

A EFETIVIDADE, EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, DAS MEDIDAS PROCESSUAIS ASSECURATÓRIAS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

I — A inafastabilidade da jurisdição diante da ameaça de dano; II — O controle dos atos governamentais como segmento individualizado da função jurisdicional; III — As medidas liminares: sua mandamentalidade; IV — A tutela jurisdicional de segurança; V — As limitações às medidas assecuratórias em face da fazenda pública; VI — A efetivação das medidas assecuratórias em face da fazenda pública

I — A inafastabilidade da jurisdição diante da ameaça de dano

O princípio da inafastabilidade da jurisdição abrange, hoje, expressamente, em nível constitucional, a *pretensão à tutela jurídica* em face da *ameaça*, do *perigo*, do *risco de dano*, seja no tocante a uma eventual *inefetividade* da futura *prestação jurisdicional*, seja quanto aos *atos* e à *prova*: CF, art. 5º, XXXV.

Faz-se necessária, nesta moldura, a *realização* de *liminares* e de *tutelas antecipadas*.

O vocábulo '*realização*' traz em si a noção de corporificação, de concretização, de *efetivação*. Derivado de *real*, do latim '*realis*', provém de '*res, rei*', coisa material, que existe de fato.

Liminar, de '*liminaris*', relativo à soleira da porta, a início, em latim '*limen*' (por sua vez, derivado de '*limus*', limo, lodo, lama), é a forma culta de *limiar*.

Tutela advém do termo latino '*tutella*', tudo que defende ou protege; e, tal como tutor, guarda, defensor, protetor, decorre de '*tuere*', ter debaixo da vista, defender, proteger ('*tutus*' é estar em segurança, sem receio), bem como governar, administrar.

* Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Antecipada, deriva de 'antecipare' ('ante + capere'), cujo significado é tomar, alcançar antes, *prevenir*.

Destarte, a Etimologia, a Gramática Histórica, evidencia que o tema do presente estudo envolve a *concretização*, a *efetividade* de *providimentos jurisdicionais* expedidos no *início do processo*, com o sentido da *proteção*, da *defesa preventiva* de *direitos e interesses* do jurisdicionado.

Destaque-se, em primeiro lugar, o caráter *vestibular* das medidas da espécie, em face da *premência*, da *urgência*, da necessidade de ser a providência tomada no limiar do feito, devida *oportunidade* para tal.

Outrossim, o sentido *protectivo* dos institutos em tela tem um significado de suma relevância.

Saliente-se que a consecução da meta da *efetividade jurisdicional* tornou-se necessidade inafastável, frente, especialmente ao próprio Governo, dadas a rebeldia deste e as deficiências sistêmicas.

Finalmente, a expressão '*Fazenda Pública*' abrange as *entidades* elencadas no *inciso I do art. 475 do CPC*, e, portanto, as *peças jurídicas de direito público*: por extensão, as *fundações públicas* (embora sejam de *direito privado*); e, por entendimento jurisprudencial, a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT* (*empresa pública*: STF, Pleno, RE 220906/DF, DJ de 14.11.02).

II — O controle dos atos governamentais como segmento individualizado da função jurisdicional

Tal como na *jurisdição voluntária*, e nos setores da *Justiça de Direito Social*, há, no desempenho da *função jurisdicional*, em face da atuação do Poder Público, um *sentido protectivo*, quer, de um lado, do *interesse público*, sob as formas mais variadas, inclusive quanto ao *patrimônio estatal*; e, de outro, do *cidadão*, que, como membro do *povo*, é o *titular da soberania*; dos indivíduos em geral e das pessoas jurídicas, e que se apresentam como *jurisdicionados*, nas diferentes condições de usuários dos serviços públicos, de contribuintes, de servidores públicos, de atingidos pelo poder de polícia, de beneficiários da participação social pública; de destinatários das normas jurídicas.

Este *sentido protectivo* não infirma, porém, os atributos ínsitos à *jurisdição*: a *impessoalidade*; a *paridade das partes*; a *imparcialidade*, ou seja, não ser o juiz *parte* nas situações e relações jurídicas em jogo, decidindo com *isenção*.

É importante a fixação da noção que preside o exercício da *função* desempenhada, pelo *Judiciário*, quando *controla* a atuação dos demais *Poderes Políticos* e os vários segmentos e instituições governamentais.

O *controle em sentido estrito*, próprio, diferentemente da mera *fiscalização*, envolve uma *participação* do *controlador* na *atividade controlada*; importa a *interferência*, a ingerência, a co-participação na mesma, como a do superior hierárquico em relação ao subordinado; já a *fiscalização* posiciona-se *exteriormente* em relação a essa.

No âmbito interno governamental, e segundo o *princípio* básico de *independência harmônica dos Poderes Políticos* (art. 2º da CF), com interligação e inter-relação entre eles, mercê do famoso postulado dos *'freios e contrapesos'*, dos *'checks and balances'*, desenvolve-se a função de controle recíproco, dentro da moldura constitucional. E, sempre que um Poder ou uma instituição estatal se torna sujeito ativo dessa atuação controladora, passa a desenvolver uma atividade com denotação e conotações específicas: a *função de controle*.

