garantia de outro direito constitucional, privilegiado concretamente. Isto significa dizer que a restrição a qualquer direito constitucional só será legítima quando ab-

solutamente necessária e indispensável, ou seja, quando não houver nenhuma outra alternativa capaz de ensejar a convivência plena e simultânea dos direitos conflitantes. É o que impõe o "princípio da necessidade".

Por outro lado, caracterizada a necessidade da intervenção limitativa, esta deverá ser operada na exata medida do indispensável, ou seja, a restrição ao direito deverá ser apenas no limite mínimo indispensável à solução do conflito normativo concretamente estabelecido. É o "princípio de menor restrição possível".

Em suma: a restrição ao direito constitucional só se legitima quando (a) absolutamente indispensável e (b) na exata medida da indispensabilidade.

Assentadas tais premissas, voltemos ao campo da tutela cautelar. A função jurisdicional cautelar brota do nosso sistema como função destinada a harmonizar as situações concretas de colisão entre direitos constitucionais dos litigantes. Com efeito, assim como os demais direitos e garantias, também os direitos e garantias dos litigantes devem, em princípio, exaurir seus efeitos com plenitude, de forma harmônica e simultânea, o que nem sempre ocorre. O direito do demandante à utilidade da jurisdição, que supõe sentença potencialmente eficaz, nem sempre pode conviver harmonicamente com o direito do demandado a manter seu *status* jurídico, que supõe a plena disponibilidade de bens e direitos enquanto não exaurido o devido processo legal. Trata-se de conflito que surge, como se sabe, em decorrência da demanda de tempo exigida para implementar as cláusulas do devido processo legal. Ora, em tais hipóteses, atua a função jurisdicional cautelar. A intervenção do legislador ordinário, disciplinando o processo cautelar, as medidas cautelares e as suas liminares, representa, assim, a via legislativa destinada a propiciar a convivência a mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, proporcionando alternativas para resolução das eventuais colisões. Porém, como já se disse, o legislador opera em abstrato e nem sempre consegue prever e dar solução a to-

das as situações de conflito que a vida apresenta. É por isso que, subsidiariamente à via legislativa e em harmonia com ela, viabiliza-se a atuação direta do juiz. Não é por outra razão que ao juiz se assegura o chamado "poder geral de cautela", que lhe permite deferir medidas cautelares "inominadas", não previstas no texto legislativo.

4. Concessão de liminares e suas restrições legislativas: condições de legitimidade

Estabelecido que a função jurisdicional cautelar se destina a dar solução às eventuais colisões entre direitos constitucionais dos litigantes, pode-se concluir (a) que ela acarreta, em alguma medida, restrição a um dos direitos colidentes e, portanto, (b) só será legítima quando observar os princípios da necessidade e da menor restrição possível. Realmente, a função cautelar atua sob tração de duas forças com direções opostas: de um lado, o direito à eficácia da sentença e, de outro, o direito à manutenção do *status quo*. A viabilização de medidas cautelares importa privilegiar o primeiro em desprestígio do segundo; a restrição delas opera fenômeno inverso. Manter o equilíbrio entre tais forças, e operar restrições dentro de limites razoavelmente aceitáveis em face dos princípios antes referidos, eis aí a marca da legitimidade da atuação do legislador e do juiz em tema de jurisdição cautelar.

Pois bem, uma das manifestações mais expressivas da função jurisdicional cautelar é a medida liminar. Ela representa - ou, pelo menos, deve representar - a solução para um conflito ainda mais específico e peculiar: em hipóteses em que, antes de esgotar-se o prazo da defesa, houver risco de perecimento, ou do direito à utilidade da jurisdição ou do de defender-se previamente, aí estará caracterizada colisão dirimível por provimento liminar. A nota característica deste conflito é, portanto, a sua particular urgência, a determinar imperiosa manifestação jurisdicional ante de ouvir-se o demandado. Ora, aqui também a solução do conflito - seja a solução do legislador, seja a do juiz -

