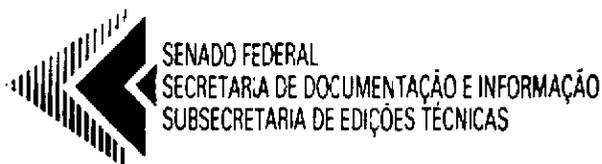


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 123

julho/setembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



Liminares: poder discricionário ou vinculado

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

SUMÁRIO

1. Princípio da legalidade. 2. Poder discricionário e poder vinculado. 3. Medidas cautelares. 4. Liminares.

1. Princípio da legalidade

O tema "liminares: poder discricionário ou vinculado" diz respeito ao estudo da atuação do Estado através do Poder Judiciário. No Estado de direito, o Poder Judiciário age exclusivamente subordinado ao Direito e à Lei, como corolário do princípio da legalidade.

Este princípio decorre da concepção iluminista. O art. 5.º da Declaração de Direitos Humanos, de 1789, estabeleceu que "tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene". Todas as Constituições modernas mantêm o direito individual de fazer ou deixar de fazer, apenas em virtude de lei. Nossa Constituição Federal prevê o princípio no art. 5.º, inciso II. Há duas esferas do princípio. Uma de ordem privada e outra de ordem pública.

"O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela norma legal, enquanto o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado, pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer".

É natural, portanto, que a atividade jurisdicional seja sempre jungida à lei, posto que é uma das emanções do Poder do Estado. O

Carlos Alberto da Costa Dias é Juiz Federal Substituto em Joinville - SC.

¹ Kelsen, Hans, in *General Theory of Law and State*, 1949.

poder jurisdicional na outorga de medidas cautelares é o exercício pleno do princípio da legalidade. De um lado, o juiz, agindo como órgão do Estado, fará apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer. De outro, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, qualquer ameaça ou lesão ao direito estarão sempre sob o crivo do Estado, Poder Judiciário, que estará obrigado a cumprir e fazer cumprir o mandamento da norma objetiva. O estudo da concessão de liminares está inserido nessa dicotomia. De um lado é o instrumento para a salvaguarda de direito ou ameaça de direito. E de outro, é exercido sempre segundo a lei.

Existem distinções entre o exercício do princípio da legalidade pela administração e o exercício da legalidade pela jurisdição. A distinção que se poderia estabelecer reside no próprio conceito de jurisdição, que consiste na atividade judicial, uma função e um poder-dever. Como atividade é considerado o trabalho dos juizes na movimentação processual, como uma função é exercida por meio do processo e como poder é a própria emanção de soberania do Estado². Enquanto o exercício da jurisdição submete-se ao princípio dispositivo (arts. 2.º, 128, 262 e 460 do Código de Processo Civil), pelo qual nenhum juiz prestará a tutela senão quando a parte ou interessado a requerer, diz-se que administrar é aplicar a lei de ofício, ou seja, independentemente de pedido específico para o ato estatal.

As atividades jurisdicional e administrativa são, ontologicamente, a mesma atuação do Estado segundo a lei, visando ao bem comum e ao interesse público. É consabido que, segundo uma análise fenomenológica (Husserl), as atividades jurisdicional, legislativa e administrativa poderiam ser classificadas exclusivamente pelo momento com que se relaciona o ato. O Legislativo atua com relação ao futuro, a administração com relação ao presente e o Judiciário com relação ao passado.

Sérgio Ferraz³, no âmbito do estudo das liminares, sustenta não haver diferenças entre a função jurisdicional e a do administrador. A

² DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*, in *Teoria Geral do Processo* 4.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 84.

³ FERRAZ, Sérgio, *et alii*, in *Mandado de Segurança*, Ed. Fabris, 1986, da Liminar em Mandado de Segurança, p. 11.

decisão que ambos devem tomar é uma só “sempre pela solução que mais se aproxime dos interesses da coletividade, que mais realize a tônica do interesse público”.

Estabelecidas as semelhanças e as diferenças entre o exercício do princípio da legalidade no âmbito administrativo e judicial, passemos a analisar o poder vinculado e o poder discricionário estatal e discorrer, a partir daí, sobre seu propósito com o tema de concessão de liminares.