Aderson de Menezes (*'Teoria Geral do Estado'*, Rio, Forense, 1960, p. 282 e seguintes), cita Louis Wodon (*'Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge'*, p. 19): “*Não é tanto à separação dos poderes-expressão que ele não emprega uma só vez — que Montesquieu dá importância para o estabelecimento da liberdade política, senão ao seu equilíbrio, isto é, segundo sua expressão já posta em relevo, aquilo por que 'o poder detém o poder' ('le pouvoir arrête le pouvoir'), sendo certo que os poderes são forçados a ir em conjunto ('aller de concert').*”

E aduz o Autor: “*De resto, mesmo os norte-americanos, cujo dogmatismo constitucional fez o culto da separação dos poderes, não ficaram estranhos, em suas usanças governamentais, à legítima concepção de Montesquieu, por eles teoricamente mal interpretada. Porque, na prática estatal, construíram a teoria dos freios e contrapesos ('checks and balances') por via da qual estabeleceram efetiva correspondência com o princípio autêntico, por que 'os poderes passaram a interferir um na vida do outro', de sorte a garantir o necessário equilíbrio do Estado. E se fez praxe extraconstitucional, entre eles, a jurisprudência pela qual o 'Judiciário aprecia a constitucionalidade das leis e o comportamento do Executivo'.*”

Nesta linha, o *controle direto da constitucionalidade dos atos normativos* compreende uma participação do *Judiciário* na *função legislativa*.

Na mesma linha, o que, aliás, é denunciado pelo *caráter pretoriano do Direito Administrativo*, René Chapus (*'Droit Administratif Général'*, Paris, Montchrestien, 1990, t.1, p. 526 e seguintes) sublinha, ao cuidar da *ordem jurisdicional administrativa*, que esta parte do princípio de que o Juiz que julga a Administração não é, tão-só, um Juiz especializado em matéria administrativa: ele deve ser um *Juiz-administrador*. Em outras palavras, “*il doit être tel que le jugement de l'administration se situe dans la ligne de l'action administrative et en soit comme un prolongement ou un complément. C'est ce qu'exprime le principe, remarquablement étudié par Pierre Sandevour, selon lequel "juger l'administration, c'est encore administrer"*”.

As tradicionais locuções, *'controle jurisdicional da constitucionalidade das normas jurídicas'* (*'controle concentrado'*, *'controle difuso'*) e *'controle jurisdicional da Administração Pública'* não são expressões vazias, mas ricas de conteúdo, a traduzir esse *segmento*, com *identidade própria*, da *função judicial*, e cuja *especificidade* está na mesma linha de distinção, entre a *jurisdição contenciosa* e a *jurisdição voluntária*.

Para que esse *controle* se realize, se concretize, um elemento é fundamental. Sobrepassando a qualquer outra *carga* ou *força* *eficacial* de *ações*, *decisões* e *sentenças*, certamente está a *mandamentalidade* da atuação jurisdicional frente aos entes públicos. Não foi por acaso que, ao lado das classificações tradicionais (condenatória, declaratória, executiva, constitutiva), se afirmou e se desenvolveu a caracterização das *ações*, das *sentenças*, das *decisões* e dos *atos mandamentais*. É através da *ordem*, em relação aos Poderes Públicos, que o Juiz atua, em forte dose, no *controle* dos mesmos. Não basta, em geral, ao Juiz da Justiça Governamental fornecer títulos executórios ou desconstituir atos; é preciso que ele tenha instrumentos, para tornar tudo isso *efetivo* de imediato, o que ele faz mediante *mandamentos*.

A plenitude do *controle jurisdicional dos Poderes Públicos* é atingida com a *força*, *eficácia* ou *carga de mandamentalidade*. As *sentenças*, mesmo *condenatórias*, mesmo *declaratórias*, mesmo *desconstitutivas*, somam à respectiva *força*, à *eficácia* correspondente, a *carga* da *mandamentalidade*. E sublinhemos desde logo: isso se desenvolve no dia-a-dia da *Justiça Governamental*, na medida em que as *decisões liminares* são essencialmente *mandamentais*; enquanto se identifica, nas *cautelares*, um processo *preventivo*, com forte dose *ordenatória*; na *tutela antecipatória*, mercê da existência de elementos, para que se decida, desde logo, *mandamentalmente*.

A *mandamentalidade* é, pois, elemento de decisiva importância para a realização de *liminares* e para a *antecipação de tutela* em face das *ações* e *omissões* governamentais.

Pontes de Miranda (Tratado das Ações, São Paulo, RT, 1970, t. I, p. 284) chegou a afirmar que o *provimento jurisdicional* “*de mandamento fica a meio caminho, entre o ato judicial (declarativo a forte dose) e o ato de administração.*”

A *ordem* está embutida na *decisão*, no *provimento jurisdicional*. E esta *ordem* há-de ser *cumprida*, *efetivada*.

A categoria das *ações mandamentais* foi caracterizada por Georg Kuttner, e sobre a matéria assim se manifestou Leo Rosenberg (‘*Tratado de Derecho Procesal Civil*’, 1955, II:36): “*Georg Kuttner coloca, também, junto às sentenças de prestação, constitutivas e de declaração a categoria das “sentenças ordenativas”, entendendo como tal “aquelas sentenças nas quais o juiz do processo, sem tomar uma resolução sobre a relação de direito privado que lhes serve de base, dirige a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário, a ordem concreta de executar ou omitir um ato oficial Goldschmidt acrescenta, também, às sentenças de prestação as ordenativas”. Este último assim as definiu: “A ação do mandamento’ tende a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judicial”.*

No Direito Brasileiro, Pontes de Miranda foi o grande defensor da existência das *ações mandamentais* e responsável pela ampliação da categoria. Em seu ‘*Tratado das Ações*’ (Tomo I, 1970, p. 122), ensina: “‘*A ação mandamental*’ *prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental*”.

Destarte, quando há *mandamentalidade*, além de *declarar* e *constituir* ou *desconstituir*, ou *condenar* (cf. *Lei nº 5.021/66*), há a *ordem* para que a AP *proceda*, *cumpra* a sua *função*, de acordo com o *declarado*, o *constituído* e o *desconstituído*.