deverá subordinar-se, necessariamente, ao princípio da necessidade e ao da menor restrição. E a solução de privilegiar o direito do demandante, com restrição ao do demandado, certamente há de levar em conta - quando da ponderação dos valores em conflito - a existência, em favor do primeiro, do *fumus boni iuris* em relação ao bem da vida em disputa. Só quando atender tais pressupostos é que se poderá ter como legítima a atuação do legislador e a do juiz em matéria de medidas cautelares liminares. Portanto, é nestes termos genéricos que damos por respondidas as indagações ao início formuladas. Na verdade, não há outra maneira de respondê-las em abstrato. Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão de liminares pelo juiz ou da proibição de concedê-las, estabelecida pelo legislador, certamente não dispensam o exame particular da colisão concretamente verificada.

5. Medida liminar e medida cautelar

Firmadas as bases até aqui expostas, em apoio nas quais se procurou das respostas às indagações ao início colocadas, é hora de passar a exame mais próximo das medidas liminares propriamente ditas.

Por liminar entende-se a antecipação, parcial ou integral, em caráter provisório e sob condição resolutive, de eficácia da futura sentença de procedência.

Liminar pode haver (a) em ação cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação cautelar) e (b) em ação não cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação não cautelar). Nesta segunda hipótese, a liminar tem natureza (b.1) cautelar (= a que antecipa eficácia em razão do risco de sua ineficácia, ou seja, em face da situação de *periculum in mora*) ou (b.2) não cautelar (= a que antecipa a eficácia da sentença por razão outra que não a de eliminar perigo). Exemplos de liminares cautelares concedidas em ações não cautelares (b.1): a liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II) em ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 12) ou em ação coletiva em defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, art.

84, § 3º). Nos três exemplos, a natureza cautelar da medida liminar está identificada pelo pressuposto indispensável para a sua concessão: o risco de ineficácia da sentença.

Exemplo de liminares não cautelares (b.2): liminar em ações possessórias (CPC, art. 928) e na ação de busca e apreensão baseada em contrato de alienação fiduciária (D.L. 911/69, art. 3º). A natureza não cautelar está em que sua concessão independe da existência de risco de ineficácia. O risco não é pressuposto dela.

Portanto, medida liminar e medida cautelar não são expressões sinônimas. A liminar tem seus próprios pressupostos. A medida cautelar é o objeto da ação cautelar, ou seja, é a providência cautelar a ser deferida em sentença, e seus pressupostos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A medida liminar, nestes casos, será a antecipação da medida cautelar e sua concessão está subordinada, além dos pressupostos citados, ao requisito adicional, que lhe é próprio: a particular iminência do risco, capaz de consumir, em prazo menor que o da defesa, a ineficácia da sentença cautelar. É o que se extrai do art. 804 do CPC. Em outras palavras: a medida liminar em ação cautelar é providência destinada a tutelar a própria medida cautelar final.

6. Liminares satisfativas

Dividem-se as liminares, também, em satisfativas e não-satisfativas. A distinção só tem razão de ser se por satisfatividade (ou satisfação) se entende a satisfação do próprio direito material objeto do litígio principal. Realmente, se por satisfatividade se entendesse simplesmente a antecipação da eficácia da sentença, toda e qualquer liminar seria satisfativa, inclusive a que antecipa providência cautelar típica. Portanto, sob o aspecto da satisfação antecipada do direito material, a liminar será: (a) satisfativa (= a que importar antecipação, ainda que provisória, do bem da vida que constitui objeto da ação de conhecimento) ou (b) não-satisfativa (= a que não importar antecipação do direito material, tendo por conteúdo, por-

tanto, providência diversa). Exemplos de medidas liminares satisfativas: as relativas a alimentos provisionais, guarda de filhos, direito de visitas. Exemplos de medidas liminares não satisfativas: as que antecipam arresto, sustação de protesto de títulos ou exibição.