2. Poder discricionário e poder vinculado

O poder vinculado e o poder discricionário são exercidos sempre segundo a lei.

A doutrina publicista⁴ entende que a competência vinculada outorga maior mobilidade ao executor ensejando a liberdade de escolha dentre várias opções, que a própria lei prevê, quanto aos motivos à oportunidade e à conveniência, bem como quanto ao objeto (conteúdo). Pode o executor praticar o ato ou dele se abster, praticar o ato com este ou aquele conteúdo. Quanto à existência de várias opções ao exercício do poder discricionário, manifesta-se também Lopes Rondó⁵ que, baseando-se na existência de normas categóricas e normas disjuntivas, há poder discricionário quando a administração se acha diante de uma norma que contém um preceito disjuntivo, isto é, uma norma que permite várias soluções possíveis. Um exemplo de norma disjuntiva seria a que determina ao Estado o incentivo à construção de casas a preços módicos. Além de oferecer várias opções, ressalta-se que há vários “caminhos possíveis”⁶ para a aplicação da lei.

O poder vinculado, em seu turno, estaria caracterizado pela inexistência de vários caminhos ou meios para a consecução do objetivo previsto na lei. Nesse sentido, a aplicação da lei de forma vinculada indicaria apenas um caminho e uma solução possível para o caso concreto. Assim, presentes os requisitos previstos em lei, ao Estado haveria apenas um meio para aplicá-la. A aplicação da lei teria como forma o modelo subsuntivo, pelo qual, estabelecida a

⁴ SEABRA, Fagundes, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 14/52, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

⁵ LOPES, Rondó, in *Revista de Direito Administrativo* n.º 35/41 e 42.

⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, in *Revista de Direito Administrativo* 101/1, do Poder Discricionário, p. 3.

premissa maior, norma genérica, ou categórica, e identificado o caso concreto, haveria apenas uma conclusão possível.

Não diviso dúvidas em concluir desde já que a atividade jurisdicional é exercício de poder vinculado do Estado de direito. Não obstante compartilhe com a doutrina⁷, pela qual o dogma da subsunção é um modelo lógico que admite e escamoteia a conformação jurídica e política dos fatos pela interpretação e raciocínio judiciais, a atividade jurisdicional é, por excelência, a aplicação objetiva e concreta da lei. E com resultado único, principalmente porque a solução ou decisão judicial estará vinculada sempre a pedido certo e determinado previsto no ordenamento jurídico, sob pena de indeferimento (art. 295, parágrafo único, inciso III, e art. 286 e incisos, todos do Código de Processo Civil). Ora, máxime havendo um pedido possível também, logicamente, haverá tão-somente uma solução porquanto exclusivamente um caminho para essa solução foi requerido.

Existe, portanto, em hipótese, na atividade jurisdicional, unicamente uma solução jurídica a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis, ou meios possíveis para a consecução da aplicação da lei. O que ocorre, via de regra, é que dois juizes podem ter opiniões distintas, até mesmo opostas, sobre uma mesma questão de fato e de direito. Ainda assim, a verdade jurídica escolhida ao caso concreto afigura-se como a única solução justa *a priori*, ainda que venha a ser substituída em grau de recurso. Essa realidade não desnatura a decisão judicial como decisão vinculada.

Toda a norma jurídica deixa certa margem de apreciação e, em maior ou menor grau, consiste de conceitos jurídicos indeterminados. Existe, excepcionalmente, a possibilidade, no exercício da jurisdição, de se elegerem caminhos possíveis em típica atividade discricionária. Como exemplo, a determinação de prazo que varia de vinte a sessenta dias para citação por edital, nos termos do art. 232, inciso IV, do Código de Processo Civil, a possibilidade de fixação de multa ou prisão quando a norma prevê a aplicação de uma ou de outra, a possibilidade de determinação do meio pelo qual se cumprirá a pres-

tação de alimentos (art. 403, parágrafo único, do Código Civil), a fixação do rumo da passagem forçada em benefício de prédio encravado (art. 559, *fine*, do Código Civil)⁸. Em todos esses exemplos a lei prevê, na atividade jurisdicional, algumas formas ou meios possíveis para aplicação da lei. Não dizem respeito, no entanto, à apreciação subjetiva da aplicação de conceitos jurídicos.