Nas *medidas assecuratórias*, em que há concessão de *liminares* ou *antecipação de tutela*, não há, ainda, *declaração*, *constituição*, *desconstituição* ou *condenação*, mas a *ordem* é para que a AP *proceda*, *cumpra* a sua *função*, como se tivesse havido.

O comportamento administrativo terá que se afeiçoar ao conteúdo do *mandamento*.

Na fixação do conteúdo da *realização* de *liminares* e *tutelas antecipadas*, é básico sublinhar-se que, em relação aos *atos judiciais mandamentais de controle*, não há *execução*, no *sentido científico* do termo, existe *cumprimento*, mercê da *realização da ordem judicial*, pelo próprio destinatário da *ordem judicial* ou *efetivação* por meios *coercitivos*, *autotutelares* e *substitutivos*.

Na apreciação dos requerimentos de *liminares* e *tutelas antecipadas*, quando se fala de *summaria cognitio*, de *non plena cognitio*, as expressões são usadas em sentido diverso da *cognição incompleta do adiantamento de tutela* (que se verifica, por exemplo, nos *alimentos provisórios*); e sim, como uma delibação, uma apreciação inicial, uma verificação da presença dos pressupostos e requisitos que ensejam a concessão. Não há *adiantamento*, ainda que *parcial*, da *cognição*.

Mesmo no tocante às *sentenças condenatórias*, a *Reforma do Código de Processo Civil*, pela *Lei nº 10.444, de 07.05.02*, evidencia a tendência de substituição da *execução*, pelo *cumprimento* ou *efetivação forçada*. Expressiva, por exemplo, a alteração do disposto no *art. 644*, que afastou a *execução judicial* das *sentenças condenatórias* de *obrigações de fazer*, *não fazer* ou de *entrega de coisa*, que passaram a ter *efetivação*, sem necessidade de ajuizamento de *processo de execução de sentença*, tornando-a *mandamental*, com o objetivo de sua *realização*, mediante *cumprimento* ou *efetivação forçada*, nos termos dos *arts. 461* e *461-A* do *CPC*. Era posição que já defendíamos no Fórum de Debates, realizado pelo Conselho de Justiça Federal, em Camboriú, em 11.11.2000.

IV — A tutela jurisdicional de segurança

Conforme sistematiza Pontes de Miranda ('*Comentários ao CPC*', Rio, Forense, 2ª ed., 1959, VIII: 293), há três categorias de *pretensões à tutela jurídica*; a *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*.

Evidencia o Mestre que a *tutela jurídica de segurança* abrange, não só a *asseguração* quanto aos *atos*, 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*.

Destarte, a *tutela de segurança* não é simplesmente *conservativa*, mas pode ser *antecipadora* ou *inovativa*.

Não há, no caso, é *antecipação da cognição, da força sentencial* — p. ex. declaratória, constitutiva —, mas de *efeitos da decisão*, de uma parte, portanto, de sua *eficácia global*.

Como salienta William Santos Ferreira (*Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*, São Paulo, RT, 2000, p. 132), mesmo na *tutela antecipada*, não se *adianta* “o *provimento judicial em si*” (*que definirá a relação jurídica*), mas *antecipam-se* “*efeitos do provimento definitivo*”.

Antecipar, por isso, não é *adiantar a tutela jurídica definitiva*.

Neste ponto, já frisava Pontes, mesmo a *tutela antecipada* não se confunde com a *cognição* ou a *execução incompletas*, mas *adiantadas*, como havia nas *ações executivas*, 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*, mesmo quando esta *antecipa efeitos* daquela.

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’*”.

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

Assim, 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*, pois que, nestas últimas, conforme salientado, a *sentença completa* o *elemento sentencial* do *despacho inicial*.

A *cautela* é *antecipatória*, quando a *segurança* só é possível através da *antecipação dos efeitos da procedência da ação principal*.

Em verdade, portanto, a *tutela jurídica de segurança* nunca é *juridicamente satisfativa*, porque nunca o *provimento judicial inicial* esvazia, 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 esterilizar o instituto da *tutela antecipada*, a qual, na *literalidade da regra*, só se exclui, nos termos do art. 273, § 2º, se a *‘irreversibilidade’* for do *‘provimento antecipado’*, isto é, se *juridicamente irre recuperável* a situação anterior.

Assinala, por isso, Pontes (*op. e vol. cit.*, p. 304) que às *providências de segurança* se opõem as *satisfativas*, *satisfação* só obtida na *decisão meritória*.

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

Daí, todas elas, é certo que com *nuances gradativas*, estarem submetidas ao binômio da *aparência do direito*, ou da *verossimilhança das alegações*, e do *‘periculum in mora’*.

Em termos de *força* — de *efeito preponderante* —, as *medidas de segurança* são objeto de *pretensões mandamentais*.

À *pretensão à tutela jurídica à segurança ou assecuratória* correspondem, com efeito, medidas que dão lugar a *provimentos judiciais essencialmente mandamentais*, que, ou acautelam *faticamente*, isto é, a *prova do fato*: ou *fático-juridicamente*, quer assegurando a *efetividade da prestação futura*, caso essa seja deferida na sentença final, quer garantindo a *situação jus-factual* do titular da pretensão, determinando o imediato cumprimento da obrigação ou do dever que atende ao direito ou interesse do requerente.

Difere, o *asseguramento*, da *cognição* e da *execução*.

Não há, como grifado, *adiantamento* da primeira, nem *satisfação* do direito ou interesse, porque essa só se dá com a *cognição* e, se *condenatória* a sentença, com sua *efetivação*, pelo *cumprimento* ou pela *execução forçada*.