A medida liminar satisfativa pode ainda ser: (a.1) satisfativa reversível (= a que comporta, no próprio processo, o retorno da situação fática ao *status quo ante*) e (a.2) satisfativa irreversível (= a que não comporta o retorno à situação anterior). Exemplos de medida liminar reversível: a que concede guarda de filho, direito de visita ou alimentos provisionais. Todas comportam, se for o caso, o retorno das partes à situação fática precedente (muito embora nem sempre haja reparação, como na hipótese de alimentos). Exemplos de medida liminar satisfativa irreversível: a que autoriza demolição de prédio histórico ou quebra de sigilo.

As medidas liminares satisfativas reversíveis não são, necessariamente, incompatíveis com a ordem constitucional, desde que, evidentemente, observem os princípios da necessidade e da menor restrição possível. A fidelidade a tais princípios impõe (a) averiguação cuidadosa da real impossibilidade de assegurar a eficácia da sentença sem operar restrição ao direito do demandado e (b), sempre que possível, exigir do requerente a prestação de contracautela.

No que se refere às medidas liminares satisfativas irreversíveis, estas não apenas limitam, mas comprometem, de modo definitivo, o direito constitucional do demandado ao devido processo legal. Uma vez concedida medida desta natureza, nenhuma potencialidade de eficácia remanescerá à futura sentença, já que a liminar consumou, de fato, a vitória antecipada do demandante. Portanto, em princípio, as liminares satisfativas irreversíveis não se compatibilizam com o ordenamento constitucional. Sua concessão somente poderia ser legítima em hipóteses absolutamente extraordinárias, quando verificada, concretamente, a iminência de, sem liminar, perecer outro

direito constitucional considerado, nas circunstâncias, mais privilegiado.

7. Liminar e fundamentação: demonstração da necessidade

A concessão de liminar, como demonstrado, por ser provimento que altera antecipadamente o *status quo*, sempre implicará comprometimento, em maior ou menor grau, da garantia prevista no art. 5º, LIV, da CF. Da mesma forma, o indeferimento dela poderá, em certas circunstâncias, comprometer a eficácia da futura sentença e, com isso, a garantia constitucional à jurisdição útil. Se assim é, não se pode dar razão a quem defende que a decisão a respeito do pedido liminar constitui ato vinculado unicamente às razões de ordem subjetiva do juiz. Pelo contrário, satisfeito o pressuposto da necessidade (ou seja, o risco de, antes da defesa, consumir-se a ineficácia da prestação jurisdicional) o juiz não tem "discrição" de conceder ou não a medida. Esta será obrigatória. Da mesma forma, quando não há perigo iminente, a liminar deverá ser indeferida por desnecessária, já que, neste caso, os direitos e garantias constitucionais dos litigantes poderão - e por isso deverão - ser garantidos em sua plenitude.

Em qualquer hipótese - seja para conceder, seja para indeferir o pedido de liminar - a decisão do juiz deverá estar acompanhada de fundamentação, ainda que sucinta. Nem seria necessário que o fizesse, mas a Constituição Federal assim o determinou expressamente, no art. 93, IX. Ali está dito que todas as decisões do Poder Judiciário - e não apenas as sentenças - devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

8. Liminar e contracautela

A exigência de contracautela, tal como previsto na parte final do art. 804 do CPC, é providência que se justifica e se compatibiliza com o princípio da "restrição menor possível". Com efeito, devendo o juiz, com a liminar, alterar o status jurídico dos litigantes antes mesmo da apresentação da defesa do demandado, é razoável que determi-

ne providência paralela destinada a limitar, ao mínimo necessário, o alcance danoso da medida.

Olhada a questão sob esta perspectiva, é perfeitamente sustentável a orientação jurisprudencial que vem se formando - contrária à jurisprudência tradicional - que tem por legítima a exigência de contracautela, mesmo em se tratando de liminar em mandado de segurança. A nova orientação, com adeptos de nomeada em diversos Tribunais, foi encampada pelo STJ, 2ª Turma, ao assentar que, em mandado de segurança "a exigência de caução, condicionando a eficácia da liminar, insere-se no poder cautelar do Juiz. Inexistência, na hipótese, de ilegalidade ou abuso de poder" (RMS nº 439-0, julg. em 16.12.92, Rel. Min. Américo Luz). Em voto proferido na 2ª Turma do TRF-4ª, acolhido por unanimidade, sustentamos que "Não é manifestamente ilegal a exigência de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, nas hipóteses em que a providência requerida for de conteúdo diverso do previsto no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51" (MS nº 92.04.22449-5 - PR, julgado em 29.04.93). Os fundamentos no particular, foram assim deduzidos:

"1. A hipótese dos autos traz à baila o tema relacionado com a legitimidade ou não de fixação de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, tema esse cuja elucidação pressupõe tomada de posição sobre outra questão: a de saber se às liminares em mandado de segurança é aplicável ou não o sistema normativo previsto no art. 804 do Código de Processo Civil para as liminares cautelares de um modo geral.

2. Segundo penso, há que se fazer distinções. A liminar em mandado de segurança, tal qual prevista no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, tem como conteúdo a suspensão do ato da autoridade. 'Ao despachar a inicial o juiz ordenará: ... II - que se suspenda o ato que lhe deu motivo, quando...', é o que diz o dispositivo. É certo que não se pode interpretar literalmente o texto, pena de se consagrar a absoluta inviabilidade da concessão de liminar em segurança preven-

tiva. Na verdade - e essa é a orientação dominante em doutrina e jurisprudência - a liminar em mandado de segurança pode consistir tanto na suspensão do ato já praticado pela autoridade coatora, quanto do ato que está em vias de sê-lo. Esta, portanto, a compreensão a ser dada ao conteúdo do texto transcrito.

3. Pois bem, ainda que se considere em sua mais ampla compreensão, ainda assim o campo da liminar em mandado de segurança, na versão do art. 7º, II, da Lei, é, certamente, bem mais limitado que o que veio a ser estabelecido a partir de 1973, com o Código de Processo Civil, em relação às cautelares inominadas. A partir de então, as providências cautelares - passíveis de serem antecipadas liminarmente, se for o caso - não estão restritas à suspensão de ato praticado ou a ser praticado, podendo, isto sim, consistir em quaisquer medidas que o juiz "julgar adequadas" a afastar o fundado receio existente (CPC, art. 798), sendo meramente exemplificativo o rol do art. 799 que prevê, entre outras, a de "autorizar ou vedar a prática de determinados atos".

4. Assim, parece razoável concluir-se que a liminar em mandado de segurança reger-se-á pela Lei específica (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51) quando tiver por conteúdo a suspensão do ato atacado, já praticado pela autoridade coatora ou em vias de ser. No entanto, liminar com providências de outra natureza - como, por exemplo, a de autorizar certo comportamento do impetrante - tem sua legitimidade ancorada no poder geral de cautela do Código de Processo Civil, razão pela qual, nestas hipóteses, não seria descabida a exigência de contracautela, como previsto no art. 804."

9. Liminar e controle difuso de constitucionalidade

Afirmou-se anteriormente que a decisão de privilegiar o demandante, restringindo direito do demandado, leva em conta o *fumus boni iuris* que envolve a pretensão posta em juízo. Sob este aspecto, particular atenção merece o pedido de concessão de medi-

da liminar quando implicar suspensão da eficácia da lei ou ato normativo do poder público. É que o controle difuso da constitucionalidade - que, reconhecidamente, pode ser exercido por qualquer agente do Poder Judiciário, independentemente de provocação - está subordinado a certos princípios indeclináveis, em especial o de presunção da legitimidade dos atos normativos. Não foi por outra razão que o legislador constituinte determinou expressamente que o reconhecimento da inconstitucionalidade, perante os Tribunais, depende do voto da maioria absoluta dos seus membros (CF, art. 97). Portanto, em matéria de controle de constitucionalidade, a preservação do ato normativo só decai ante inconstitucionalidade manifesta. Ora, se essa orientação deve ser adotada nas decisões finais dos Tribunais, inclusive nas do Supremo Tribunal Federal, é certo que, com maior razão, deve ser levada em conta em se tratando de decisão em sede de medida liminar. Nestes casos, portanto, o *fumus boni iuris* - sem o qual a liminar não pode ser concedida - só existirá quando puder ser superada a presunção de legitimidade que opera em favor do ato normativo.