Karl Engisch⁹, quando menciona a fixação do valor de dano estético, ou dos alimentos, bem como arbitramento de cláusula penal nos contratos, atribui a essa atividade uma certa margem de liberdade, ou um grau de “discricionariedade”, segundo a terminologia do autor quanto à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos, diferentemente, não há vários meios possíveis para a aplicação da lei, mas apenas uma e exclusivamente uma forma que, sendo a aplicada, presume-se a melhor e mais legítima.

Dissertando sobre a textura aberta do direito, Genaro Carrió¹⁰ analisa a vaguidade dos conceitos jurídicos que podem ser direcionados para as mais diversas finalidades possíveis intencionalmente pelo intérprete e aplicador do direito. Nesse sentido, justifica-se a existência de interpretações e soluções diversas para uma mesma questão de fato e de direito deduzida em juízo. Esse leque de possibilidades não se confunde com o conceito de poder discricionário. Apesar de várias possibilidades, apenas uma aplicação do conceito jurídico indeterminado apresenta-se como a melhor. De outro lado e em outro sentido, no poder discricionário preconizado por nossos publicistas, há vários caminhos possíveis para várias soluções possíveis.

Exemplificando, a construção de uma estrada ou a construção de um hospital mostram-se dois caminhos possíveis ou duas soluções possíveis para a aplicação da norma constitucional disjuntiva do art. 3.º que determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional. Por outro lado, na norma categórica insere no

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, in *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados, Temas de Direito Processual*, 2.ª série, 2.ª ed., Saraiva, 1988, pp. 61 e ss., os exemplos são do autor.

⁹ ENGISCH, Karl, in *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 205 e ss.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro, in *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, pp. 31 e ss.

⁷ CALAMANDREI, Piero, in *Processo e Democrazia*, 1952, p. 72; CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, 1958, p. 215; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Do Arbitrio à Razão – Reflexões sobre a motivação da sentença*, *Revista de Processo* 30/20.

art. 121 do Código Penal “matar alguém: pena – reclusão de seis a vinte anos” existe apenas uma solução determinada por lei, presente o requisito morte (cujo conceito jurídico também sofre por determinação), que é a reclusão prevista.

Outros conceitos jurídicos têm abrangência mais “discricionária” no sentido de sua aplicação: “mulher honesta”, “função social da propriedade”, “interesse público” e inúmeros outros. A integração desses conceitos, no entanto, não é exercício de poder discricionário, no sentido da melhor doutrina publicista, mas o desenvolvimento da textura aberta do direito como forma de linguagem.

Em resumo, há poder discricionário na atividade jurisdicional e na atividade administrativa quando há liberdade de escolha em vários caminhos ou soluções previstas em lei. Em ambas atividades, há a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que revela também um grau de liberdade inerente à interpretação da lei na integração ao caso concreto.

Tratando-se de normas categóricas, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados admite apenas uma solução ou caminho possível, sempre se levando em conta o interesse público e da coletividade.

Analisada a discricionariedade a integração de conceitos jurídicos na jurisdição, passaremos a examinar as medidas liminares no contexto do tema.

3. Medidas cautelares

A liminar não se confunde com medida cautelar¹¹. A diferença reside em que a liminar pode apresentar natureza cautelar, mas não é de sua essência a natureza cautelar (a liminar no processo possessório, por exemplo, não tem natureza cautelar). As medidas liminares, de outra forma, podem ser deferidas nos mais diversos tipos de ação, como por exemplo, nas ações possessórias, na ação civil pública, no mandado de segurança, na ação de nunciação de obra nova, e não só no processo cautelar¹².