Na *tutela antecipada*, o que se faz é *ordenar-se*, liminarmente, o *cumprimento* da obrigação ou do dever, por parte do sujeito passivo: ou *assegurar-se*, de outra forma, a *efetivação forçada* do direito do autor, para tanto, se necessário, tomando-se as *medidas concretas* pertinentes.

Como não há *condenação*, não se pode falar — senão impropriamente, como o próprio CPC o fazia (art. 273, § 3º, na redação primitiva) — de *execução*. O que há é *efetivação* (termo que passou a ser usado, sob a reforma da *Lei nº 10.444, de 07.05.02*), vinculando-se o *mandamento*, de modo imediato, ao *direito material* em jogo. Atinge-se, pois, o *objeto mediato* da *tutela jurisdicional definitiva*, seja esta *condenatória-executória*, seja *mandamental*, seja *constitutiva*, seja *declaratória*.

A *antecipação* não é da *tutela cognitiva* ou *executória*, da *prestação jurisdicional*, mas a *efetivação da prestação de direito material*, que é o que o CPC chama de '*efeitos da tutela pretendida*'.

A *mandamentalidade*, na *tutela antecipada*, não é a da *definitiva*, mas da própria *decisão 'initio litis'*.

No caso da *Fazenda Pública*, o *cumprimento da ordem tutelar assecuratória* não é *execução judicial*: integra a *execução administrativa*.

Executar — realizar, tornar efetivo, provém de '*executare*', verbo freqüentativo de '*exsequi*', de '*sequi*', seguir até o fim, levar a cabo, ultimar, conseguir, proceder judicialmente, punir, castigar.

Cientificamente, o *executar*, no campo *processual*, deve designar o processo de *efetivação da sentença condenatória*.

Usar o termo em sentido largo, para rotular qualquer *cumprimento*, *realização* de *sentença* ou de *decisão* é acientífico. Deve evitar-se '*executar*' ou '*execução*', para se nomear o atendimento ao '*cumpra-se*', à *ordem*. '*Executar*' *mandado* é termo impróprio.

Difere, do *cumprimento mandamental*, a *execução voluntária* pelo *adimplemento* do devedor da *sentença condenatória*; e que por seu turno, se opõe à *execução forçada*. Há um segmento intercalar: quando o devedor, uma vez já intimado com a *citação*, no *processo executório*, atende à sua condenação.

Assegurar não é, processualmente, *executar*: não se trata de *execução forçada*.

Às *medidas assecuratórias* corresponde, em geral, a concessão de *mandado: ordem* ou *comando* de *prestar*, sem *adiantamento* de *cognição*. *Acautelam*, sem ser

por *adiantamento cognitivo*, sem ser por conta de *futura cognição*. Enfim, *antecipação de efeitos* não é *adiantamento de cognição* ou de *execução*.

Há, portanto, a *pretensão a executar* e a *pretensão a assegurar*: àquela corresponde a *execução da sentença*; a essa, a *medida preventiva* adequada.

A *pretensão à tutela jurídica de segurança*, nos casos de *perigo na demora*, superou o *princípio da interferência no poder de outrem somente depois da completa cognição*.

A '*ratio*' da *segurança* está na diferença entre *acautelar* e *satisfazer*. Às vezes, parecem importar *satisfação*, como nos *alimentos provisionais* (não há caução nem restituição), mas isso decorre da própria *natureza da prestação de direito material*.

V — As limitações às medidas assecuratórias em face da fazenda pública

A matéria relativa à *concessão de medidas liminares, de cautelares, de tutelas antecipadas*, em face de atos do Poder Público, tem de ser, diante do exposto, apreciada à luz da índole, da tradição e do sistema do Direito Público Brasileiro, hoje encimado pela Constituição Federal de 1988.

É assente a noção de que o *Poder Judiciário* exerce o *controle dos atos governamentais*, sejam *atos executivos*, inclusive os *administrativos*, sejam *legislativos, formais* ou *materiais*.

Esse *controle* — que faz parte do *sistema de freios e contrapesos* — opera-se nos termos *constitucionais*, e, daí, não afrontar o *princípio*, atualmente normatizado pelo *art. 2º da Carta Magna Nacional*, da *independência e harmonia dos Poderes Políticos*.

Deita, esse *poder de controle*, raízes no *princípio da ubiqüidade da justiça*, que também tem sido objeto de dispositivo constitucional, ora contido no *inciso XXXV do art. 5º da vigente Constituição Brasileira*, que veda, à lei, excluir da apreciação, do Poder Judiciário, "*lesão ou ameaça a direito*".

É de significativa relevância, reiterar-se, a explicitação aditiva, na dicção da regra, do *controle jurisdicional* em face da "*ameaça*", o que constitui faceta fundamental da atuação, do *Judiciário*, no campo dos Direitos Públicos e Social, frente aos *riscos de lesões irreparáveis*, ou de *difícil reparação*, ao patrimônio nacional; a direitos e interesses legítimos dos administrados, dos contribuintes, servidores, segurados e beneficiários da Previdência Social; e da comunidade, como um todo, ou de segmentos seus, a envolver direitos e interesses individuais, homogêneos, ou não, e transindividuais, difusos e coletivos.

Por isso, tem sido a tônica da *História do Direito Brasileiro*, desde a instalação efetiva desse *controle*, a busca de *remédios jurídicos específicos* para sua realização, e que atendam às necessidades de *eficiência*, de *eficácia*, de *celeridade*, de *imediatez* com referência à *lesão* ou à respectiva *ameaça*, com especial realce para a *tutela jurídica de segurança*.

Podemos concluir, portanto, com tranquilidade, que qualquer regra que se coloque na contramão de tal evolução; que afronte o sistema da Carta Magna Nacional,

em sede de controle jurisdicional dos atos públicos, inclusive de medidas assecuratórias mandamentais, é constitucionalmente ilícita.

Nessa linha, é de afirmar-se a dissonância entre as limitações impostas ao mandado de segurança e às cautelares (cf. arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348/64; art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66; Lei nº 7.969, de 22.12.89 e Lei nº 8.076, de 23.08.90) e a Constituição Federal.

A questão assumiu proporções nunca pensadas, com a edição das Leis nºs. 8.437, de 30.06.92; 9.494, de 10.09.97, e da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.01, que se manteve em vigor por força do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Outras disposições limitativas ou onerantes surgiram, como as da Lei nº 8.036, de 11.05.90 (art. 29-B), acrescido pela MP nº 2.197-43, de 24.08.01, sobre saque de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS; da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.08.01, (art. 55: IRPF); Lei nº 8.112/90 (art. 46, § 3º, acrescentado pela MP nº 2.225-45, de 04.09.01: atualização de valores estipendiais).

Reproduzamos, a propósito, parte do teor de decisão do Ministro Celso de Mello (Rcl. nº 1.575-1 — medida liminar, DJ de 1.8.00, nº 147-E, p. 47):

“DECISÃO: ‘O ordenamento positivo brasileiro não impede 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. 752, 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, 145v.). Na realidade uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, na redução 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. Isso significa, portanto, que juízes e tribunais — sem incorrerem em desrespeito à eficácia vinculante decorrente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do pedido de medida cautelar formulado na ADC-4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches — poderão antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do Poder Público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei nº 9.494/97. 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 — Apli-

*ca-se a 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 acréscimos de vencimentos; (d) pagamentos 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. Daí a correta observação feita por Sergio Sahnone Fadel (*Antecipação da Tutela no Processo Civil*, p. 85 e 87, item nº 25.1, 1998, Dialética), que, após destacar que as restrições legais ao deferimento da tutela antecipatória apenas enfatizam o fato ‘de ser inquestionável o seu cabimento’ contra o Poder Público (pois, ‘caso contrário não haveria necessidade de a norma legal restringir o que estava explicitamente proibido ou vedado’), assinala que as limitações imposta pela lei nº 9.494/97 (art. 1º) apenas alcançam as ações propostas contra a Fazenda Pública, que impliquem ‘pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações’.*

Os argumentos contrários à concessão da *tutela antecipada contra a Fazenda Pública* são, em síntese: a) se a sentença proferida contra a Fazenda Pública está sujeita ao *duplo grau obrigatório* (art. 475, II e III, do CPC), não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a decisão antecipatória, provimento-menor, não teria aptidão para produzir qualquer efeito; b) cuidando-se de antecipação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, esta esbarraria, ainda, no óbice do *precatório*, que requer, para a sua expedição, sentença judiciária (art. 100, ‘caput’, da CF); c) o pressuposto negativo da *irreversibilidade*, previsto no § 2 do art. 273 CPC, impediria a concessão da medida contra o Poder Público. (Juvêncio Vasconelos Viana, *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, Dialética, 1998, p. 145).

Ora, o *duplo grau de jurisdição* é para a *sentença de cognição* (art. 475, I), e não para a *tutela de segurança liminar*, que tem como pressupostos, a *ameaça de violação* e o *perigo ou risco de dano*. A Lei nº 10.259/01, sobre *Juizados Especiais Federais*, excluiu, das causas de que trata, o *reexame necessário*.

Outrossim, repita-se, não se trata de *sentença judiciária*, mas de *decisão assecuratória*, dotada de *mandamentalidade*, e que não está sujeita ao regime de *precatórios*.

Cabe sempre lembrar a Lei nº 5.021, de 09.06.66, sobre *mandado de segurança*, fundamental na evolução, do Direito Brasileiro, no tocante à oposição entre manda-

mentalidade e condenação, com referência à Fazenda Pública (v. nosso estudo, 'A Natureza Mandamental — Condenatória do Mandado de Segurança', 'in' Revista Forense 243: 28 e s.).

E a *irreversibilidade*, que, repise-se, quando existe, decorre da *natureza da prestação de direito material*, é óbice que há ser sempre considerado "cum grano salis".

Saliente-se, ademais, que a *legislação restritiva* teve sua origem no período ditatorial ou no de imperfeita democracia. Recorde-se que, por seu turno, a antiga *Lei nº 2.770, de 04.05.56*, resultou de situação peculiar e excepcional, em que havia acusações ao próprio Judiciário.

É mister, ademais, anotar, uma vez mais, que somente é *satisfativa* a *sentença final*, de modo que, também com reservas, devem ser tomadas as *limitações* com base no *satisfazimento liminar*, que o § 3º do art. 1º da *Lei nº 8.437/92*, com a cláusula do *esgotamento*, no todo ou em parte, do objeto da ação.

Grife-se que a remissão do art. 1º da *Lei nº 9.494/97* a *Lei nº 8.437/92* é, tão-só, ao 'caput' do respectivo art. 1º, não abrangendo os respectivos parágrafos (cf. remissões ao art. 5º, e seu parágrafo único, da *Lei nº 4.348/94*; ao art. 1º, e seu § 4º, da *Lei nº 5021/66*).

Finalmente, gostaríamos de reiterar nosso posicionamento sobre a *inconstitucionalidade* da *suspensão de medidas por Presidentes de Tribunal*, conforme voto nosso, no Plenário do TRF — 2ª Região (Agravamento Regimento na Petição de Suspensão de Liminar nº 92.02.16564-5/RJ, jul. em 17.12.92).

VI — A efetivação das medidas assecuratórias em face da fazenda pública

Fundamental é grifar-se que a tendência que se observa com as mais *recentes alterações do Processo Civil Brasileiro* (arts. 621, 624, 627 e 644) é a da *modificação do sistema de concretização das medidas judiciais*, inclusive *execução de sentenças de cognição*, com a transformação das *sentenças condenatórias em mandamentais, efetiváveis* independentemente do *processo de execução*, necessário no caso de *título extrajudicial*. Para o *título judicial*, prevalecem os regimes dos arts. 461 e 461-A, que cuidam da *tutela específica*, na *efetivação*, por *cumprimento* ou *medidas concretas judiciais*, de *liminares* ou *sentenças*, nos casos de *obrigações de fazer*, de *não fazer*, e de *entrega de coisa*.

Para a *tutela antecipada*, o CPC, sob a reforma da *Lei nº 10.444, de 07.05.02*, passou a falar em *efetivação*, e não em *execução*: art. 273, § 3º. Quanto à *tutela específica*, definitiva ou liminar, para as *obrigações de fazer, não fazer* e *entrega de coisa certa*, a referência é a mesma: art. 461, § 5º, e 461-A, § 3º.

É certo, que, na moldura da evolução já assinalada, a própria CF, em razão das alterações que experimentou, passou, ainda que dentro de certos limites, e mesmo em matéria de *quantia certa*, da *condenação* e da *execução*, para o *mandamento*, o *cumprimento* e a *efetivação*.

As *Emendas Constitucionais nºs 30/2000 e 37/2002* alteraram, nesta linha, o regime de *precatórios*, contido no art. 100, e §§, da CF.

O § 1º-A do art. 100 da CF, acrescentado pela *Emenda Constitucional nº 30/2000*, caracterizou como *débitos de natureza alimentícia*, que têm tratamento especial no tocante à ordem dos precatórios (art. 6º da Lei nº 9.469, de 10.07.97), “aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.”

Por seu turno, § 3º deles excluiu os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado: v. art. 17, § 1º, da Lei nº 10.259/01.

Quanto aos débitos referentes a *benefícios previdenciários de assistência social*, a dispensa de precatório, isto é a atribuição de caráter *mandamental* à sentença, a ser cumprida, e não executada, dispuseram o art. 128 da Lei nº 8.213, de 24.07.91, com a redação da Lei nº 10.099, de 19.12.00, e art. 2º da mesma.

Assim, a Lei nº 10.259, de 12.07.01, que instituiu os *Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal*, conferiu caráter *mandamental* às suas sentenças, sejam elas referentes a *obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa, ou pagar quantia certa*, e, no tocante àquelas cujo cumprimento importa em pagamento dessa, prevê o *sequestro satisfativo*.

Encontramo-nos na área das *prestações positivas*, ‘que são as de fazer, incluídas as de dar’, se se trata da *prestação de objetos* (PONTES, ‘Tratado de Direito Privado’, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XXII: 93). Em outras palavras: em sentido largo o *fazer*, quando se trata de *prestação de objetos*, abrange o *dar*.

No que diz respeito ao *cumprimento ‘ad futurum’*, de *deveres e obrigações da Fazenda Pública*, ainda que tenham, por *objeto, pecúnia*, a *sentença* prolatada em face da mesma, tem caráter *mandamental, ordenatório*, porque, já aí, a faceta do *fazer* prepondera sobre a subespécie do *dar*. E o *fazer* nada mais é, na hipótese, do que o *desenvolvimento normal da função executiva*.

Daí, se, de um lado, os *atrasados remuneratórios* são objeto do *processo de execução* em referência, o pagamento dos *vencimentos* é objeto de *comando sentencial mandamental*, o que faz com que a sentença tenha o duplo caráter, *condenatório-mandamental*.

Dever ou obrigação de fazer, porque a sentença estará *ordenando*, conforme já assinalado, que o Poder Público *aja*, doravante, *licitamente, cumprindo, regularmente*, sua *função*.

Como se trata de *ordem de cumprimento* (e, por isso, se cuida de *dever ou obrigação de fazer, de agir, ou não fazer ou não agir*, enfim, de *desempenhar a função governamental*), a *recalcitrância*, o *descumprimento* acarretará a *responsabilidade* do agente rebelde, inclusive *penal, político-administrativo (crime de responsabilidade)* e *civil*, mesmo porque o prejudicado terá direito ao *ressarcimento* em face da pessoa governamental, sem prejuízo do pedido de *intervenção*, se estivermos no âmbito *estadual ou municipal*.

Uma das questões é que se colocam é qual o *crime* praticado pelo *autoridade recalcitrante*.

A Lei nº 191, em sede de *mandado de segurança*, dispunha sobre a hipótese, em seu art. 10, *parágrafo único*, e o CPC, de 1939, no art. 327. A Lei 1.533/51 é omissa. Como as anteriores aludiam a *desobediência*, referindo-se a '*sob pena de responsabilidade*' para o agente público, e a '*sob pena de desobediência, para o privado delegatário*', há debates sobre se o crime seria aquele (art. 330 do C. Penal) ou o de *prevaricação* (art. 319), ou ainda, o de *corrupção passiva* (art. 317, § 2º) — cf. Jorge Salomão, '*Execução*', págs. 56/8 —, por se tratar de crime praticado por *funcionário público* (cf. Seabra Fagundes, '*Controle*', pág. 309, nota 10; v. de Nelson Hungria, na repres. nº 2211, D. Just. de 16-5-60, fls. 5087/8; v. '*Comentários*', vol. IX, págs. 377/8).

Como Relator, proferimos o seguinte acórdão (HC 93.02.01160-7/ES, 2ª Turma; DJ de 07.06.94): "*Penal e Processual Penal. Habeas corpus, em que figura, como coatora, Junta de Conciliação e Julgamento do Espírito Santo. Rejeição da preliminar de falta de jurisdição da Justiça Federal, e de remessa do feito ao Egrégio TRT da respectiva região. No mérito, afastados os pacientes não nominados, concessão parcial da ordem para afastar a cominação prévia de imputação de crime de desobediência, na hipótese de descumprimento da ordem judicial. Equiparação dos economiários aos funcionários públicos: art. 327, § 1º, do CP, com a redação da Lei nº 6.799/80. Necessidade de verificação concreta, quando do eventual descumprimento, dadas as peculiaridades dos crimes de prevaricação (art. 319 do CP) e de corrupção passiva (art. 317, § 2º), possíveis na hipóteses, dada a inexistência, no direito brasileiro, de delito específico para o contempt of court.*"

Para *Prefeitos*, está previsto o crime — penal — de *responsabilidade*, do art. 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201, de 27.02.67.

No campo da *ilicitude político-administrativo*, citem-se os arts. 85, VII, e 100, § 6º, da CF; e Lei nº 1.709, de 10.04.50, arts. 4º VIII; 12: 13 e 14.

Ainda no campo *político*, lembre-se o instituto da *intervenção*, da União, nos Estados ou no Distrito Federal, e dos Estados, nos Municípios (arts. 34, VI, e 35, IV, da CF).

Por seu turno, a Lei nº 8.429, de 02.06.92, sobre *improbidade administrativa*, há-de ser citada, em seu art. 11, e respectivo inciso II.

Lembremos o disposto no art. 14, V, e *parágrafo único*, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.358, de 27.12.01, e segundo o qual é dever das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo "*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*"; dever este cuja violação "*constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o Juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.*"

Estamos no campo dos *deveres e obrigações de fazer* (em sentido largo, a abranger todas as formas de *agir funcional* dos Poderes Públicos), sendo, portanto,

hipótese de adoção da *tutela específica* (arts. 461 e 461-A do CPC), a envolver a determinação de *medidas de concretização*, tais como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, a imissão na posse e outras, se necessário com requisição de força policial (§ 5º, do art. 461).

Na *ação de cumprimento*, o que há é a *ordem* para a *adimplência*, e, daí, a *mandamentalidade*.

Se há *descumprimento*, *inadimplência*, tem de haver as *medidas substitutivas de efetivação*, de *auto-executoriedade*, de *autotutela judicial*, através de *instrumentos de concretização*, além é claro, das dependentes de *coação indireta*, como as *sanções civis, penais, políticas e administrativas*.

Se a *autoridade administrativa tem o poder de auto-executoriedade*, porque não o teria o juiz?

Como medida específica, no caso das medidas '*initio litis*', para a espécie, identifica-se o *seqüestro*, para atendimento do *débito pecuniário*.

Não se trata de *penhora*, renova-se, eis que não se está em processo de *execução de sentença condenatória*, mas de *decisão mandamental* e, portanto, nada tem a ver com a *impenhorabilidade de bens*.

O *seqüestro satisfativo* veio a ser consagrado, conforme citado, pela *Lei dos Juizados Especiais Federais*.

Como o que se obtém com as *medidas assecuratórias* em face dos *Poderes Públicos*, é, afinal, uma *ordem*, para que, de acordo com a espécie de *provimento*, o órgão ou organismo público — ou equiparado — *proceda* nos moldes do conteúdo do *mandamento*, sempre teremos um *fazer*, um *não fazer*, um *entregar*, e, daí, sempre caber a *tutela específica*, com a obtenção do resultado que corresponde ao adimplemento da obrigação.

Para tanto, além das *medidas coercitivas*, de *natureza indireta*, com a cominação das *sanções cíveis, penais e político-administrativas*, existem, como anteriormente referido, os *instrumentos de auto-executoriedade*, de *autotutela judiciária*, de *efetivação direta do resultado*, mediante *meios concretos*, conforme referido: busca e apreensão, imissão na posse, remoção e destituição de coisas, seqüestro de importâncias pecuniárias, impedimento do desenvolvimento de atividade, tudo, se necessário, com a *cobertura da força pública*.

Há os que admitem, por analogia com a '*Lei Antitruste*', *Lei nº 8.884, de 11.06.94* (arts. 69 e s.), a adoção da *intervenção judicial*, com *nomeação de terceiro*, para realizar a *tarefa específica* que cabia ao *coator* ('*Execução de Sentença em Mandado de Segurança*', Marcelo Lima Guerra, em '*Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*', São Paulo, RT, 2002, p. 647 e s.)

Não cabe a *efetivação* do resultado das *obrigações de dar quantia certa*, referente à *inadimplência em período pretérito*, pois que, já agora, estamos diante de *obrigação por ilicitude*, nascida da prática desta própria, e que tem, por força de dispositivo constitucional, procedimentos próprios, e que só cabem *após o trânsito em julgado*, por força dos §§ 1º, 1-A e 3º do art. 100 da *Constituição Federal*.

Preleciona Pontes De Miranda (*'Tratado de Direito Privado'*, São Paulo, RT, 3ª ed., XII:68): “*O devedor há de prestar o que prometeu, no tempo (nascimento da obrigação, ou no prazo após o nascimento se a favor do devedor) e no lugar devido. Se não o faz incorre na obrigação por inadimplemento (atos ilícitos, ato-fato ilícito, fato stricto sensu ilícito), 'que não se confunde com a obrigação de prestar, que se violou'.*”

Aduz o Mestre: “*'A ação de condenação' supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado 'contra direito', que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados ('con-damnare'). Não se vai até à prática do condano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico*”.

Está-se, pois, no campo da distinção entre, de um lado, o crédito, sua efetivação, a do direito à prestação; e, de outro, o direito à garantia, o direito de execução forçada sobre o patrimônio do devedor. Daí, o pagamento, neste último caso, não corresponder ao exercício ordinário da função governamental, e não caber no âmbito das liminares e tutelas antecipadas, mas exigir a concessão, a ser executada ou efetivada

Sempre se entendeu que os alimentos não estavam ligados, apenas, ao direito de família (parental e matrimonial), mas podiam pertencer ao capítulo do direito das obrigações (Pontes de Miranda, *'Tratado de Direito Privado'*, Rio, Borsoi, 3ª ed., 1971, IX: 208). Os alimentos são de qualquer espécie: de direito de família; de origem negocial; em virtude de responsabilização; de direito público. Daí, a existência dos alimentos de Direito Administrativo.

No tocante a liminares e tutelas antecipatórias, sempre dentro da moldura mandamental de pagamentos *'ad futurum'*, os débitos alimentícios oferecem conotações que lhes reforçam sua realização.

Em termos de medida alimentar *'initio litis'*, no Direito Público, algumas considerações devem ser feitas.

Vários são os caminhos para sua obtenção.

O primeiro é o dos alimentos provisórios, tutela assecuratória especial, contemplada no art. 4º da Lei nº 5.478, de 25.07.68, e que pressupõe a prova da “obrigação de alimentar do devedor” (art. 2º), como título inicial a permitir o adiantamento (não antecipação) da cognição em decisão liminar.

O segundo é o dos alimentos provisionais, nos termos do art. 852, especialmente inciso III, do CPC, e que se caracteriza como medida cautelar.

O terceiro é o da tutela antecipada, em processo de conhecimento, na configuração dos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, quando, não sendo caso de cautelaridade, tampouco o é dos alimentos provisórios.

Essas três vias são pertinentes ao controle jurisdicional da Administração Pública a que se soma a liminar em mandado de segurança, como quarta via.

A primeira trilha cabe, por exemplo, na hipótese de segurado ou beneficiário da Previdência Social, que tem seu benefício suspenso inopinadamente; ou de

pensionista, de servidor, a que são pagos, apenas, 80% da pensão, em afronta ao *art. 40, § 2º, da CF*.

A *segunda*, exemplificativamente, no caso do concursado, com direito à nomeação, e não investido no cargo, enquanto se desenrola a ação principal cognitiva.

A *terceira*, diante do sustentado neste estudo, tem por base o disposto no *art. 461, § 3º, do CPC*, em caso de algum reajuste a que tenha direito o servidor e que não lhe tenha sido concedido.

A *quarta*, quando INSS suspende o pagamento de benefício previdenciário, sob a alegação de fraude, mas sem o atendimento à garantia do *devido processo legal*.

A realização de cada um desses *provimentos liminares* tem seu regime próprio, sendo todos de caráter *mandamental*, com *ordem* expedida sob a *cominação* das *sanções* já indicadas, que, nos dois primeiros casos, pode ser a *prisão civil* (art. 735, e §§ do CPC; arts. 18, 19 e 27 da Lei nº 5.478/68); e sempre sem prejuízo, na hipótese de *recalcitrância* da autoridade, das *medidas de autotutela judiciária*, de *efetivação do provimento* (cf. TRF — 2ª Região, proc. 98.02.29173-0)

Cabem *liminares* e *tutelas antecipadas*, em casos de *ações declaratórias* e *constitutivas*, porque a *ordem* será, para que a *conduta governamental* seja desenvolvida, como se a *declaração* e a *constituição* ou *desconstituição* já tivessem tido lugar.

Há hipóteses em que cabe *mandado de segurança contra a norma em tese*, como quando se trata de regra *proibitiva*, a qual, por si mesma já atinge o administrado.

Nos casos em que descabe o mandado contra a lei, por necessitar esta de *atos de execução 'in concreto'*, tem pertinência o *mandado de segurança preventivo* contra tais *atos de execução*, quando, sendo a *norma inconstitucional*, estejam presentes a *ameaça* e o *justo receio* de sua execução lesiva ao patrimônio jurídico individual.

Em ambas as situações, é possível a concessão de *liminar*.

No caso de *prestação de declaração de vontade*, (arts. 639 a 641 do CPC), quando o obrigado seja o Estado, muitos sustentam que contraria a independência e harmonia dos Poderes Políticos, o reconhecimento do cabimento da chamada *sentença de substituição*, mesmo que a obrigação de prestar a *declaração de vontade* derive da *lei* ou de *contrato preliminar*.

Se se trata de *obrigação contratual*, respeitados os poderes discricionais unilaterais, da Administração Pública, de encampação, de resilição unilateral de contratos, será admissível tal espécie de *sentença* contra *pessoa administrativa pública*.

Mas em termos de *ato (provimento) administrativo*, ato de direito público unilateral e imperativo, constituinte da função administrativa material e formalmente considerada, a hipótese terá de ser analisada de per si.

Como se cuida de *obrigação de fazer* (obrigação do Poder Público de nomear aprovado em concurso, dentro de certo prazo, após a ocorrência de vaga), no caso de *tutela antecipada*, há a *mandamentalidade*, nos termos já vistos.