10. Liminar em ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos

Outro tema que exige reflexão é o que diz com a liminar em ações coletivas, movidas pelo Ministério Público ou por entidade legitimada, em defesa dos chamados "direitos individuais homogêneos", previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90). É que tais ações, de natureza condenatória (art. 91), levam, se for o caso, a uma sentença de procedência de conteúdo genérico (art. 95). Trata-se de espécie nova de provimento jurisdicional, comparável, quem sabe, às decisões normativas da Justiça do Trabalho. Seu grau de generalidade é intermediário entre a absoluta abstração da lei e a concretude das sentenças proferidas em demandas individuais. O certo é que a execução de tais sentenças não poderá ser re-

querida sob regime de substituição processual, pois dependerá, sempre, da iniciativa do próprio titular do direito material, diretamente ou através de entidade que o represente. Nesta última hipótese, sublinhe-se, a entidade não atuará como substituto processual, e sim como representante do exequente.

Ora, isto leva à necessária conclusão de que o autor da ação coletiva - que age em substituição processual - não está legitimado a postular, em nome próprio, como substituto processual, qualquer providência de natureza executória, nem, portanto, qualquer cautelar ou liminar relacionada com a segurança da futura execução.

11. Medidas liminares contra atos do Poder Público

À luz do exposto, uma palavra sobre a Lei nº 8.437, de 30.06.92, que "dispõe sobre a concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público", especialmente seus artigos 1º e 2º. Taxados, aqui e ali, como inconstitucionais, por representar limitação ao pleno exercício da jurisdição, tais dispositivos não trouxeram, a rigor, nada que já não estivesse estabelecido, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. O artigo 1º, e seu parágrafo 1º, por exemplo, nada mais são do que reprodução, praticamente literal, dos enunciados das súmulas 8 e 9 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aprovadas no ano de 1987, com base em precedentes jurisprudenciais capitaneados por acórdão de lavra do Desembargador e Professor Galeno Lacerda. Leia-se o teor das citadas súmulas: Súmula 8 - "Não é admissível, no Juízo de 1º grau, a concessão de cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal"; Súmula 9 - "Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares". Sustentou o Desembargador Galeno Lacerda no precedente referido o

seguinte: "Tive oportunidade, em meus comentários ao CPC, de analisar longamente o uso da ação cautelar como sucedâneo do mandado de segurança, admitindo-o, porém, com reservas, no que concerne à concessão de liminares, para não se fraudarem as regras constitucionais e legais a respeito da competência por prerrogativa de função.

Vale transcrever o que então escrevi: 'Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativas de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e, sim, o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que Juiz de primeiro grau suspenda, em ação cautelar, ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe assegurem em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelares suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional' (*Comentários ao CPC*, VIII/188, Tomo I, 2ª ed.).

Da mesma forma, haverá fraude à lei se a liminar cautelar for usada em situações para as quais a própria lei proíbe o decreto de liminar no mandado de segurança. Na mesma obra, disse mais adiante: 'Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares' (*ob. cit.*, pág. 341). Ora, a Lei federal nº 4.348, de 26.6.64, proíbe a liminar em mandado de segurança para a concessão de vantagens a servidor público. A reintegração provisória obtida

pelo interessado incide, evidentemente, nesse veto. Outorgá-la pela via cautelar importa em modo de fraudar essa proibição, através de procedimento análogo ao mandado de segurança. Por coerência com o sistema, impõe-se, portanto, que se impeçam liminares em cautelas com idêntico objetivo" (RJTJRGs, 123/163-165).