São características das liminares a urgência e a cognição sumária. Com efeito, sendo a medida liminar urgente, a aferição das provas apresenta-se por sua verossimilhança e probabili-

dade. A medida liminar pode ser concedida antes ou depois do contraditório, ou mesmo mediante a audiência do autor do pedido em audiência de justificação. Se concedida antes de constituído o contraditório denomina-se a medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem a intervenção da parte contrária. Outra característica da medida liminar é sua *provisoriidade*, ou seja, sua limitação, expirado um determinado período. Se concedidas dentro de um processo cautelar, as liminares “constituem a antecipação dentro de um processo antecipatório, ou por outras palavras, é o provisório do provisório”¹³. Outra característica, por fim, é a sua revogabilidade, ou seja, a faculdade que há em substituir a medida liminar por outro provimento, ou simplesmente fazer-lhe cessar o efeito.

Para o fim de nossa análise quanto à característica de serem as liminares exercício de poder discricionário ou poder vinculado do juiz, discorreremos acerca da natureza das medidas cautelares. É Galeno Lacerda¹⁴ quem distingue as medidas cautelares quanto à sua natureza jurisdicional e sua natureza administrativa.

Tem natureza jurisdicional a medida cautelar que soluciona uma lide, ou seja, um conflito de interesses ou uma pretensão resistida. São exemplos a medida liminar em mandado de segurança, a medida liminar na ação civil pública.

Têm natureza administrativa a medida cautelar e naturalmente a liminar que seja medida cautelar, o provimento que vise assegurar o poder de polícia do magistrado no processo. São exemplos desse poder cautelar o seqüestro de coisa móvel ou imóvel para evitar rixa ou violência, o depósito de filhos no caso de separação ou anulação de casamento, o poder de trazer testemunha sob vara, a reserva de bens de inventário, busca e apreensão para compelir o inventariante removido a entregar imediatamente ao substituto os bens do espólio (art. 998 do Código de Processo Civil), a arrecadação dos bens de ausente, a faculdade de resguardo da prova penal.

Quanto às medidas cautelares de natureza administrativa, entendemos, em coerência à exposição que se seguiu, que dizem respeito a um poder de polícia do magistrado pelo qual tem condições de administrar e conduzir o proces-

¹¹ Nesse sentido leiam-se: LARA, Betina Rizzato, in *Liminares no Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pp. 23 e ss., citando em arrimo BATISTA DA SILVA, Ovídio e CALMON DE PASSOS, J. J.

¹² Op. cit., p. 24.

¹³ LOPES, João Batista, in “Medidas Cautelares Inominadas”, *Revista dos Tribunais*, n.º 605/14.

¹⁴ LACERDA, Galeno, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1984, pp. 118 e ss.

so de forma eficaz. Nesse sentido, existe um juízo de conveniência e oportunidade da medida cautelar autêntica do poder discricionário exercido pelos agentes genuinamente administrativos. Com efeito, a possibilidade de se determinar o depósito de filhos sob guarda de um dos cônjuges, ou a possibilidade de se determinar o seqüestro de bens para evitar seu perecimento configura-se um dos meios possíveis que o poder de cautela expressamente previsto em lei coloca à disposição do magistrado para a condução do processo. É como ato administrativo, portanto, que pode ser entendido a que se referem Galeno Lacerda e Humberto Theodoro Júnior ao se manifestarem que "no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discipção do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado dentro do Estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava as *interdicta*"¹⁵.

A demonstrar, ainda, nesse sentido, a natureza administrativa e discricionária de algumas medidas cautelares, quando visando à condução e à eficácia do processo, podem estas ser concedidas de ofício, ou seja, independentemente de pedido, como em regra são os atos jurisdicionais¹⁶.

¹⁵ LACERDA, Galeno, in *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, 1984, pp. 135 e 136, THEODORO JUNIOR, Humberto, "Tutela Jurisdicional Cautelar", *Revista dos Tribunais* n.º 574/14, e "Garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil", *Revista dos Tribunais* n.º 665/17.

¹⁶ Quanto às medidas cautelares e sua concessão de ofício três correntes há a respeito, e nenhuma delas, ao que consta em conflito com o critério defendido por nós: a primeira pugna que ao juiz é vedado conhecer de ofício de medidas cautelares, salvo quando expressamente autorizado por lei; ora, em todos os exemplos citados há a previsão legal facultando ao magistrado a determinação de medida cautelar, nesse sentido SANCHES, Sydney, in "Poder Geral de Cautela", *Revista dos Tribunais* n.º 587/14 e ss.; a segunda orientação é de que a medida cautelar deve ser concedida irrestritamente, desde que vise a assegurar o resultado útil do processo; nesse sentido LOPES, João Batista in "Medidas Cautelares Inominadas", *Revista dos Tribunais* n.º 605/12; a terceira posição a respeito entende que a cautelar de ofício somente seria admitida tratando-se de cautelar incidente; nes-

4. *Liminares*

A liminar é um provimento jurisdicional que se contrapõe no tempo ao provimento final, porque, como o próprio nome indica é inicial. É correto dizer que a liminar é uma decisão¹⁷ e, assim sendo, soluciona uma lide, uma questão. Presentes os requisitos para a concessão liminar, ela deverá ser concedida, não havendo discricionariedade para sua não-concessão. Não se trata de ato administrativo, mas de autêntico ato jurisdicional.

Os requisitos para o provimento jurisdicional liminar, como vimos, é a urgência e a verossimilhança do direito, ou na terminologia própria, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Não existe um juízo de conveniência e oportunidade para a concessão da liminar presentes os requisitos que a ensejam. Não podem, outrossim, ser concedidas de ofício, pois necessário que existam no devido processo legal¹⁸.

A identificação do que seja o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, é um problema de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. É exclusivamente, nesse sentido que poderia ser entendido o grau de liberdade que existe na concessão da medida liminar. Especificamente na lei de mandado de segurança considera-se quando *for relevante o fundamento* e o ato coator puder resultar a ineficácia da medida. Ora, os requisitos no mandado de segurança vêm exatamente ao encontro da obrigação de o Judiciário, que detém o monopólio da distribuição da justiça, prover a medida caso haja violação ou ameaça de violação de direito, previstos constitucionalmente.

Assim, não há falar-se em liberdade de concessão, ou exame da conveniência e oportunidade da medida como um dos meios ou caminhos possíveis para a aplicação da lei pelo e no Estado de direito. Celso Antonio Bandeira de Mello entende que absolutamente não haja juízo de oportunidade sobre a questão, mas um juízo de "legitimidade". A atividade jurisdicional tem a função de dizer o direito ao caso con-

se sentido NERY JUNIOR, Nelson, in "Considerações Práticas Sobre o Processo Cautelar", *Justitia* n.º 50/18.

¹⁷ OTHON SIDOU, J. M., in "As Liminares em Mandado de Segurança", *Revista de Processo* n.º 44/37 entende que seriam despachos de mero expediente as liminares em mandado de segurança.

¹⁸ Em sentido contrário, LARA, Betina Rizzato, in "Liminares no Processo Civil", *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 208.

creto, ou em outras palavras a "verdade jurídica". É sob esta premissa que o autor prossegue para concluir que a concessão de liminar em mandado de segurança poderia ser cassada por via de outra liminar em mandado de segurança em instância superior, posto que o ato que deixa de conceder a liminar, presentes os requisitos, é ato ilegal e enseja a reparação pela augusta via do *writ*¹⁹. No sentido de não ser discricionário mas absolutamente vinculado, o ato que concede medidas liminares também encontra-se Tereza Celina de Arruda Alvim Pinto²⁰.

Podemos, nesse passo, concluir com Lara que:

"Existe discricionariedade por parte do juiz na possibilidade de determinar as medidas que julgar adequadas. Não há discricionariedade quando se trata de análise dos seus requisitos, isto é, do *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Os requisitos exigidos para a concessão da medida cautelar e da liminar, é certo, possuem um requisito genérico, ou seja, não podem ser precisados objetivamente pelo aplicador da lei. Mas esta tarefa do juiz de descobrir, em cada caso concreto, o significado do *periculum in mora* e o *fumus boni juris* não caracteriza a discricionariedade, mas, sim trata-se de interpretação de conceitos indeterminados ou vagos"²¹.

Em seqüência à nossa análise, é necessário que, além de ficarem estabelecidas essas premissas, demonstre-se o critério para a antecipação do direito através das medidas liminares.

De forma científica, José Inácio Botelho de Mesquita²² propõe que conheçam os limites ao poder das cautelares antecipatórias. A concessão de cautelares estaria na dicotomia entre dois valores fundamentais protegidos igualmente como direito insuprimível na Constituição Federal. O primeiro, aqui já analisado, é o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, umbi-

lamente ligado ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A essa condição entre Estado de direito e cidadão o autor dá o nome de *liberdade jurídica*. O direito à *liberdade jurídica*, nos termos constitucionais expostos, "pressupõe que havendo um litígio sobre a existência ou inexistência de um direito, só se pode encontrar a verdade sobre esse direito mediante a observância de um processo que garanta a descoberta dessa verdade". Isto porque ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal). O processo, porém, demanda tempo, e é aí que a liminar surge como elo para que o direito ou ameaça de direito não pereça em virtude de não ter sido concedido em tempo, pelo Estado.

O processo deve ser efetivo, ou seja, deve assegurar à pessoa tudo aquilo que teria direito caso não tivesse sido injustamente privado de usufruí-lo²³. Mas na impossibilidade física de não poder reparar exatamente o bem da vida perseguido em juízo, o processo se vale da possibilidade de substituição em dinheiro pelo equivalente. É por isso que a toda causa será atribuído um valor, ainda que não tenha um conteúdo econômico imediato, nos termos do art. 258 do Código de Processo Civil.

O critério que norteia a concessão das medidas cautelares antecipatórias é a possibilidade, tanto de direito como de fato de que se possa substituir o interesse pelo equivalente em dinheiro. Sob esse critério, José Inácio Botelho de Mesquita classifica as medidas cautelares antecipatórias em proibida, obrigatória ou permitida, conforme a incidência dos aludidos princípios constitucionais.

A medida liminar *proibida* seria aquela que em virtude do tempo em que se protraí o processo não haveria o impedimento da satisfação do direito pela via de prestação da tutela específica. Quando o direito, além disso, fosse suscetível de mensuração econômica e a sua satisfação em dinheiro pela via subsidiária de reparação é faticamente possível e fácil. Seria exemplo a prisão administrativa para compelir ao pagamento de tributos.

A medida liminar *obrigatória* seria aquela em que a satisfação do direito só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, e por se tratar de direito inalienável, não é possível a sua mensuração econômica. Seriam exem-

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, "Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar", *Revista de Direito Público* n.º 92/55 e ss.

²⁰ PINTO, Tereza de Arruda Alvim, in "Limites à chamada discricionariedade judicial", *Revista de Direito Público* n.º 96/157 e ss.

²¹ LARA, Betina Rizzato, in "Liminares no Processo Civil", Ed. *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 110.

²² MESQUITA, José Inácio Botelho de, in "Limites ao Poder do Juiz nas Cautelas Antecipatórias", *Revista Brasileira de Direito Processual* n.º 56/43 ss.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe, in "Instituições de Direito Processual Civil", Saraiva, v. I, p. 84.

plos flagrantes, a liminar em ação de alimentos, guarda de menores, e outras.

A medida liminar é *permitida* quando a satisfação pela via específica só é possível em tempo inferior ao demandado pelo processo, tratando-se de direito suscetível de mensuração econômica mas a satisfação pelo equivalente em dinheiro se mostra faticamente difícil. Seriam exemplos as liminares em mandado de segurança preventivo tributário, afastando a demorada repetição de indébito²⁴.

Concluindo, ainda que haja casos de grave lesão e de difícil reparação, pelo critério de equilíbrio entre os princípios constitucionais da liberdade jurídica e de seu pressuposto do devido processo legal, o aplicador do direito deve-

rá, em um primeiro momento estabelecer corretamente e com precisão que espécie de direito está *sub judice*. Com base nesse direito identificar o grau e o reparabilidade. Em síntese, identificar na concessão da medida liminar o denominado *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Quanto à conclusão do tema, por fim, basta lembrar que, não existindo discricionariedade para concessão de liminares, a liberdade na identificação dos conceitos jurídicos indeterminados ou a subjetividade de apreciação judicial restará quanto às liminares permitidas, posto que quanto às obrigatórias e as proibidas, bastarão exclusivamente a averiguação dos requisitos para negá-la ou concedê-la.

²⁴ MESQUITA, *idem ibidem*.