Como se percebe da autorizada palavra, o sistema já comportava a proibição agora explicitada pelo art. 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 8.437/92. O mesmo se diga do parágrafo 3º do mesmo artigo, que veda a concessão de "medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação". Medida que esgota o objeto da ação é, certamente, a que inviabiliza, se for o caso, o retorno das partes ao *status quo ante*, acima denominada de "satisfativa irreversível". Que tais medidas, em princípio, atentam contra direito constitucional do demandado - que se vê definitivamente privado do bem ou direito sem sequer ter oportunidade de defender-se - não era necessário que a lei viesse dizer. Isto também já decorria do sistema. A liminar, por ser provimento de natureza provisória, não se compatibiliza com medidas de caráter irreversível, insuscetíveis de propiciar, ainda no processo em que foi concedida, o retorno à situação anterior. Portanto, não há como supor inconstitucionalidade no parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei nº 8.437/92.

O artigo 2º trouxe novidade ao exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar, para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O "princípio da necessidade" veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o artigo 2º, para não ser considerado supér-

fluo, há de ser entendido como aplicável a hipóteses em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o "princípio da menor restrição possível". Entretanto, parece certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas, revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.

12. Conclusão

Para concluir, é de se reiterar a essência do que foi exposto: a concessão de liminar é permitida constitucionalmente - e é mesmo obrigatória - quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção. Não se pode, em situação normal, jurisdicionar por medidas liminares, como não se pode, em regra, legislar por Medida Provisória. A exemplo da Medida Provisória, que é instrumento legislativo legítimo, desde que utilizado em situações de relevância e urgência, a medida liminar é forma legítima de prestar jurisdição, desde que utilizada adequadamente, ou seja, com estrita observância dos princípios, tantas vezes referidos, da necessidade e da menor restrição possível.

PARECER

Servidão predial não-aparente, transcrição no Registro de Imóveis

Henrique Fagundes Filho
Subprocurador-Geral da República

Parecer nº 004/HFF
Processo nº 92.0025323-7
REsp nº 27993-1/SP
Recte: CONCIMA S/A - Construções Civis
Recdos: Nhemtalla Andery e s.m.,
Maria Stella Nogueira Rodrigues.
Relator: Min. Fontes de Alencar

Recurso Especial - Conhecimento. Recurso especial interposto com arrimo no art. 105, nº III, letra "a" da Lei Fundamental. Conhecimento, ante a insinuação da presença, em tese, da violação de lei federal.

Processo Civil. Denúnciação da Lide (art. 70, nº III, do Código de Processo Civil. A denúnciação da lide aos antecessores da recorrente, a quem se atribui a qualidade de titular de prédio serviente na servidão de passagem, encontra previsão legal exatamente para impedir a repositura, com todas as vicissitudes judiciais do resultado imponderável, de uma pretensão tendente a obter-se um preceito condenatório já haurido na demanda originária. Obrigado, em tese, o antecessor dominial do titular do prédio serviente, a compor-lhe os prejuízos pela incidência do gravame real desconhecido, tipificada estaria a hipótese do artigo 70, nº III, do Código de Processo Civil. Nulidade pleiteada que, todavia, não haverá de ser proclamada em atenção à regra de que, "quando puder decidir do mérito a favor de quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará suprir o ato, ou suprir-lhe a falta" (Código de Processo Civil, art. 249, § 2º).

Servidão Predial não-aparente - Indispensabilidade de sua transcrição no Registro Imobiliário.

A regra do art. 697 do Código Civil, segundo a qual "As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis" não dispensa o registro imobiliário das servidões aparentes, pois "nem sempre, *inclusio unius* implica a *exclusio alterius*". Por declarar a lei que a servidão não-aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de imóveis, não é de boa hermenêutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as aparentes seguem outro regime (Clóvis Beviláqua, "Direito das Coisas", vol. I, pág. 341)".

Lei dos Registros Públicos - Registro das servidões aparentes. Já, ao tempo da antiga Lei dos Registros Públicos (Decreto nº 4.857, de 9-11-1939), embora silente a respeito da inscrição das servidões prediais não-aparentes (a antiga lei dos Registros Públicos, na letra "A", nº X, de seu art. 178, apenas se referia, "a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição") a inscrição das servidões prediais aparentes fazia-se por força do artigo 178, letra "B", nº II, daquele diploma, a determinar "a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra