

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO

TIAGO ASFOR ROCHA LIMA

**A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CONTEXTO DA
EFETIVIDADE DO PROCESSO**

**FORTALEZA/CE
2006**

TIAGO ASFOR ROCHA LIMA

**A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CONTEXTO DA
EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Dissertação submetida à apreciação da Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito – Ordem Jurídica Constitucional – da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador:

Juvêncio Vasconcelos Viana

**FORTALEZA/CE
2006**

Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito
Curso de Mestrado

**“A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CONTEXTO DA
EFETIVIDADE DO PROCESSO”**

TIAGO ASFOR ROCHA LIMA

Dissertação aprovada em 28 / 08 / 2006, às 15h 30 min., com menção:

APROVADO COM LOUVOR

Comissão Examinadora:

Prof. DR Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
UFC

Prof. DR Roberto Rosas
UFRJ

Prof. DR Marcelo Lima Guerra
UFC

Aos meus pais, José Maria e Gerusa, e irmãos, David e Lucas, minha profunda gratidão, por terem me encorajado e acolhido num ambiente propício a longas caminhadas;

Aos colegas de trabalho, especialmente meu primo Caio, que me acompanhou desde o início desta árdua empreitada;

À minha querida Rafa(ella), com quem pude compreender que o amor é a maior força a guiar o homem.

AGRADECIMENTOS

Impossível enumerar nessas linhas todos os que de alguma forma contribuíram para que essa pesquisa viesse a lume, pelo que externo meu cordial agradecimento ao Professor Doutor Juvêncio Vasconcelos Viana, estudioso nato do direito processual;

Reconheço, ainda, a confiança depositada pela Professora Doutora Maria Vital da Rocha;

Minha especial gratidão ao tio Cesar, homem e jurista de biografia singular.

RESUMO

A produção científica, que adiante se apresenta, pretendeu examinar o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro através de um enfoque sob o princípio da efetividade do processo. Para tanto, teve-se de analisar as raízes constitucionais do referido instrumento processual, enfocando-se os princípios do acesso à justiça, da efetividade da tutela judicial, da segurança jurídica e da proporcionalidade. Procurou-se ainda visitar o tema em foco no direito comparado, especialmente nos países influenciadores do regime brasileiro, bem como nas nações que já sofreram influência da sistemática nacional. A evolução da tutela antecipada no direito pátrio não poderia ter sido ignorada, quando se buscou demonstrar os esforços que, há muito, têm sido envidados em favor de uma prestação jurisdicional mais célere e justa. Dirigiu-se, no entanto, a pesquisa para a averiguação das normas positivadas, especialmente no Código de Processo Civil, relativas à tutela antecipada (tais como, a antecipação do pedido ou de parcela do pedido incontroverso; a irreversibilidade do provimento antecipatório; a fungibilidade das tutelas provisórias etc.), que somente se prestará a cumprir o papel caso seja interpretada à luz do princípio da efetividade do processo, evitando-se as dilações indevidas no processo e garantindo ainda a materialização do próprio acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito processual civil. Antecipação da tutela. Efetividade do processo.

RÉSUMÉ

La production scientifique, qu'en avant il se présente, il a prétendu examiner l'institut de la tutelle anticipée dans l'ordre juridique brésilien à travers d'une approche sous le début l'efficacité de le procès. Pour de telle façon, il a eu d'analyser les racines constitutionnelles dudit instrument processual, en se focalisant les principes de l'accès à la justice, de l'efficacité de la tutelle judiciaire, de la sécurité juridique et de la proportionnalité. Il s'est cherché encore à visiter le sujet dans foyer dans le droit comparé, spécialement les pays qui a influencée le régime brésilien, ainsi que dans les nations qui déjà ont souffert influence de la systématique nationale. L'évolution de la tutelle anticipée dans le droit brésilien ne pourrait pas avoir été ignorée, quand il s'est cherché démontrer aux efforts pour une prestation juridictionnelle plus rapide et juste. Il s'est dirigé, néanmoins, la recherche pour l'évaluation des normes positifé, spécialement dans le Code de Procédure Civile, relatives à la tutelle anticipée (tels comme, l'anticipation de la demande ou de la parcelle de la demande incontestable; l'irréversibilité de l'approvisionnement anticipée; la conversion des tutelles provisoires etc.), que seulement il se prêtera à accomplir le papier cas soit interprété à la lumière de le principes de l'efficacité du procès, en s'évitant les retards indus dans le procès et en garantissant encore la matérialisation de l'accès lui-même à la justice.

Mots-Clés : Droit processuel civil. Anticipation de la tutelle. Efficacité du procès.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	08
INTRODUÇÃO	10
1 A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA, DA EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA	12
1.1 O processo de normatização dos princípios	12
1.2 O discrimen normas-princípios e normas-regras	14
1.3 O conteúdo do princípio da proporcionalidade	16
1.3.1 A inserção nos ordenamentos jurídicos	16
1.3.2 Proporcionalidade: norma-princípio ou norma-regra?	17
1.3.3 Os subprincípios da proporcionalidade	19
1.4 O acesso à justiça	20
1.5 A efetividade da tutela judicial	22
1.6 A segurança jurídica	24
1.7 A atuação parcimoniosa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro	25
2 AS TUTELAS PROVISÓRIAS E SUAS ESPÉCIES	28
2.1 Terminologia adotada	28
2.2 Definitividade e provisoriedade da tutela jurisdicional	30
2.3 Natureza da cognição	31
2.4 Antecipação da tutela e medida cautelar	34
3 AS TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO COMPARADO	39
3.1 Itália	40
3.2 França	42
3.3 Alemanha	43
3.4 Argentina	44
3.5 Chile	47
3.6 Uruguai	48
3.7 Estados Unidos da América	49
4 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO	52
4.1 A evolução da antecipação da tutela no Brasil	52
4.1.1 A credibilidade do Poder Judiciário abalada	52
4.1.2 Os objetivos das reformas	53
4.1.3 Inovações no CPC	53
4.2 A natureza do contraditório	54
4.3 A legitimidade para postular a tutela antecipatória	56
4.3.1 Antecipação da tutela pelo autor e réu	56
4.3.2 Antecipação da tutela e intervenção de terceiros	59
4.4 Pressupostos essenciais	63
4.4.1 Verossimilhança do alegado	63
4.4.2 Prova inequívoca	65
4.5 Hipóteses legais de cabimento.....	69
4.5.1 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	69
4.5.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	73
4.5.3 A antecipação da tutela relativa à parcela incontroversa da demanda	78
4.6 As tutelas específicas dos arts. 461 e 461-A, do CPC	87

4.7	O provimento irreversível e o princípio da proporcionalidade ...	92
4.8	A tutela antecipada em face do Poder Público	96
4.9	O pedido de suspensão de tutelas jurisdicionais deferidas contra o Poder Público	104
4.10	A oportunidade de deferimento da tutela antecipada	112
	4.10.1 Tutela antecipada antes da sentença	113
	4.10.2 Tutela antecipada na sentença	115
	4.10.3 Tutela antecipada após a sentença	118
4.11	Efetivação da tutela antecipada	121
4.12	A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar ..	125
4.13	A tutela antecipada como técnica fundamental à efetividade do processo	129
	CONCLUSÃO	134
	REFERÊNCIAS	142

APRESENTAÇÃO

O operador do Direito no Brasil, em qualquer de suas atuações, hodierna e constantemente, tem-se deparado com um dos grandes males da prestação jurisdicional: a falta de presteza.

A incompatibilidade do processo para produzir resultados úteis às partes é um enorme entrave que ainda, por incrível que pareça¹, merece ser enfrentado pela atual processualística.

Se a nós, profissionais do Direito, o alcance do bem a ser tutelado judicialmente, muitas vezes se mostra tardio e até mesmo imprestável à sua primeira finalidade, imagine-se que significado trespassa essa situação ao jurisdicionado.

Este “cobaia” da atuação estatal inoportuna e ineficaz, além de ser o maior prejudicado, é também um dos principais responsáveis, juntamente com algumas excrescências que surgem nos quadros do Poder Judiciário, por torná-lo desacreditado no seio social, exatamente em face da facilidade da transmissão de informações na sociedade contemporânea.

E não poderia ser diferente. Na posição em que se encontram os litigantes, não há como “julgar” a “Justiça brasileira” senão apondo severas críticas ao seu “*modus operandi*”, especialmente aos obstáculos burocráticos, políticos e jurídicos, impostos à solução tempestiva das demandas.

E mais: deve-se compartilhar das insatisfações dos jurisdicionados, pois não é pelo fato de se estar na condição de operador do Direito que se irão vender os

¹ Utiliza-se esta expressão para externar, ao mesmo tempo, o reconhecimento do empenho doutrinário, que não é recente, no desenvolvimento de técnicas processuais de abreviação da tutela jurisdicional, como também para demonstrar a insuficiência desses mecanismos no atual Estado Democrático de Direito. A insatisfação humana com os problemas que o afligem parece caminhar numa espiral de raio infinito, em que se está sempre a perseguir objetivos “novos”, sem os que os “velhos” tenham sequer sido alcançados. Bobbio ao analisar o progresso dos direitos humanos no pós-guerra obtemperou que “A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas de filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada a enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.” BOBBIO, Noberto *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.64.

olhos a esses óbices². Nesse contexto, é que deve ser repugnada com veemência a imprecisa e indecorosa expressão de que “a justiça tarda, mas não falha”. Não há dúvidas de que a “justiça que tarda já é falha”. A prestação tardia da tutela jurisdicional atenta contra pilares do próprio Estado de Direito (o devido processo legal, a segurança jurídica, além de influenciar negativamente nos rumos econômicos e sociais da Nação).

É chegada a hora, pois, de engrossar-se o coro do “BASTA”, ou melhor, do “Basta de Injustiça”, enunciado por Legrand³, uma vez que a sociedade não mais agüenta o tamanho descompasso entre os seus reclamos e as inoportunas⁴ respostas que lhe são dadas. Para tanto, faz-se relevante que a prestação jurisdicional se mostre adequada e, além de tudo, tempestiva à resolução dos conflitos, sob pena de estar-se cometendo uma tremenda injustiça. O propósito desta pesquisa é, com efeito, traçar os contornos atuais de um dos mecanismos existentes à efetivação da tutela judicial, qual seja a antecipação da tutela, empreendendo exegeses⁵ apropriadas ao afastamento das dilações indevidas no processo e propugnando ainda pelo encontro de soluções que se adequem ao aceleração da prestação jurisdicional, assegurando a prevalência da efetividade do processo.

² Não fosse assim, autoridades de escol não teriam exarado seu repúdio à dilação indevida do processo. Tucci relata que “não deixava de ter razão o saudoso Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida quando pesarosamente gracejava, há mais de vinte anos, que o advogado, em muitas ocasiões, deve sentir incoerente o desejo de exibir nos autos a ‘foto de um bolo de aniversário’, para comemorar, juntamente com o juiz, o transcurso de mais um ano sem ter-se chegado ao ato decisório final”. TUCCI, J.R. Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 150. O mesmo autor (p. 15) enuncia que “Cappelletti chegou a comparar a prestação da justiça italiana ao trabalho de um relógio quebrado, que deve ser ‘batido e sacudido’ para continuar em movimento [...]”. Num ato de inspiração ímpar, o Ministro Franciulli Neto caricaturou com perfeição a justiça brasileira, substituindo a deusa Themis por uma tartaruga, sobre uma corda, à beira de um imenso abismo, completamente estagnada, sem qualquer possibilidade de entregar uma prestação jurisdicional às partes. FRANCIULLI NETO, Domingos. *A prestação jurisdicional - O ideal idealíssimo, o ideal realizável e o processo de resultados*. Campinas: Millennium, 2004.

³ LEGRAND. *A utopia do Brasil*. Belo Horizonte: Soler, 2004, p. 208.

⁴ O inoportunismo da tutela judicial não deixa de ser uma severa injustiça, como já acenava Eduardo J. Couture, nos idos de 1945, ao elaborar o Projeto de Código de Processo Civil do Uruguai: “*En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia*”. Ibid., p. 208.

⁵ Sabendo que as leis necessitam de constantes interpretações, papel este de competência especial dos juízes, muito mais do que dos legisladores, verbera: “*Ahora bien, hay que agregar que el derecho cuando sale de la oficina legislativa, no es sin más un producto acabado; por el contrario, para que sirva al consumo, debe ser sometido a una elaboración ulterior. A la verdad, ¿qué es lo que hacen los jueces, sino algo que puede ser eficazmente equiparado al tejido de la lana hilada o cardada? Si bastasen las leyes, no habría necesidad de los jueces, ¿no es verdad? También los jueces, pues, son obreros del derecho.*” CARNELUTTI, *Como nace el derecho*. 3. ed. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 2.)

INTRODUÇÃO

Pelo contexto enunciado no tópico antecedente, denota-se, com clareza, que o ordenamento jurídico brasileiro não alcançou, em nível de concretização da prestação jurisdicional civil o mesmo patamar atingido pelo direito material em si. Amiudando: a legislação adjetiva civil não tem acompanhado, de forma satisfativa, os diplomas substantivos, porquanto a dificuldade que atualmente assola o Judiciário pátrio está relacionada, principalmente, com a efetivação e materialização da prestação jurisdicional.

Vale lembrar ainda, embora demasiadamente sabido, que as disciplinas acima referidas são interdependentes por completo⁶, de modo que nenhuma delas consegue atuar isoladamente, visto que o direito processual é o instrumento responsável por tornar o jurisdicionado sujeito de direitos, evitando este de ser privado de direitos materialmente previstos no ordenamento.

Demais disso, importa observar que o dificultoso não é apontar as causas, ou melhor, as razões da inefetividade da tutela judicial, pois estas são reconhecidas quase à unanimidade pelos estudiosos do Direito, os quais costumam referir-se não só à inadequação das leis processuais⁷, mas também à falta de aparelhamento (material e humano) do Judiciário⁸, ao despreparo técnico e científico de boa parte dos operadores do direito para o emprego de procedimentos céleres às demandas, dentre outros.

Em verdade, o que tem atormentado os juristas é a implementação de mudanças no ordenamento jurídico com a conseqüente relativização de valores já

⁶ Colhe-se do escólio de Juvêncio Vasconcelos Viana “O Direito Processual, sem o Direito Substancial, estaria destinado a operar no vazio; este, sem aquele, restaria ineficaz toda vez que violado. Os dois vivem em relação de estreita interdependência e necessidade recíproca, uma relação quase simbiótica.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17.

⁷ O Min. Franciulli Neto conquanto reconheça a atualidade do presente diploma processual civil, aponta: “O busílis da questão é a ausência de praticidade e eficiência do Estatuto Processual. [...] Indiscutível que as leis processuais não de ser aperfeiçoadas e muita coisa repensada.” FRANCIULLI NETO, Domingos, ob. cit., p. 11.

⁸ Arrolando os fatores determinantes da lentidão processual, Cruz e Tucci relata, “é bem de ver que a dramática e crescente aflição dos consumidores da justiça em decorrência da escandalosa demora na prestação jurisdicional, à mingua de dados estatísticos, constitui, por certo, um diagnóstico conclusivo da existência de um inequívoco descompasso entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário.” TUCCI, Cruz e, ob. cit., 1998, p. 105.

consagrados no país. Surgem, assim, pseudoconflitos entre valores como o da segurança jurídica e da celeridade na tutela judicial⁹.

Ocorre que a imposição de novos regramentos, dentre os quais aqueles que buscam a satisfação tempestiva do pronunciamento jurisdicional, traz em seu ventre a necessidade de abdicção, ainda que parcial, de certos dogmas¹⁰. O que não se confunde com o afastamento de determinados princípios, mesmo porque estes não se deixam de aplicar por completo, apenas se ajustam a determinadas situações, possuindo maior ou menor incidência.

Diante dessas considerações iniciais, faz-se mister analisar as questões que estão estreitamente relacionadas com a efetividade da tutela jurisdicional, especialmente a sua constitucionalização, as ulteriores reformas do Código de Processo Civil e ainda os instrumentos regularmente utilizados à sumarização dos pronunciamentos judiciais, notadamente o instituto da tutela antecipada e os diversos caracteres a ela relacionados.

⁹ Em louvável artigo Tucci ensaia a necessidade de que haja “um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade” em prol de se garantir a justiça no caso concreto. TUCCI, Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco registra esta necessidade, “[...] há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados.” DINAMARCO, Cândido R. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

1 A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA, DA EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 O processo de normatização dos princípios

Antes de se tentar demonstrar a atuação harmônica dos princípios acima citados no direito pátrio, importa esclarecer a escorreita valoração que deve ser conferida aos princípios jurídicos nos ordenamentos atuais. Para tanto, cumpre saber, como apontou Paulo Bonavides¹¹, que os princípios jurídicos passaram por três fases distintas, a saber, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Progrediu-se, pois, de um momento em que as normas positivadas nos ordenamentos eram insuficientes para consagração dos valores almejados pela sociedade, o que demandava a recorrência a postulados do direito natural (fase jusnaturalista); passando-se por uma fase em que nos códigos (nas leis) se encontravam todos os anseios do povo, evitando-se socorro às fontes extralegais (fase positivista); até que se alcançou o período no qual os ordenamentos jurídicos têm seus objetivos traçados pelos princípios constitucionais (fase pós-positivista).

Assim, de absoluta clarividência, o destacado posicionamento principiológico nas Constituições hodiernas, os quais foram elevados à categoria de preceitos fundamentais da ordem jurídica, dado o seu caráter eminentemente orientador e direcionador da realização dos escopos constitucionais, consagrando os valores mestres de uma sociedade organizada sob o manto do Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides obtemperou ainda que: “[...] as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹².

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003b, p. 396.

¹² *Ibid.*, p. 264.

A importância dos princípios para o vivente Estado Democrático de Direito também teve reconhecida sua importância por Celso Antônio Bandeira de Mello, que, como poucos, deu uma correta extensão à terminologia princípio:

[...] princípio – já averbamos alhures – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo¹³.

Impossível olvidar-se da literatura jurídica estrangeira, notadamente dos catedráticos da Universidade Complutense de Madrid, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os quais, em comentários ao ordenamento jurídico-administrativo, reconheceram a importância dos princípios gerais de direito, arrematando que:

[...] *los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias Morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y solo a través de ésta cognoscibles*¹⁴.

Destarte, nessa nova fase do constitucionalismo, os princípios passam deveras a compor a estrutura interna dos ordenamentos jurídicos, adquirindo *status* de normatividade, de sorte que não mais se discute a inclusão dos princípios na categoria de normas jurídicas. Entrementes, calha registrar que essa normatividade adquirida pelos princípios deveu-se ao percuciente e criterioso trabalho de constitucionalistas e teóricos do direito, advindo das obras da lavra de Ronald Dworkin, nos Estados Unidos da América, de Jean Boulanger, na França, de Emilio Betti e Vezio Crisafulli, na Itália, de Joseph Esser, Eberhard Grabitz, Friedrich Muller, Karl Larenz e Robert Alexy, na Alemanha, do Min. Eros R. Grau, no Brasil, dentre outros¹⁵.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807 - 808.

¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 75-76.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 264 - 295. Na referida obra é elaborado, com perfeição, um cotejo histórico através do qual se compreende a evolução doutrinária da aquisição de normatividade pelos princípios nas respectivas ordens constitucionais.

1.2 O *discrímen* normas-princípios e normas-regras

Não se olvide, entretanto, que mesmo nesta terceira fase do constitucionalismo, denominada, repita-se, de pós-positivista, os princípios constitucionais não convivem isoladamente entre si, dividem espaços com as regras jurídicas, sendo parte de uma mesma classe, a das normas jurídicas. Ou seja, diante da normatização dos princípios nesta nova fase do constitucionalismo, passou-se a conceber o direito através de uma concepção relativamente nova, pela qual se apartariam as normas jurídicas em normas-princípios e normas-regras. Nessa esteira, Willis Guerra Filho alertou que:

[...] necessitamos, então, desenvolver um modelo adequado do sistema constitucional, para ficar à altura da tarefa de nos orientarmos diante da situação nova com que nos deparamos no Constitucionalismo atual, sendo precisamente no âmbito do Constitucionalismo onde se desenvolvem os estudos mais avançados em Teoria do Direito, hoje. É assim que se desenha uma ordem jurídica formada por dois tipos básicos de normas: regras, reportando-se diretamente a condutas ou situações determinadas, e princípios, que positivam juridicamente certos valores¹⁶.

Germana de Oliveira Moraes acertadamente pontua: “atualmente, não se questiona a idéia de que o ordenamento jurídico está formado tanto por regras (ou normas em sentido estrito), como por princípios gerais”.¹⁷

Observa-se que a discrepância da categoria normas em princípios e em regras é fruto do acolhimento pelas Constituições de preceitos que possuem conteúdos diversos, seja pela generalidade, pela abstratividade, pela valoração, pela fundamentação ou por qualquer outra diferença (princípios), implicando assim necessidade de se comparar, para fins de dissecação, com outros preceptivos previstos no corpo legislativo que funcionam como mediadores na concretização dos sobreditos preceitos, possuindo assim aplicabilidade direta sem necessidade de qualquer intervenção (regras). A distinção fundamental entre as normas-princípios e as normas-regras diz respeito, *data maxima venia* das opiniões contrárias¹⁸, ao grau de extrema

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268.

¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 19.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-69. Ávila aponta como critérios de diferenciação entre princípios e regras, (1) o modo como prescrevem o comportamento, (2) a natureza da justificação exigida e (3) a forma de contribuição para a decisão.

generalidade e abstratividade dos princípios em relação às regras, consagradores inclusive dos valores adotados como fundamentais por um sistema jurídico, deduzindo-se de efeito também uma distinção qualitativa em relação às regras, pela qual se impede a total superposição de um princípio sobre outro qualquer.

Nada obstante serem os princípios o arcabouço jurídico dos sistemas normativos, ou ainda a mola mestra dos ordenamentos, servindo de oxigenação dos valores predeterminados por uma sociedade, eles carecem de concretização, daí a absoluta necessidade das regras, as quais funcionam como intermediadoras na consagração dos princípios fundamentais de uma ordem jurídica. Com efeito, o campo de abrangência das normas-regras é mais limitado, passando a prever e regular certos atos e condutas.

Ademais, os princípios, como dito alhures, podem sofrer diminuição de peso, de forma que possam ser harmonizados com outros que eventualmente colidam, impossível, todavia que tal ocorra com as regras, pois a validade de uma regra incompatível com outra implica certamente afastamento desta, em vista de sua antinomia. Não há como compatibilizar regras de sentidos opostos, enquanto que os princípios são relativizados de modo a se evitar o seu choque frontal.

Nesse contexto foi que Robert Alexy concebeu os princípios como mandamentos de otimização, o que seria a marca essencial de distinção das regras, ponderando que:

[...] el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, [...] las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni mas ni menos.[...] Toda norma es o bien una regla o un principio¹⁹.

Destarte, colhe-se a imperiosa necessidade de que os ordenamentos jurídicos atuais sejam concebidos através da dualidade princípios e regras, porquanto são interdependentes, não se vislumbrando a consagração de valores sem a presença de regras concretizadoras, da mesma maneira que não se imagina a aplicação de regras

¹⁹ ALEXY, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª. reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

na ausência de balizas que possam servir de guia à realização dos valores escolhidos por um povo.

No mesmo passo, o professor da Universidade de Coimbra, J.J. Gomes Canotilho constata que:

[...] um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas²⁰.

Mais adiante, prossegue, referindo-se agora à presença única e exclusiva de princípios:

[...] o modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes [...] só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema²¹.

Nos contornos da contemporaneidade, e com a larga receptividade dos princípios nos textos constitucionais, o período pós-positivista tem-se mostrado adequado à consagração e às materializações dos valores concebidos num Estado Democrático de Direito, digno de efetivação dos ideais de uma ordem jurídica.

1.3 O conteúdo do princípio da proporcionalidade

1.3.1 A inserção nos ordenamentos jurídicos

Em linhas dantes escritas, restou averbado que uma das distinções fundamentais existentes entre as normas-princípios e as normas-regras seria a possibilidade de relativização, ou melhor, de compatibilização entre os princípios em caso de colisão, o que não seria possível ocorrer com as regras devido a sua antinomia, cabendo aplicar uma regra ou outra, mas não as duas de forma concomitante.

Caminhando-se nesta trilha, faz-se mister a existência de uma norma direcionadora ou orientadora do sopesamento de princípios que entrem em colisão. Essa norma seria o princípio da proporcionalidade. Willis Guerra Filho resume o escopo do princípio da proporcionalidade:

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito constitucional*. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1995, p.168 -169.

²¹ Idem, p. 169.

[...] para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um 'princípio dos princípios', o princípio da proporcionalidade [...] ²².

Contudo, imperioso aclarar-se que o princípio da proporcionalidade está inserido exatamente nesta nova fase do constitucionalismo pós-positivista, o qual se encontra tangido pelo Estado de Direito, tendo-se superado a fase do condicionamento à lei para a fase de submissão às Constituições ²³.

1.3.2 *Proporcionalidade: norma-princípio ou norma-regra?*

Referentemente à questão da classificação da proporcionalidade como regra ou como princípio, vale registrar que conquanto a doutrina majoritária enquadre a proporcionalidade como espécie de norma-princípio, não são poucos os doutrinadores que a concebem como norma-regra. Apenas a título exemplificativo, devem-se citar nomes de peso, a saber, do eminente Min. Eros Roberto Grau ²⁴, do conspícuo Professor Marcelo Lima Guerra ²⁵, de Humberto Bergmann Ávila ²⁶ e do já assaz citado Robert Alexy ²⁷.

A corrente doutrinária, que sustenta a assunção da proporcionalidade nos contornos de norma-regra, tem por fundamento, quase que exclusivamente, o fato de serem os subpostulados da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), os quais serão tratados avante, seriam classificados como regras, por se aplicarem mediante simples subsunção.

Atente-se, todavia, que a condição que assumida pela proporcionalidade nos diversos ordenamentos jurídicos não se permite ser tratada como norma-regra. A proporcionalidade tem assumido feição absolutamente imprescindível no Estado de Direito, uma vez que prescinde de previsão expressa para que seja observada. Paulo Bonavides acolhe a proporcionalidade como: "princípio não escrito cuja observância

²² GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis, ob. cit., 2001, p. 398.

²³ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 398.

²⁴ GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167-170.

²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA, n. 215, p.151-179, 1999.

²⁷ ALEXY, Robert, ob. cit., p. 111-115.

independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”²⁸.

E assim mesmo ocorreu no vigente texto constitucional pátrio, no qual o princípio da proporcionalidade restou consagrado não só pelos caracteres do Estado de Direito, mas também pela previsão aberta do §2º do art. 5º²⁹.

Demais disso, o *discrímen* entre normas-princípios e normas-regras, acima esposado, impede a caracterização da proporcionalidade como norma-regra, dado o caráter concretizador das regras, as quais assumem graus de generalidade e abstração muito inferiores aos dos princípios, com redução inclusive de sua distinção qualitativa.

A proporcionalidade, ou proibição do excesso na literatura jurídica portuguesa, tem sido acolhida, merecidamente, por boa parte da doutrina como princípio geral de direito³⁰ ou como princípio jurídico fundamental³¹, em face exatamente de seu caráter ponderador dos direitos fundamentais.

Destarte, a atuação da proporcionalidade como “*princípio dos princípios*”, consoante denomina o escólio de Willis Guerra Filho³², funcionando com mecanismo compatibilizador não só dos direitos fundamentais, mas também como balanceador dos valores impregnados numa sociedade, autoriza a sua inclusão na categoria de norma-princípio.

Obtemperem-se ainda, *concessa venia*, que inexistem, relativamente aos seus subprincípios, o caráter meramente subsuntivo, mesmo porque se prescinde de previsão de quais princípios podem entrar em colisão. A proporcionalidade possui, destarte, um caráter de extrema abstratividade e generalidade, além de um grau qualitativo que a destaca acentuadamente das normas-regras, porquanto preconiza a realização do valor justiça, mediante a ponderação dos valores em colisão.

²⁸ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 400-401.

²⁹ Art. 5º, §2º, da CF/1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”.

³⁰ É a posição adotada tanto por BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 401, como por MORAES, Germana de Oliveira, ob. cit., 1999, p. 128.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit., p. 171.

³² GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis, ob. cit., 2001, p. 278.

1.3.3 Os subprincípios da proporcionalidade

Conforme mencionado alhures, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios, a saber: da adequação, da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito. Robert Alexy registrou:

[...] que el carácter de principio implica de la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere logicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él³³.

É praticamente uníssona na doutrina a concepção da proporcionalidade através dos citados subprincípios, colhendo-se tal repartição não só da obra de Alexy, na Alemanha, mas também de J.J. Gomes Canotilho³⁴, em Portugal, de Paulo Bonavides³⁵, do Min. Eros Roberto Grau³⁶ e de Willis Guerra Filho³⁷, no Brasil, dentre muitos outros.

O primeiro subprincípio da proporcionalidade é o da adequação ou aptidão, o qual se refere à adequação entre o meio utilizado ao atingimento de um fim. Ou seja, busca-se a escolha de meios que sejam próprios à consecução dos objetivos predeterminados.

Noutro aspecto, situa-se o subprincípio da necessidade, elemento este também conhecido como medida mais benigna³⁸, ou ainda máxima do meio mais suave³⁹, que tem por escopo verificar se se fez necessária e imprescindível a medida utilizada para a busca dos resultados. Nas palavras de Xavier Philippe: “*de dois males, faz-se mister escolher o menor*”⁴⁰.

O derradeiro postulado da proporcionalidade se encontra na proporcionalidade *stricto sensu*, através da qual se propõe a solução em que os

³³ ALEXY, Robert, ob. cit., p. 111-112.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit., p. 171.

³⁵ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 396.

³⁶ GRAU, Eros Roberto, ob. cit., 2002, p. 167-168.

³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 538, 2003.

³⁸ ALEXY, Robert, ob. cit.

³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., 2003.

⁴⁰ PHILIPPE, Xavier *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Aix-Marseille, 1990, p. 44 *apud* BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2003b, p. 397.

benefícios superem as desvantagens, ou seja, deve ser determinada com bastante equilíbrio a relação meio-fim, de sorte que se obtenha uma solução jurídica *ótima*.

Para resumir e elucidar o enunciado do princípio da proporcionalidade, faz-se imperiosa a transcrição dos ensinamentos sempre oportunos da Professora da Universidade Federal do Ceará, Germana de Oliveira Moraes:

[...] em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade também denomina-se 'proibição de excesso', e significa que a intervenção pública tem de ser suscetível de alcançar a finalidade perseguida, necessária ou imprescindível, quando não houver outra medida menos restritiva da esfera de liberdade dos cidadãos, quer dizer, pelo meio mais suave e moderado entre todos os meios possíveis – cuida-se da lei do intervencionismo mínimo.⁴¹

1.4 O acesso à justiça

O acesso à justiça é uma das mais nobres garantias atualmente presentes nos ordenamentos jurídicos, exatamente pelo seu extenso contorno, abarcando e salvaguardando direitos fundamentais aos jurisdicionados. É ainda uma das principais conquistas do Estado de Direito e do próprio direito processual, porquanto se trata de um mecanismo de controle e garantia de que os direitos positivamente previstos em cada ordenamento serão assegurados à sociedade⁴².

Logo, deve existir todo um aparato de normas que busquem tornar acessível à população o bem juridicamente tutelado. Nessa esteira é que no conceito de acesso à justiça podem ser individualizados os princípios do devido processo legal (contraditório e ampla defesa), da igualdade de armas no processo⁴³ e, ainda, da prestação jurisdicional efetiva e tempestiva⁴⁴.

⁴¹ MORAES, Germana de Oliveira, ob. cit., 1999, p. 128.

⁴² Na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth consta noção breve e apropriada da garantia examinada, "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 12.

⁴³ Para Cappelletti e Bryant Garth: "é a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos." Ibid., p. 15.

⁴⁴ Comentando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (acesso à justiça), Marinoni acentua: "Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva." MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 218.

A garantia do acesso à justiça é, destarte, inerente a qualquer Estado de Direito, através da qual a sociedade outorga ao Poder Público a competência para dirimir os conflitos sociais, renunciando assim a função de que a tutela seja prestada de maneira privativa pelos próprios cidadãos.

Houve assim uma importante concessão de atribuições por parte do povo ao ente do qual são integrantes, fato este ocorrido em face da postura exercida pelo Estado frente aos seus cidadãos, de sustentabilidade, de soberania, de independência, dentre outras características que lhe permitiriam resolver os conflitos de interesses, com imparcialidade, reduzindo sobremaneira os desgastes e rancores pessoais, tudo em busca da paz social.

Na literatura jurídica, são inúmeros os comentários acerca do monopólio do exercício da jurisdição por parte do Estado. Rogéria Dotti Doria enuncia:

Desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de garantir a todos os jurisdicionados a prestação de uma tutela adequada às necessidades da vida de relação. A jurisdição que passou a ser prestada pelo Estado precisou adequar-se às exigências daqueles que não mais podiam utilizar a justiça privada.⁴⁵

Na mesma esteira, o Min. Teori Albino Zavascki:

Assim, ao mesmo tempo em que chama a si o monopólio do exercício da tutela dos direitos, proibindo, conseqüentemente, a autotutela ('ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal', diz o inciso LIV), o Estado assume o compromisso de apreciar e, se for o caso, dispensar a proteção devida, a toda e qualquer 'lesão ou ameaça a direito' (inciso XXXV).⁴⁶

Também não discrepante, o Professor Luiz Guilherme Marinoni:

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutela adequada e efetivamente os diversos casos conflituos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.⁴⁷

A profundidade do preceito constitucional em exame é tanto mais intensa quanto o sejam os desrespeitos às regras jurídicas, sociais, religiosas e costumeiras que estão submetidas à sociedade, sendo crescente nessas hipóteses as responsabilidades

⁴⁵ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed.rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26-27.

estatais, que ainda assim não podem restar vulneráveis e titubear frente aos anseios do povo, sob pena de se instaurar o caos, seguido de uma guerra civil.

No texto constitucional brasileiro, o acesso à justiça se encontra expresso no dispositivo do art. 5º, inc. XXXV, quando enuncia que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Obviamente que do referido preceito já se poderiam inferir os princípios dantes arrolados, todavia o legislador constituinte achou por bem enumerá-los no mesmo art. 5º, da CF/1988.

Dentre os sobreditos princípios, a este opúsculo tem maior importância o princípio da efetividade da tutela judicial, ao qual se passa a debruçar avante.

1.5 A efetividade da tutela jurisdicional

A efetividade da prestação jurisdicional decorre, como visto alhures, da garantia do acesso efetivo à justiça e que, na visão processualista, faz parte da terceira fase metodológica do Direito Processual, a qual tem sido denominada de instrumentalista⁴⁸.

Nesta fase, o objeto do estudioso do direito processual é a persecução de formas simples, mas ao mesmo tempo efetivas, de consagração dos direitos das partes. Voltam-se as atenções aos jurisdicionados, os reais “consumidores da justiça” e a quem se presta a garantia de que seja concedida uma decisão justa e em tempo razoável.

Não basta às partes litigantes estarem seguras de que obterão um dado provimento judicial sobre o assunto que lhes interessa. É imprescindível que esta decisão venha, em tempo hábil, à produção do resultado desejado, sob pena de total inutilidade da prestação jurisdicional⁴⁹. Destarte, mostra-se imperioso que os julgadores estejam atentos a essas situações para que a máquina judiciária não descumpra um de

⁴⁸ Com autoridade de seu elevado conhecimento, Cândido R. Dinamarco exara: “chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções.” DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed.rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21. Vide ainda VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit, 2003, p. 14.

⁴⁹ Não são poucas as situações em que a demora na prestação jurisdicional poderá culminar com o perecimento do próprio objeto da lide, v.g., quando um servidor aposentado, acometido de enfermidade gravíssima, encontra-se em vias de falecer e aguardando a execução de sentença que lhe autorizou o aumento de proventos; quando a participação de um afluyente no certame licitatório, prestes a ocorrer, depende da anulação pelo Judiciário de restrição ilegal contida no instrumento convocatório.

seus primordiais objetivos, qual seja, assegurar aos seus “consumidores” o exercício de seus direitos⁵⁰.

Nada obstante a efetividade da prestação jurisdicional já restar prevista nos textos constitucionais tupiniquins desde a Carta de 1946, visto que inserida na garantia do acesso à justiça, o poder constituinte derivado, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu na Lei Fundamental de 1988 o inc. LXXVIII, ao art. 5º, prevendo que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Houve, portanto, explicitação do princípio da efetividade da tutela judicial (ou princípio da celeridade), que agora passa a ser ainda mais incontestado. Esse texto incluso na Constituição é prova de que a efetividade do processo não pode mais ser apenas uma matéria objeto de estudos por parte dos processualistas.

Esta emenda é, portanto, fruto da atenção do poder constituinte derivado, que, antenado com as novas ondas da moderna processualística e preocupado com a presteza do Poder Judiciário, veio a explicitá-la na Carta Magna para que, assim, desperte interesse da sociedade como um todo e principalmente do legislador ordinário na implementação de diversas modificações em prol da celeridade e utilidade da atividade jurisdicional.

A tendência de promover uma abreviação do resultado dos litígios não é exclusividade nacional, José Carlos Barbosa Moreira, refletindo sobre a duração dos processos no direito comparado, verberou:

[...] cabe prevenir contra a tendência, algo masoquística, a supor que a mazela da demora excessiva é peculiar à Justiça brasileira, ou que o Brasil, no particular, ocupa posição ainda pior do que a que lhe toca em matéria de distribuição de renda. O problema, na verdade, é universal e multiseccular.⁵¹

⁵⁰ A não ser assim, ter-se-á uma dilação indevida no processo, que, na jurisprudência constitucional espanhola, conceitua-se como “*a demora o a retraso en la práctica de alguna actuación judicial, lo que, implícitamente, indica que el tiempo invertido por el órgano jurisdiccional para realizar su función excede del que está previsto en la norma procesal.*” TREPAT, Cristina Riba. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p.96.

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 5, n.29, p. 28-29, maio/jun. 2004.

O tema, todavia, não era estranho ao direito pátrio, tendo em vista que se encontrava regulado no Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi aderido pelo Brasil em meados de 1992:

Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Não é suficiente, contudo, que haja uma alteração constitucional desta estirpe se não houver esforços para a inserção de medidas de efetivação dos pronunciamentos judiciais, pois o dispositivo da forma como se encontra não goza de eficácia plena, dependendo de atuações outras, não só do legislador ordinário, como do Poder Executivo, Legislativo e dos membros do Judiciário⁵². Estes sim são quem mais devem se engajar nessa luta a favor de uma tutela justa, efetiva e tempestiva.

1.6 A segurança jurídica

É próprio dos sistemas judiciais que as decisões perseguidas pelos jurisdicionados sejam proferidas após um exame seguro do caso em questão, ou seja, depois do processo estar maduro para julgamento, porquanto assim o órgão judicante estará apto a entregar a tutela judicial efetivamente devida (justa).

Estreme de dúvidas que o fator segurança é condição imprescindível para a confiabilidade dos particulares no préstimo das funções jurisdicionais pelo Estado. No entanto, para que se apresente aos jurisdicionados uma solução totalmente segura sobre cada demanda, faz-se necessário que o litigante atravesse determinados caminhos morosos que, ao magistrado, são inafastáveis.

Ou seja, ao lado do fator segurança jurídica, caminha de mão dada, o fator tempo, dada a relevância de intervalos temporais para a ultrapassagem das diversas fases do processo (exercício do direito de ação pelo autor; contraditório; saneamento e conciliação; instrução probatória; julgamento; eventuais recursos;

⁵² A própria Emenda Constitucional n. 45/2004, em seu art. 7º, enuncia que “O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nele tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.”.

execução do julgado etc.), importantes para o exercício de uma cognição profunda e exauriente, que possibilite ao julgador o máximo de certeza jurídica.

Destarte, conquanto a segurança jurídica seja, tal como o acesso à justiça, inerente ao Estado de Direito, referido elemento não sobrevive de maneira isolada, porquanto não é o único anseio do corpo social, devendo amoldar-se aos demais escopos do próprio Estado de Direito.

Ademais, não há como negar que a dilação temporal requerida pelo valor segurança jurídica muitas vezes acaba sendo parcialmente incompatível com outros princípios constitucionais, como o da efetividade do processo e do amplo acesso à justiça, o que não implica dizer, porém, que um deles deva ser afastado. Ao revés, cabe ao intérprete alocá-los numa mesma moldura, garantindo-lhes aplicabilidade ainda nas situações menos apropriadas⁵³. É o que se tenta demonstrar avante.

1.7 A atuação parcimoniosa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro

Restou antevisto nos itens precedentes que num mesmo ordenamento jurídico, no caso o brasileiro, vigoram pelo menos três valores hierarquicamente equiparados no texto constitucional (acesso à justiça, efetividade da tutela judicial e a segurança jurídica), os quais abstrativamente trespassam conviver em plena harmonia, sem qualquer entrechoque.

Ocorre que, no plano material, pragmático, tais princípios de índole constitucional eventualmente podem, à primeira vista, ditar regras diametralmente opostas, oportunidade na qual o intérprete, em sendo conhecedor do sistema jurídico no qual estão inseridas, deve tentar conciliar referidos princípios, retirando de cada um o seu objetivo primordial, ou seja, aquilo que o torna mola-mestra de um ordenamento.

⁵³ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro registra a mesma preocupação: “Esse ideal da justiça instantânea, evidentemente, é impossível de ser alcançado, na medida em que as partes precisam de tempo para postular, demonstrar seus respectivos direitos e finalmente, é preciso também um tempo para que o juiz possa decidir. É, justamente, entre este dilema rapidez de um lado e da segurança de outro que os grandes debates sobre a atividade jurisdicional vêm acontecendo através dos tempos.” CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79.

Sob esse aspecto, pode-se entender como plenamente possível a incidência concomitante de valores como o da segurança jurídica, de um lado, e da efetividade da tutela judicial, do outro, os quais, pelo que acima se exarou, parecem ter conteúdos absolutamente opostos, mas que na verdade ao atuarem em conjunto garantem o verdadeiro postulado do acesso à justiça.

Não basta que o Poder Judiciário aprecie com extrema celeridade um determinado litígio, entregando a prestação jurisdicional em um curtíssimo espaço de tempo. Tampouco é suficiente que esse mesmo Poder estatal perscrute todas as informações relacionadas a um determinado caso, requisite todas as fontes de prova possíveis e imagináveis, para só então decidi-lo. O jurisdicionado não se satisfaz com apenas uma das referidas qualidades. O jurisdicionado, pelo contexto social, econômico e político no qual se encontra inserido, almeja ambas e de forma concomitante.

Foi exatamente o que relatou Piero Calamandrei ao analisar a função das medidas cautelares:

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia; la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.⁵⁴

A Constituição Federal de 1988 não ignorou essa situação e acolheu as exigências do povo brasileiro, cabendo ao operador do direito ter conhecimento da urgente necessidade de que seja implementada a efetividade da tutela jurisdicional, preservando-se na medida do possível a garantia da segurança jurídica.

Sobressai como agente pacificador desse interesses pseudocontrapostos o princípio da proporcionalidade, que, também com encarte na Carta Magna, funciona como uma espécie de dosador, através do qual se extrai de cada princípio a carga na medida correta, garantindo um remédio jurisdicional altamente eficaz (capaz de preservar a tempo o direito do jurisdicionado) e seguro (sensível e ao mesmo tempo adequado aos possíveis futuros contratempos).

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 482-483.

Embora com assento garantido no direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade não atua de maneira automática, muito pelo contrário, carece de uma operação de racionalidade por parte do exegeta, o qual diante do caso concreto deve sopesar os valores supostamente em conflito e extrair de cada um deles o máximo de efetividade.

Lembre-se que a hipótese central deste estudo, qual seja a antecipação da tutela, nada mais é do que uma norma derivada da atuação conjunta dos referidos princípios, mediante a qual se busca preservar na sua inteireza o direito à jurisdição, sem renegar contudo a efetividade e a segurança com as quais a tutela deve ser prestada.

Verifica-se, com efeito, que há espaço e oportunidade para a convivência parcimoniosa dos princípios constitucionais no ordenamento nacional, dependendo apenas de que venha a aflorar no hermeneuta o sentimento constitucional⁵⁵, mediante o qual se implementará nas situações concretas a vontade do constituinte, salvaguardando assim o conteúdo dos princípios incindíveis na espécie.

Sabe-se ainda que tal tarefa não é das mais fáceis, o que não deve servir, no entanto, de obstáculo ao operador do Direito, o qual precisa assumir a responsabilidade de possibilitar a atuação pacífica e plena dos valores incrustados no texto constitucional, consoante já lecionou a doutrina de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

[...] se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda a sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos.⁵⁶

⁵⁵ VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional* (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1985.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 421.

2 AS TUTELAS PROVISÓRIAS E SUAS ESPÉCIES

2.1 Terminologia adotada

Conhecida a necessidade pulsante de se encontrarem fórmulas de conciliar os princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional, imperioso descer à análise dos institutos das medidas cautelares e da tutela antecipada, os quais, sem dúvida alguma, têm auxiliado os jurisdicionados no concernente à salvaguarda de direitos suscetíveis de perecimento em razão da extensa dilação temporal do processo.

Para tanto, antes de se apresentarem os critérios diferenciadores de referidos institutos processuais, calha destacar a terminologia que será preferivelmente utilizada para o enquadramento tanto das medidas cautelares como da tutela antecipada.

Na literatura jurídica nacional, encontram-se diversas denominações para o gênero dos institutos em exame, a saber: tutelas sumárias⁵⁷, tutelas preventivas⁵⁸, tutelas urgentes⁵⁹, tutelas provisórias⁶⁰ etc.

A questão da terminologia utilizada para a caracterização dessas tutelas no processo civil, oportuno registrar, não influencia diretamente nos estudos a respeito do tema. Contudo, apenas pelo rigorismo formal, impõe explanar por que a denominação “tutelas provisórias” merece melhor acolhida, o que todavia não impedirá a utilização, até de maneira abusiva, dos demais termos acima citados no decorrer desta pesquisa.

Conquanto frequentemente se utilize a expressão “tutelas de urgência”, este termo parece inadequado para abarcar as medidas cautelares e a tutela antecipada,

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (uma tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2005, p. 40.

visto que não engloba todas as situações em que o magistrado está autorizado a antecipar os efeitos da tutela, especialmente a hipótese do art. 273, *caput*, c/c o inc. II, do CPC, na qual se possibilita a fruição prévia da prestação jurisdicional quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto desejo protelatório por parte do réu.

A rigor, portanto, não há uma situação de urgência que mereça guarida; trata-se, na verdade, de uma espécie de punição ao litigante que esteja de algum modo retardando o andamento do feito, inclusive exacerbando os limites razoáveis de sua defesa.

A denominação “tutelas preventivas” também não se ajusta a todas as pretensões que os litigantes buscam através da tutela antecipada, porquanto terminam ligando-se a uma medida judicial que tenha por objeto simplesmente prevenir, ou seja, evitar a ocorrência de lesão ao direito da parte.

No entanto, a antecipação dos efeitos da tutela se presta, e em muitos casos, a reparar danos efetivamente já ocorridos ao autor da demanda, como, *verbi gratia*, nas tutelas específicas de fazer, não fazer e dar, previstas no art. 461 e 461-A, do CPC, dentre muitas outras.

Ao termo “tutelas sumárias”, objetiva-se o fato de que nem sempre se antecipam os efeitos da tutela mediante o exercício de um juízo cognitivo sumário, como ocorre, por exemplo, quando somente na sentença se promove a antecipação dos efeitos da prestação judicial. Ou seja, após o exaurimento da cognição por parte do magistrado singular.

Resta, pois, a terminologia “tutelas provisórias” as quais estão contrapostas às “tutelas definitivas”. Mesmo ao termo ora adotado não faltam críticas, apontando-se quase à unanimidade que as medidas cautelares não seriam provisórias, mas sim temporárias, ao contrário da tutela antecipada.

Sobre a estreita diferenciação entre provisoriedade e temporariedade, trazem-se à lume as advertências ainda atuais de Piero Calamandrei:

Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con él, de interinidad) es un poco diverso, y más restringido que el de temporalidad. Temporal es, simplemente, lo que no dura

*siempre, lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto no sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que procede el evento esperado.*⁶¹

Nada obstante tais apontamentos críticos de Calamandrei, que à época de seus escritos sequer poderia imaginar o surgimento desta outra modalidade de tutela com intuito semelhante ao das cautelares, parece que a distinção entre os referidos termos não passa de extremo rigorismo técnico, ignorado até pelos dicionários mais abalizados⁶².

Outrossim, o critério utilizado para distinguir as “tutelas provisórias” das “definitivas” é de uma tremenda simplicidade, uma vez que naquelas são postos os provimentos jurisdicionais que estão passíveis de sofrer modificação a qualquer tempo, ao passo que as “tutelas definitivas” são praticamente insubstituíveis, pois alcançaram o status de absoluto.

Por estas considerações, é preferível adotar a denominação “tutelas provisórias” para o alcance das espécies, medidas cautelares e antecipação dos efeitos da tutela, mesmo se tendo conhecimento da rara utilidade desta diferenciação terminológica.

2.2 Definitividade e provisoriedade da tutela jurisdicional

A característica de provisoriedade das decisões proferidas nas medidas cautelares e nas antecipações de tutela opõe-se, como dito antes, à posição de definitividade, gerando ainda nas partes certa incerteza quanto à possibilidade de sua mutação.

Inevitável, portanto, reconhecer que o nível de segurança de uma decisão revestida de definitividade é muito maior, quando comparado com os pronunciamentos de caráter provisório. Entrementes, nem sempre o jurisdicionado pode aguardar esse posicionamento judicial, por mais seguro que seja, dada a possibilidade de perecimento

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 475.

⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.1658 e 1941., o qual registra: “**provisório**. [...] 2. Interino, passageiro, temporário, provisional. [...]” e “**temporário**. [...] 2. Provisório, interino, temporâneo. [...]”.

do próprio direito. Para tanto, apresentam-se às partes as decisões de cunho provisório, através das quais se evita a ineficácia da função jurisdicional.

Criticando a forma regular e comum de prestação da tutela pelo Judiciário e justificando ainda a necessidade das tutelas provisórias, o Min. Teori Albino Zavascki registra: “Em casos tais, insuficientes que são os mecanismos ordinários da prestação da tutela, faz-se mister, para que não fique comprometida a eficácia da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a adoção de medidas acautelatórias.”⁶³

Pelo atual contexto histórico, cuidou-se inclusive de demonstrar acima, é absolutamente impensável um sistema jurídico, por mais cauteloso que seja, que não possibilite a tutela dos direitos mediante decisões de índole provisória, posto se tratar de condição do próprio acesso à justiça.

2.3 Natureza da cognição

Do que acima se assentou, resta claro que nem todo provimento jurisdicional perpassa por um procedimento regular ou comum, ou seja, existem decisões que são prolatadas em um tempo mais curto de análise dos autos por parte do magistrado. Esse exercício da jurisdição de forma mais rápida decorre diretamente da maneira pela qual a questão posta nos autos vem a ser analisada pelo julgador e esse exame da matéria de fato à luz das normas jurídicas é precisamente o ato cognitivo de competência do juiz.

Kazuo Watanabe, destacando o caráter prevalentemente lógico da cognição, prontamente a define:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁶⁴

Interessa ao presente estudo, dada a própria natureza das tutelas provisórias, saber quando o magistrado está autorizado a exercer o juízo cognitivo de maneira mais célere, diferindo, pois, das hipóteses ordinárias em que se posterga à sentença, na qualidade de ato decisório final, o efetivo exercício da cognição.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 25.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *A cognição no processo civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

Pela já tradicional classificação do Professor Kazuo Watanabe⁶⁵, a cognição merece ser analisada sob duplo plano, a saber, o horizontal e o vertical. Naquele pode ser exercida de forma plena ou limitada (parcial), de acordo com a extensão da matéria possível de ser analisada; enquanto que neste pode ser classificada em exauriente (completa) ou sumária (incompleta), uma vez que depende da profundidade do exame da questão.

Assim, tem-se que o corte no plano horizontal tem pouca relação com as tutelas provisórias, levando-se em conta que apenas tem a finalidade de determinar a extensão do pedido a ser perquirido pelo magistrado, limitando-o ou não a depender da natureza do procedimento utilizado para a tutela do direito. A restrição do exame de matérias ocorre nas ações de conversão de separação judicial em divórcio, nos embargos de terceiro, nos embargos à execução de sentença etc.

Sobreleva destacar, por absoluta conveniência, a cognição no plano vertical, a qual pode ser exercida de forma exauriente ou sumária. A cognição exauriente, exercida ao final da instrução probatória e mediante o ato jurisdicional que põe fim à participação do julgador no feito, conquanto seja a maneira teoricamente mais segura de exercício da tutela jurisdicional, nem sempre é a mais adequada e oportuna.

Com o escopo de corrigir essas situações em que a cognição exauriente se apresenta falha ou mesmo insuficiente à tutela de direitos, o que decorre na maior parte das vezes pela intempestividade da prestação jurisdicional, sobressai a cognição sumária, que no dizer de Kazuo Watanabe seria “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical.”⁶⁶

Giuseppe Chiovenda teve o cuidado de anotar a diferença entre a extensão do ato cognitivo do julgador:

Diz-se ordinária, ou seja, plena e completa, a cognição do juiz, quando tem por objeto o exame a fundo de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu. Qualifica-se de sumária ou incompleta a cognição do juiz quando o exame das razões das partes ou não é exaustiva (amplo contraditório) ou é parcial.⁶⁷

⁶⁵ WATANABE, Kazuo, ob. cit., p. 127.

⁶⁶ Idem, p. 145.

⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 175.

Não restam dúvidas, assim, acerca da estreita relação entre a cognição sumária e as tutelas provisórias, visto que o julgador para (des)acolher uma antecipação de tutela ou uma medida cautelar deve analisar necessariamente, ainda que de modo superficial, as razões de fato e de direito que circundam a demanda, hipótese esta em que o caminho de perquirição é mais curto do que se esta mesma decisão não tivesse natureza de provisoriedade.

Por isso que a tutela de direitos, quando baseada no exercício da cognição sumária, deverá ter por fundamento um juízo de verossimilhança do alegado ou mesmo o *fumus boni iuris*, a depender do procedimento no qual a parte esteja a postular por uma decisão provisória e não definitiva. Calha transcrever os registros do Min. Teori Albino Zavascki:

Enquanto na tutela definitiva se busca juízo de certeza, aqui a tutela jurisdicional é conferida à base de juízos de verossimilhança. É que, em se tratando de tutela para hipóteses em que há, em alguma medida, urgência, sua concessão acaba sendo necessariamente incompatível com a demora – inafastável – exigida para o atendimento simultâneo e completo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁶⁸

É exatamente em vista da ausência do juízo de certeza, característico das tutelas provisórias, que tais decisões não se revestem do manto da coisa julgada material, podendo ser modificadas pelo magistrado noutra oportunidade, caso seja alterado o seu convencimento inicial após o aprofundamento do juízo cognitivo. Refletindo sobre o mesmo tema, Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.

Contudo, o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.⁶⁹

Sem embargo da instabilidade à qual se submetem as tutelas provisórias, porquanto não se revestem da *res iudicata*, ainda assim é preferível que o sistema continue a proteger as situações que não podem aguardar passivamente o exercício da cognição completa, pois nem sempre a maior profundidade da cognição implica justiça nas decisões, é tanto que não são poucos os recursos a que se dá provimento nos

⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 30-31.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 35.

respectivos tribunais, mesmo após o juízo *a quo* aprofundar ao máximo o estudo sobre o assunto. Cássio Scarpinella Bueno avalia cautelosamente a questão:

Quanto menos tempo, menos certeza o juiz terá para decidir, mas, mesmo assim, terá de decidir. Os riscos derivados da situação são, por assim dizer, legitimamente assumidos pelo legislador. É como se ele, para bem cumprir o modelo constitucional do processo, dissesse: em algumas situações é preferível que o juiz decida rápido, quiçá de forma errada, mas que decida. Às vezes, dirá o legislador, é melhor que a justiça seja feita de forma rápida, para não faltar àquele que parece ter mais razão que o outro. Até porque, sou eu que assumo o discurso agora, o sistema recursal brasileiro está aí para demonstrar que, toda vez em que é dado provimento a uma apelação ou a um recurso extraordinário ou especial, é porque o Tribunal ad quem, em última análise, reconheceu que o juízo *a quo* 'errou', mesmo quando exerceu a cognição 'exauriente'.⁷⁰

Irrepreensível, desta sorte, a utilidade e necessidade da cognição sumária para o sistema processual hodierno, ante a insuficiência da cognição completa para o amparo jurídico de todas as situações de fato levadas ao Poder Judiciário, que por sua função originária não se pode desgarrar do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, já amplamente estudado.

2.4 Antecipação de tutela e medida cautelar

No desenrolar dos itens acima muito se comentou sobre as tutelas provisórias, gênero no qual se procurou enquadrar a antecipação de tutela e a medida cautelar, sendo útil e oportuno, a partir de então, diferir as duas espécies, para que reste plenamente delimitado o tema em destaque.

Embora, hodiernamente, tanto a antecipação de tutela como a medida cautelar possuam acento cativo no próprio diploma processual civil, a primeira nos arts. 273, 461 e 461-A, basicamente, e a segunda nos arts. 796 a 889, até o início da década passada, ambas eram tidas como únicas, já que o poder geral de cautela do juiz terminava por amparar as situações imprevistas de proteção por meio da cautelaridade, consoante melhor explica Eduardo de Mello e Souza:

Mas a gestação da tutela antecipatória foi lenta demais e se deveu, dentre outras razões, à acomodação dos operadores que sempre emprestaram satisfatividade à ação cautelar inominada. Por isso, entre 1973 e 1994, a tutela antecipatória se limitou a ser apenas um dos efeitos de um grande Poder Geral de Cautela regulado pelo Livro III.⁷¹

⁷⁰ BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., 2004, p. 19.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 619.

Mesmo a doutrina italiana⁷² não cuidava de dissecar as hipóteses de antecipação de tutela e de medida cautelar, tratada esta como única, porquanto se prestava a acelerar a fruição do objeto buscado, como observava Carnelutti, ao se manifestar sobre o processo cautelar:

Outras vezes, do que se trata não é de eliminar uma perigosa desigualdade entre os litigantes, e sim de antecipar provimentos que, se recaíssem no momento normal, perderiam de todo ou em parte sua eficácia. Essa antecipação pode ser conveniente com respeito mesmo ao provimento do processo de conhecimento que do processo executivo.⁷³

A inexistência de autonomia, pois, entre a tutela antecipada e a medida cautelar, implicou, no direito brasileiro, a utilização, como acima se adiantou, do poder geral de cautela como sendo a permissão legal para que o magistrado possibilitasse o gozo imediato dos efeitos da decisão de mérito.

Refletindo sobre a evolução das medidas cautelares, o Min. Teori Albino Zavascki também tratou de comentar essa época em que as cautelares eram dotadas de satisfatividade: “A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente.”⁷⁴

Com a Reforma do Código de Processo Civil brasileiro, em 1994, que incluiu o instituto da antecipação de tutela no processo de conhecimento, terminou-se por preservar a natureza originária do processo cautelar, que efetivamente não se presta à finalidade reflexa para a qual estava sendo objeto de uso, desnaturando-o por completo.

O empenho retificador da Reforma, contudo, não teve conseqüências somente pacíficas.

Na práxis processual, muitos jurisdicionados tiveram prejuízos, pois os institutos da tutela antecipada e da medida cautelar, não raras vezes eram confundidos pelos magistrados, como bem observa Eduardo de Mello e Souza:

⁷² CALAMANDREI, Piero. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002 e CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.v. I.

⁷³ CARNELUTTI, Francesco, ob. cit., p. 330.

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 43.

Os operadores, à época, não estavam tão familiarizados com o tema quanto a doutrina, considerando que a reforma do Código de Processo Civil não havia extinguido a ação cautelar, que passou a conviver com uma nova tutela de urgência. Para alguns, a tutela antecipatória apenas delimitou a funcionalidade da cautelar. Para outros, reafirmou-se a fungibilidade entre elas. De qualquer maneira, para ambas as correntes, a medida cautelar inominada continuou existindo, só que com roupagens completamente diferentes.⁷⁵

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é, como acima visto, uma técnica de abreviação do resultado útil a ser alcançado com o processo em favor de um dos litigantes. Confunde-se, portanto, totalmente ou parcialmente com o bem jurídico perseguido com o exercício do direito de ação.

Esta forma de sumarização da prestação jurisdicional não se pode confundir com as medidas cautelares (nominadas ou não), considerando-se que nestas não se antecipa o provimento final de mérito, mas sim se concede alguma garantia de que o bem jurídico a ser tutelado não será prejudicado em razão do tempo⁷⁶.

Poucos processualistas confrontam as duas espécies tutelares em comento como Cândido Rangel Dinamarco:

[...] são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.⁷⁷

Em pesquisa específica sobre o tema em destaque, Humberto Theodoro Jr. também anota o caráter instrumental das cautelares: “Enquanto, pois, a medida cautelar se limita a garantir uma futura e eventual execução, a medida antecipatória, desde logo, cria condições de provisoriamente executar o direito subjetivo ainda não acertado em definitivo.”⁷⁸

Em verdade, pela tutela antecipada não se busca uma maneira de tornar realizável e possível de ser efetivada a tutela de mérito (caso das cautelares), pelo

⁷⁵ SOUZA, Eduardo de Mello, ob. cit., 2005, p. 615.

⁷⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 58.

⁷⁸ THEODORO JR., H. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 11.

contrário, procura-se que o próprio resultado final do processo, em razão de situações que lhe sejam peculiares, venha a ser concedido antes do ordinariamente esperado.⁷⁹

O escopo capital das cautelares é, destarte, a proteção direta do bem jurídico a ser tutelado através do processo (e.g. como ocorre no arresto, no seqüestro, na produção antecipada de provas etc.), ao passo que a antecipação da tutela aproveita diretamente à parte que a postula, que será beneficiada pelos efeitos da prestação jurisdicional antes de uma decisão revestida de definitividade⁸⁰.

Claramente que não é só na literatura jurídica nacional que se encontram diferidas as medidas cautelares da antecipação dos efeitos da tutela. Na Argentina, Adolfo A. Rivas indica como primeira diferença substancial: “*Las medidas cautelares sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse. Las decisiones anticipatorias importan el cumplimiento de la prestación requerida o la satisfacción de la pretensión antes de dictarse dicha sentencia.*”⁸¹

Eduardo J. Couture, eminente catedrático da Faculdade de Direito de Montevideú, antes da década de 50 já lecionava:

As sentenças preventivas (cautelares), assim denominadas pela doutrina francesa em diversas ocasiões, são aquelas que não pressupõem o pronunciamento sobre o fundo de do direito, limitando-se a decretar, de modo sumário, u’a medida de segurança. Tais medidas partem do princípio de que o

⁷⁹ Não são poucos os processualistas de escol que ainda defendem que a antecipação de tutela se inclui dentre uma das funções das medidas cautelares, dentre os quais se pode citar Ovídio Baptista da Silva, Kazuo Watanabe e Alcides A. Munhoz da Cunha. Este último, em recente trabalho já destacado, asseverou: “Essa função cautelar pode até mesmo proteger um interesse processual, mas esse não é o seu único escopo. Com efeito, esta função de urgência não visa garantir a eficácia das tutelas jurisdicionais primárias, mas, muito mais do que isto, visa assegurar a completude das tutelas jurisdicionais, como tutela di chiusura, diante de um estado de necessidade processual. O escopo é, pois, garantir a inteireza de toda a sorte de interesses relevantes (fumus), sejam esses interesses correlativos a pretensões de direito material ou processual, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses (fumus) encontram-se sob ameaça de um dano irreparável.” CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Antecipação e antecipações. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 243.

⁸⁰ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 46-48. Nos ensinamentos de Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 168, “a distinção da medida cautelar está na sua função instrumental de proteger a tutela pretendida no processo principal contra os efeitos danosos do tempo.” Prossegue ainda, “é correto afirmar que a ação cautelar é um poder ou direito atual quando ainda não declarado, com cognição exauriente, se o direito material existe.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 168.

⁸¹ GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 260. Ainda alertando sobre a diferença entre a tutela antecipada e a medida cautelar tem-se VARGAS, Abraham Luis. In: PEYRANO, Jorge (Coord.), ob. cit., p. 90-92.

processo demanda tempo e de que, quando chegar a sentença definitiva, o estado de coisas existentes no começo pode desaparecer.⁸²

Outras diferenças entre as espécies em exame poderiam ser assacadas, como, por exemplo, os requisitos legais para o deferimento pelo magistrado, todavia não convinham, tendo por base a finalidade desta pesquisa, mesmo porque o que ora se pretendeu foi apenas apresentar as situações passíveis de amparo mediante a tutela antecipada, que definitivamente não se confundem com as hipóteses protegidas pelo sistema das cautelares.

Serviu, portanto, a antecipação de tutela para expurgar qualquer questionamento sobre a possibilidade ou não de se deferir medida cautelar de caráter satisfativo, porquanto as prestações judiciais sumárias de caráter satisfativo são antecipações de tutela e não cautelares. É o escólio da lavra de Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência é 'satisfativa sumária'. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar.⁸³

⁸² COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 52.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2005, p. 124

3 AS TUTELAS DIFERENCIADAS NO DIREITO COMPARADO

O exame da tutela antecipada no direito brasileiro deve planar ainda sob a análise do mesmo instituto e de seus afins no direito alienígena, muitos dos quais serviram para o delineamento desta tutela diferenciada no processo civil pátrio, especialmente no caso do direito italiano, como adiante será visto.

Importa ainda conhecer-se o grau de evolução, principalmente nos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos, desse instrumento extremamente eficaz no combate ao grande entrave na solução das questões jurisdicionais, qual seja a indevida dilação temporal do processo.

Versando sobre os inoportunos atrasos no processo regular, José Rogério Cruz e Tucci assenta que:

[...] fácil fica concluir que essa tendência atual, com a finalidade de acelerar a marcha procedimental, deve ser individuada na intolerância da excessiva lentidão da estrutura do processo tradicional, visto resultar pacífico que a rápida prestação jurisdicional é elemento indispensável para a efetiva atuação das garantias constitucionais da ação e da defesa.⁸⁴

Observe-se ainda que o estudo do direito comparado, além de facilitar o raciocínio acerca do atual estágio das medidas urgentes em geral no processo civil brasileiro, permite ainda certas ponderações quanto à necessidade de desenvolvimento de algumas regras que podem contribuir ainda mais para a concretização de um processo livre de obstáculos e apto a produzir os efeitos tão desejados pelos jurisdicionados.

Postas tais considerações, deve-se seguir com o exame das tutelas diferenciadas em países como a Itália, Alemanha, França, Argentina, Uruguai, Chile e Estados Unidos da América, enfocando-se sempre aquelas que busquem a antecipação dos efeitos só alcançáveis em regra mediante sentença.

⁸⁴ TUCCI, Cruz e. ob. cit., 1998, p. 129.

3.1 Itália

Estreme de dúvidas que o direito italiano seja uma das fontes inspiradoras de incontáveis ordenamentos jurídicos não originados do *common law*. Na processualística civil também não ocorre de maneira diversa, o *provvedimenti d'urgenza* encontra suas origens não no atual Código de Processo Civil italiano de 1940, com suas alterações posteriores, mas muito antes, como registra Osvaldo Barbero e Carlos A. Carbone, nas medidas inibitórias dos Códigos sardos de 1854 e 1859 e no Código Jurídico Canônico.⁸⁵

Os referidos autores ainda observam que o surgimento da tutela antecipada genérica, hodiernamente regulada no art. 700⁸⁶, do diploma processual civil italiano, solidificou-se após a evolução de um sistema dotado de medidas antecipatórias específicas. Em estudo sobre as tutelas diferenciadas no direito estrangeiro, Ada Pellegrini Grinover também cuidou de enunciar referida sucessão legislativa na Itália:

O relatório italiano reporta-se a um extenso rol de medidas antecipatórias específicas, como as referentes à convalidação de licença ou despejo, à condenação com reserva de exceção de compensação, às inibitórias em tema de direito de autor e de propriedade industrial, à responsabilidade decorrente do seguro obrigatório em matéria de trânsito, às deliberações assembleares sociais. Aliás, foi desta riqueza legislativa, quanto aos casos específicos de antecipação de tutela, que a doutrina italiana partiu para entender hoje existente no ordenamento italiano a tutela antecipada genérica.⁸⁷

Colhe-se do sistema processual italiano que, nada obstante a previsão de tutela antecipada para situações predeterminadas, tem-se caminhado para o entendimento da existência da tutela antecipada genérica, capaz de abarcar também os casos não previstos textualmente na legislação, sendo que dependendo da hipótese versada pode variar o grau da cognição (*fumus boni iuris* ou profunda) exercida pelo

⁸⁵ No original: "Solo nos detendremos en los precedentes legislativos que muestran a las claras la razón por la cual una norma tan revolucionaria haya tenido su inserción nada menos que en el Código de 1940, el cual permanece intacto hasta la fecha. Estos antecedentes los encontramos en las inhibiciones de los Códigos sardos de 1854 y 1859, y del Codex Juris Canonici." BARBERO, Osvaldo; CARBONE, Carlos A. Crônica sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo. In: GREIF, Jaime, ob. cit., 2002, p. 453.

⁸⁶ Assim se encontra redigido o atual art. 700, do CPC italiano: "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito."

⁸⁷ MARINONI, Luis Guilherme, ob cit., 2005, p. 217-218.

magistrado, o qual não deve deixar todavia de ponderar os interesses das partes em confronto⁸⁸.

Oportuno ainda averbar, como bem lembra Ada Pellegrini Grinover⁸⁹, que na tutela antecipada prevista no ordenamento italiano o contraditório geralmente (exceto no processo monitório) é necessário, muito embora seja admitido *inaudita altera parte*, quando se dá de forma diferida.

Não se deve olvidar que no processo civil italiano a tutela antecipada pode inclusive ser deferida antes do ajuizamento do processo principal, tal como se dá no regime das medidas cautelares, dependendo, todavia, do ajuizamento do processo de conhecimento para que se mantenha a eficácia do provimento. É o que se colhe da doutrina de Edoardo F. Ricci:

Importante observar que no direito italiano já existe exemplo de tutela antecipada ante processum, por força do art. 700 do Codice di Procedura Civile, que faculta ao autor pedir, antes do procedimento de conhecimento [...].

[...]

Os provimentos antecipatórios concedidos com apoio no mencionado art. 700 perdem, todavia, sua eficácia, se o procedimento de conhecimento não for iniciado em certo prazo.⁹⁰

Note-se, contudo, que a tendência do sistema italiano é evitar-se que o jurisdicionado sempre tenha de se submeter ao procedimento ordinário (moroso e ineficaz), daí a previsão do Projeto Vaccarella⁹¹ de criação de um procedimento em que se defira imediatamente a tutela requerida pelo autor, formando-se um título executivo que somente pode ser discutido mediante impugnação da parte prejudicada pela tutela deferida antecipadamente⁹².

Nesse contexto, verifica-se a intrínseca familiaridade entre o sistema italiano e o brasileiro, nos quais se faz possível a antecipação de uma decisão de conteúdo meritório em prol da efetividade do processo, ainda que se tenha de relativizar os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, sempre se sopesando os valores constitucionais postos em xeque.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p.228-229.

⁸⁹ Idem, p. 228-229.

⁹⁰ RICCI, Edoardo F. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 256-257.

⁹¹ Cuidam-se das modificações legislativas elaboradas por comissão nomeada pelo Governo italiano, sob a presidência do Prof. Romano Vaccarella, tendo sido aprovado em 23.10.2003 pelo Governo italiano e estando a depender da aprovação no Senado e na Câmara dos Deputados.

⁹² RICCI, Edoardo F. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005.

3.2 França

O abreviamento da prestação jurisdicional também não é estranho ao sistema processual francês, que não desconhece a existência de situações que impedem ao jurisdicionado aguardar o desfecho de um procedimento comum, dada à necessidade de urgente intervenção do Judiciário, sob pena de perecimento do direito da parte e de negativa ao acesso à justiça.

Os arts. 484 a 492 e 808 a 811, do Novo Código de Processo Civil⁹³ francês são responsáveis direto pela regulamentação do instituto denominado de *référé*, através do qual as partes podem obter, de forma provisória, decisões que se mostrem necessárias seja para a instrução ou conservação da causa principal (*référé provision* ou *probatoire*), seja para assegurar a antecipação do mérito do processo (*référé injonction*).

Uma das características do *référé* francês é a celeridade que se imprime ao procedimento, no qual o contraditório se estabelece necessariamente através de audiência e em prazo a ser fixado pelo julgador, de acordo com as circunstâncias fáticas examinadas, podendo inclusive a audiência ser marcada em dias feriados.

Comentando o assunto, Abraham Luis Vargas obtemperou que o procedimento do *référé* está baseado essencialmente na celeridade e busca da eficácia, porém também se preocupa com a segurança das partes, é, pois, razoavelmente simples, rápido e isento de formalismos.

Edoardo F. Ricci resume perfeitamente o procedimento do *référé*:

Enfim, o procedimento é bastante informal e rápido. O autor propõe a demanda (assignation), que é comunicada ao réu (art. 485); decorrido o prazo para a apresentação de defesa, realiza-se a audiência (perante juiz monocrático ou colegial: arts. 486 e 487); finalmente, é proferido o provimento (ordonnance).⁹⁴

⁹³ Na redação original do CPC francês dos principais dispositivos referidos: “Article. 494. L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires.” e “Article. 808. Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend.”

⁹⁴ RICCI, Edoardo F. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 259.

Além do *référé*, o sistema processual francês encontra-se dotado das conhecidas “*les ordonnances sur requête*”⁹⁵, as quais se tratam de medidas provisórias, inicialmente desprovidas de contraditório⁹⁶, aplicáveis em situações de urgência e que não tenham caráter de irreversibilidade, sendo amplamente utilizadas para a exibição de coisa ou documento, para a regulamentação do direito de visitas e para a viabilização da separação de corpos, nos casos de dissolução de relacionamento.

As “*ordonnances sur requête*” possuem, portanto, procedimento similar aos projetos legislativos italianos *suso* citados, os quais evitam o estabelecimento do contraditório, que somente se dá com a iniciativa do réu.

3.3 Alemanha

No direito alemão, em geral, as medidas de urgência possuem função eminentemente cautelar (*einstweiligen Verfügungen*) e não antecipatória de mérito (*Rechtsfriedensfunktion*), de modo que tendem a garantir a eficácia de um futuro pronunciamento judicial, sem, contudo, antecipar a decisão de fundo de direito perseguida pela parte.

Não se nega, entretanto, a existência de medidas antecipatórias que tenham por finalidade a manutenção da paz social e que possuem conteúdo tipicamente meritório, tal como na separação de corpos dos cônjuges e nos alimentos provisórios.

Oswaldo Barbero e Carlos A. Carbone no já citado estudo das tutelas de urgência no direito comparado resumem os provimentos urgentes alemães em duas espécies: os tipos interinais, do § 935 do diploma processual alemão (ZPO), que possuem função eminentemente cautelar; e as medidas do § 940 que servem para antecipar parcialmente a decisão definitiva, através da efetiva satisfação dos fins do Direito, realizando a paz social.⁹⁷

⁹⁵ O artigo 493, do CPC francês, dispõe que “*L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse.*”

⁹⁶ O contraditório somente é estabelecido por iniciativa da parte prejudicada pela medida provisória deferida pelo julgador, seja mediante o recurso de apelação, seja por meio do recurso de retratação.

⁹⁷ Na linguagem original tem-se: “*En Alemania es muy significativa la experiencia de los einstweiligen Verfügungen en los dos tipos interinales previstos en el § 935, ZPO, que tiene como finalidad impedir el cambio del statu quo de funciones conservatorias, si se teme que con un cambio del estado de cosas imperante se frustre o se dificulte en grado sumo el derecho de alguna de las partes (sin embargo tienen carácter cautelar y no se las usa para anticipar la sentencia de mérito como en un desalojo, por ej.); pero*

Tem-se, pois, no caso alemão, um sistema processual muito mais conservador, no que toca ao regime das medidas de urgência, do que os sistemas italiano, francês e o próprio brasileiro, os quais são bem mais arrojados ao dispor ao magistrado poder para antecipar, parcialmente ou totalmente, o mérito da demanda e não só adotar medidas que garantam a eficácia de uma futura decisão.

3.4 Argentina

O direito processual argentino tem acompanhado a sistemática moderna das medidas urgentes, que visam a imprimir celeridade na fruição da tutela judicial por parte dos jurisdicionados, tendo a doutrina platense cuidado de reformular, sob forte influência de regimes estrangeiros, a simplista e clássica teoria que reduzia os processos urgentes às medidas cautelares⁹⁸.

Maria I. Riol aponta inclusive que no XIX Congresso Nacional de Direito Processual, ocorrido em agosto do ano de 1997, restou explicitado entre suas conclusões a necessidade de se reformular a teoria cautelar ortodoxa, dando-se ênfase aos denominados processos urgentes e às medidas autosatisfativas⁹⁹.

Hodiernamente, na Argentina as medidas urgentes são alocadas pela literatura jurídica, sob influência italiana¹⁰⁰, em três categorias distintas, a saber: a das medidas cautelares propriamente ditas, a das tutelas antecipadas e a das medidas autosatisfativas, todas bem distinguidas pela doutrina¹⁰¹.

distintas del § 940 (Rechtsfriedensfunktion) que incide en manera provisoria sobre las relaciones continuadas y anticipa parcialmente la decisión definitiva, mediante la satisfacción efectiva de los fines del Derecho, la realización de la paz social (Rechtsschutzbedürfniss)." BARBERO, Osvaldo; CARBONE, Carlos A. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p.456.

⁹⁸ Augusto M. Morello, há cerca de uma década, e por se tratar de doutrinador de estirpe, já se encontrava antenado com o instituto da tutela antecipada, até então estranho ao processo civil argentino, tendo elaborado obra inovadora, à época, na literatura jurídica de seu país. MORELLO, Augusto M. *Anticipación de la tutela*. La Plata: Libreria Editorial Platense S.R.L., 1996.

⁹⁹ Sem tradução do texto da renomada processualista: "A este respecto es importante señalar que el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes en el mes de agosto de 1997, ha especificado entre sus conclusiones que 'resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactivas.'" RIOL, Maria I. In: PEYRANO, Jorge (Coord.), ob. cit., 2004, p. 352.

¹⁰⁰ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, p. 84 e ss.; CARPI, Federico. La tutela d'urgenza apud VARGAS, Abraham Luis. In: PEYRANO, Jorge (Coord.), ob. cit., 2004, p. 80.

¹⁰¹ Nas lições de Abraham Luis Vargas: *La primera – 'antecipación' – es una de las técnicas utilizadas por el legislador para solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional. [...]Por su parte, la segunda - 'cautela' – es una actividad jurisdiccional destinada a otorgar 'seguridad' a las partes contra los daños que pudieran tener que soportar en virtud de la pendencia de los procesos judiciales. [...]*

Existem, portanto, no sistema processual argentino, além das medidas cautelares, que buscam amparar o processo de meios que garantam a efetividade da decisão final de mérito, e das tutelas antecipadas, que possibilitam realmente o prévio gozo da prestação judicial, as denominadas “medidas autosatisfactivas”, dotadas de autonomia e independência com relação a um processo principal e que permitem à parte a fruição imediata do direito perseguido, ainda que a tutela deferida seja irreversível.

Essas medidas autosatisfactivas, assim chamadas porque seus conteúdos se esgotam através de uma simples decisão judicial, normalmente *inaudita altera parte*, que independe de qualquer outro processo, estão previstas nos Projetos de Código de Processo Civil e Comercial da Nação e também da Província de Buenos Aires¹⁰². Nada obstante as legislações processuais das províncias argentinas ainda não tenham incluído expressamente o disciplinamento das medidas autosatisfactivas, a doutrina já as considera parte do ordenamento jurídico, visto que seria inseparável do direito à jurisdição¹⁰³.

Os processualistas argentinos desde então se têm dedicado ao estudo dessa “nova” modalidade de processo urgente, que se esgota por completo com uma única decisão e muitas vezes até sem a formação do contraditório e, repita-se, independentemente de qualquer processo principal. Na definição de Jorge W. Peyrano, trata-se de um requerimento urgente formulado ao órgão jurisdicional pelos jurisdicionados que se esgota com a decisão favorável, não se fazendo necessária uma ulterior ação principal para evitar sua caducidade ou decadência; não se constitui numa medida cautelar conquanto na prática forense muitas vezes tenha se tentado qualificar erroneamente como sendo uma cautelar autônoma¹⁰⁴.

A su turno, la ‘satisfacción’ se produce cuando la medida anticipada adoptada por el pretorio ‘coincide’ con el contenido ejecutivo de la sentencia de mérito final que aún nos se ha dictado.” _____. In: PEYRANO, Jorge (Coord.), ob. cit., 2004, p.90-91.

¹⁰² No art. 67, dos referidos projetos de autoria dos professores Augusto M. Morello e Isidoro Eisner consta: “Art. 67 (Medidas de efectividad inmediata) – En aquellos supuestos excepcionales en que concurren de modo evidente los siguientes requisitos: 1) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose em caso contrario su frustración; 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela.” Apud ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.), ob. cit., 2004, p. 51.

¹⁰³ WHITE, Inês Lépori. Medidas autosatisfactivas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.), 2004, p. 189.

¹⁰⁴ Cf.: PEYRANO, Jorge W. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. In: _____ (Coord.), ob. cit., 2004, p. 27.

Roberto Omar Berizonce discrepa as medidas autosatisfativas e a tutela antecipada no processo civil argentino, colocando estas como sendo uma espécie de proteção provisória e interina, mediante a qual se adiante de modo total ou parcial os efeitos da tutela pretendida, ao passo em que aquelas se prestam à satisfação imediata e definitiva do pronunciamento de mérito, cujos efeitos são irreversíveis e tornam desnecessária a continuação do feito e a discussão das questões abstratas que integram a pretensão¹⁰⁵.

Observe-se ainda que, em razão da natureza dessa última espécie de tutela diferenciada, os requisitos para a concessão das medidas autosatisfativas são ainda mais rigorosos do que os exigidos para as antecipações de tutela e para as cautelares, requerendo-se uma dose “forte probabilidade” das provas colacionadas aos autos, como informa Carlos Alberto Carbone¹⁰⁶.

Ada Pelegrini Grinover também alerta sobre a diferença dos requisitos legais para o deferimento das cautelares e das medidas autosatisfativas: *“Na Argentina, exige-se uma verossimilhança superior à demandada para as medidas cautelares, correspondendo a uma ‘forte probabilidade’; a ‘urgência impostergável’ e a não-produção de efeitos irreparáveis são outras exigências para a antecipação.”*¹⁰⁷

Essa “forte probabilidade”, imprescindível para que o direito da parte seja tutelado através do regime de autosatisfatividade, encontra-se em grau extremamente próximo da certeza jurídica, a qual se alcança em geral após a fase de saneamento e instrução do feito, acima pois da simples fumaça do bom direito, conferindo assim ao julgador segurança necessária para satisfazer imediatamente a pretensão requerida, conforme se infere do entendimento de Carlos Alberto Carbone¹⁰⁸.

¹⁰⁵ No texto extraído para esta pesquisa tem-se: *“Mientras en las resoluciones anticipatorias se provee una protección puramente provisional e interina, que si bien adelanta de modo total o parcial los efectos de la tutela pretendida, no prejuzga ni interfiere la definición final que sólo llega con la sentencia en el mérito; en cambio, las medidas autosatisfativas, excepcionalmente, dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, a través de un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión.”* BERIZONCE, Roberto Omar La tutela anticipatória em Argentina. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 159.

¹⁰⁶ CARBONE, Carlos Alberto. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.), 2004, p. 172-173.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 220.

¹⁰⁸ Veja no idioma de origem: *“Precisamente, estamos en un estado intermedio de la convicción, que supera la verosimilitud (fumus), pero no alcanza para arribar a la certeza definitiva propia de la sentencia*

Notam-se, com efeito, claramente as diretrizes do processo civil na Argentina no que toca às tutelas diferenciadas, que além de se preocuparem com a urgência e a efetividade dos direitos perseguidos pelos jurisdicionados, também atentam para a necessidade inadiável de desburocratizar os trâmites processuais, eliminando as formalidades que terminam por travar o andamento dos feitos, como tem ocorrido no procedimento previsto para as medidas autosatisfativas.

Em tópico avante, demonstrar-se-á que as reformas processuais brasileiras, especificamente quanto às tutelas diferenciadas, caminham para a implementação de regras similares ao regime argentino, visando ao afastamento de entraves processuais, que terminam por sobrecarregar todo o Poder Judiciário, reduzindo a carga de eficácia que pode ser extraída do princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Daí, pois, a relevância em conhecer-se a disciplina das medidas de urgência no direito platense.

3.5 Chile

Os diplomas legais e a jurisprudência chilenos, no que se refere às tutelas de urgência, ainda deixam um pouco a desejar, comparando-se com os regimes italiano, argentino e brasileiro, aproximando-se muito mais do sistema germânico *supra* descrito.

Em verdade, o processo civil chileno carece de tutelas diferenciadas que efetivamente assegurem aos jurisdicionados a fruição antecipada do objeto litigioso, ainda que não se tenha um juízo plenamente certo de convicção sobre um determinado assunto, bastando na verdade indícios fortes (verossimilhança do alegado, forte probabilidade etc.) que possam caracterizar o direito da parte.

Relatando as tutelas de urgência agasalhadas no direito chileno, Raúl Tavolari Oliveros deixa evidente que as medidas cautelares ainda predominam, sendo destinadas a conservar ou assegurar determinadas situações de fato, visto que os juízes

chilenos não têm aceitado as medidas de caráter inovativo, ou seja, que antecipam o próprio provimento de mérito¹⁰⁹.

As medidas de natureza cautelar, todavia, não são suficientes para garantir a efetividade do processo no ritmo atual de acontecimento dos fatos sociais, que repercutem imediatamente no campo do direito e precisam de remédios processuais aptos a retificar eficazmente as desordens jurídicas, impedindo-as de serem corroídas pelo tempo regular de um processo judicial.

Os fatos sucessivos do cotidiano, que colocarão em confronto importantes valores constitucionais suscetíveis de serem violados, permitirão aos magistrados e à doutrina chilena reformular o juízo acerca do regime das tutelas diferenciadas, fazendo valer o princípio da efetividade da tutela jurisdicional em detrimento da segurança jurídica, que, como qualquer outro princípio constitucional, não se reveste de caráter absoluto.

3.6 Uruguai

No regime uruguaio, as medidas antecipatórias são reguladas como se fossem uma espécie de procedimento cautelar, tanto é que Jaime Greif afirma que *“lo cierto es que la figura de la tutela anticipativa se inscribe en el marco de la tutela cautelar (Tit. II, Cap. II)”*¹¹⁰.

Todavia, diferentemente da sistemática chilena e alemã, que praticamente não acolhem a possibilidade de se antecipar a fruição de um direito em regra exercível após a sentença de mérito, a disciplina das tutelas urgentes no Uruguai já admite decisões interlocutórias com conteúdo de mérito, muito embora as inclua na classe das medidas cautelares. Registre-se que, ainda assim, existe um certo receio por

¹⁰⁹ Sem qualquer tradução do texto consultado: *“El principio general es que las medidas están destinadas a conservar o asegurar la situación de hechos existente. Así ocurre con todas las que la ley establece expresamente. Tratándose de medidas que los jueces ordenan y que no están en la ley, sucede, en casos excepcionales, que representan verdadera innovación, esto es, que alteran la situación de hecho previa. En general, los jueces chilenos, no han aceptado, aún, la idea de la cautela innovativa, sobre la base de que ella importa anticipar el pronunciamiento sobre el fondo, lo que les resultará vedado.”* OLIVEROS, Raúl Tavorari. Medidas provisionales en el derecho procesal chileno. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 419.

¹¹⁰ GREIF, Jaime. Procesos urgentes. Anticipación de la tutela. Procesos monitorios. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 100.

parte dos julgadores uruguaios no que tange a decisões que não tenham caráter sentencial e versem sobre questões de mérito.

Argüido sobre a possibilidade de uma decisão interlocutória (cautelar ou antecipatória) versar sobre o mesmo conteúdo e ter os mesmos efeitos de uma decisão final de mérito, Jaime Greif respondeu não ser usual tal possibilidade, todavia, em algumas situações, terá cabimento a satisfação parcial ou mesmo total da pretensão da parte autora, sobretudo quando o objeto pretendido seja de alcance restrito e também nas hipóteses de tutela antecipada, que requer um pronunciamento sobre a própria questão de fundo¹¹¹.

Como dito acima, o procedimento para se antecipar os efeitos da tutela, no Código Geral de Processo uruguaio¹¹², é o mesmo utilizado para as medidas cautelares, inclusive referentemente aos requisitos legais, ao oferecimento de caução na maioria das vezes, à regra da concessão *inaudita altera parte* etc.

Por evidência, colhe-se que o regime de tutelas diferenciadas do Uruguai ainda depende de um conhecimento mais profundo acerca do tema, a começar pela distinção que merece ser feita entre as medidas de cunho antecipatório e as estritamente cautelares, o que permitirá em seguida a formulação de condições diferenciadas para o deferimento de cada uma delas, conferindo ao julgador um grau maior de segurança nas suas decisões. É, pois, um primeiro passo para afastar a timidez que circunda o Judiciário uruguaio quando se trata de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional.

3.7 Estados Unidos da América

Propositadamente, deixou-se para comentar por último a sistemática norte americana, especialmente por se tratar de país sujeito às tradições do *common law*, seguindo, pois os parâmetros parecidos com o da Inglaterra, em que o direito

¹¹¹ Na linguagem do autor: “*No es usual, pero, en algunos supuestos, la medida cautelar satisfará de modo parcial – al menos – y aun total, la pretensión del actor, sobre todo cuando la pretensión en ella contenida es de alcance restringido. Más aún en los supuestos de tutela anticipada, en que se busca el dictado de una providencia, que sustancialmente implica un pronunciamiento de mérito sobre el fondo.*” GREIF, Jaime. Procesos urgentes. Anticipación de la tutela. Procesos monitorios. In: _____ (Coord.), ob. cit., 2002, p. 109.

¹¹² Pelo art. 317.1, do *Código General del Proceso*, do Uruguai, tem-se: “**317.1** *Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.*”

costumeiro prevalece sobre as regras positivadas (diametralmente oposto às nações ligadas ao *civil law*), as quais pouco influência exercem sobre a condução dos processos pelos magistrados, que possuem ampla discricionariedade no controle do procedimento, das partes, dos advogados e de terceiros, como bem esclarece Antonio Gidi.¹¹³

Comentando a diferença dos sistemas processuais de *common law* para os de *civil law*, com olhos voltados ao processo brasileiro, o mesmo doutrinador aponta que o sistema de direito civil é extremamente rígido e formalista, visto que as regras processuais estão positivadas com rigoroso detalhamento, deixando pouca margem de discricionariedade para o magistrado conduzir o processo¹¹⁴.

Conquanto o procedimento civil no direito norte-americano seja regulado muito pouco por normas pré-estabelecidas em códigos ou em legislações esparsas, isto não impede o juiz norte-americano de utilizar mecanismos que possibilitem às partes do litígio usufruírem antecipadamente do direito a que perseguem no processo judicial. Para tanto, existem, no processo civil dos Estados Unidos, as denominadas “interlocutory injunction”, que além de exercerem função cautelar, podem possuir conteúdo meritório, evitando danos irreparáveis às partes, inclusive com contraditório diferido¹¹⁵.

Nota-se, com efeito, que não só nos países de origem civilista, como Itália e Brasil, mas também em nações reguladas pelo *common law*, no caso os Estados Unidos e também a Inglaterra, existe a preocupação de disponibilizar aos jurisdicionados

¹¹³ No original: “Debido a que las reglas procesales están escritas a menudo en un lenguaje amplio y estableciendo límites moderados a las facultades del tribunal o a su creatividad, el juez norteamericano tiene una discreción considerable en sus decisiones. Además de que dicho juez también tiene un gran control sobre el procedimiento, las partes, los abogados y los terceros.” GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 7.

¹¹⁴ Novamente livre de traduções: *El derecho procesal civil en los países de derecho civil (civil law) en general, y en particular el sistema brasileño, difiere del norteamericano en varios aspectos importantes. El procedimiento civil en el sistema de derecho civil es un sistema rígido y formalista. Las reglas procesales están escritas con riguroso detalle, dejando poco espacio a la discrecionalidad judicial en materia procesal*. Idem, p. 9.

¹¹⁵ Relatando as *interlocutory injunction*, Osvaldo Barbero e Carlos A. Carbone: “Se presentan reiteradamente en nuestra doctrina como ejemplo de medidas autosatisfactivas, pero no puede dejar de referirse que en algunos supuestos, como la *interlocutory injunction*, evitan un perjuicio y se dictan en cualquier momento del proceso hasta que se pronuncie la sentencia definitiva, por lo cual son verdaderos despachos interinos o anticipaciones. Algunas son provisionarias (*provisional injunction*) y otras duran hasta el dictado de la sentencia (*permanent*), que pueden dictarse previa audiencia (*preliminary*) o inaudita altera pars (*temporary restraining order*).” BARBERO, Osvaldo; CARBONE, Carlos A. *Tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo*. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 465.

mecanismos eficazes de acesso à jurisdição, tornando o processo meio confiável na concretização de direitos violados ou com probabilidade de serem desrespeitados.

4 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 A evolução da antecipação da tutela no Brasil

Alhures viu-se que, para alguns processualistas, um dos obstáculos para que o direito processual nacional avançasse e acompanhasse a evolução metodológica da processualística era o fato de o Estatuto Processual, uma Lei de 1973, encontrar-se desatualizado, necessitando sofrer reformas para se adequar às demandas hodiernas.

A presença de entraves ao desenvolvimento do próprio direito processual levou o país a iniciar o chamado movimento reformista, que até então ainda continua em atividade, vejam-se adiante outros motivos da tomada deste posicionamento pelos doutrinadores e legisladores, assim como os objetivos e as modificações ocorridas no seio do Direito Processual principalmente nas últimas décadas.

4.1.1 *A credibilidade do Poder Judiciário abalada*

Não restam dúvidas de que o movimento em prol da Reforma do Código de Processo Civil adveio por diversas razões, podendo-se citar além da crescente necessidade de remoção de obstáculos para a materialização tempestiva do direito substantivo, o desejo de tornar o Poder Judiciário uma função institucional mais confiável, segura e dotada de credibilidade.

A morosidade da prestação jurisdicional já era motivo suficiente para abalar a credibilidade dessa função estatal, isto porque o seu principal papel, de resolução de conflitos entre os jurisdicionados, muitas vezes restou prejudicado e inútil, dada a demora dos pronunciamentos judiciais, que não mais se prestavam à resolução dos escopos das demandas. Esse fato acabou por revelar que a “imagem” do Judiciário exigia ser recomposta, sendo, portanto, uma das molas propulsoras do movimento reformista.

4.1.2 Os objetivos das reformas

Nessa onda reformista, que acabou por se dar através da implantação de “minirreformas”¹¹⁶, posto ter-se optado por inserir paulatinamente as alterações no CPC, denota-se que se priorizou a busca por uma tutela jurisdicional efetiva, que se apresentasse útil à solução das demandas. Para tanto, implantaram-se mudanças desde a simplificação dos procedimentos até o aumento dos poderes dos magistrados em geral.

Ao mesmo passo em que se introduziram modificações em favor da prestação judicial efetiva, houve uma “onda” de alterações que chegam a impactar com o objetivo inicial do movimento reformista, especialmente no que tange ao trato do particular com a Fazenda Pública¹¹⁷.

Em verdade, estas inovações, ao contrário do que ocorreram com aquelas, derivam de pressões políticas originadas nas entranhas da Administração Pública, sufocadas por determinações judiciais e sem aparelhamento técnico e material necessário à sua execução. São desprovidas de estudos cautelosos e legítimos a escudá-las, tanto é que as leis originárias dessas alterações descambam no próprio Judiciário, a contestar a sua constitucionalidade¹¹⁸.

Apresentadas as razões e objetivos da onda reformista, urge conhecerem-se as inovações processuais trazidas pelas esparsas leis que vieram a modificar o diploma processual civil.

4.1.3 Inovações no CPC

Importa registrar que o Direito Processual nacional deve e muito à Comissão Reformista, organizada criteriosamente com a finalidade de empreender

¹¹⁶ Comentando a operacionalização da reforma do CPC, Juvêncio V. Viana assenta, “Dada sua excelente técnica, seu movimento de reforma veio tão somente lapidá-lo. Suas alterações se deram, em verdade, através de ‘minireformas’, ou seja, apenas melhorando seu texto, visando, segundo a própria comissão revisora, localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional e, de conseqüência, remover óbices existentes à efetividade do processo.” VIANA, Juvêncio V., ob. cit., 2003, p. 23.

¹¹⁷ Ainda Juvêncio V. Viana, “no que tange às inovações processuais relacionadas com a Fazenda Pública - algumas introduzidas no próprio CPC -, parece que vivenciamos, em verdade, uma ‘contra-reforma’. Essas ‘prerrogativas’, colocadas de tal forma, acabam sendo algo verdadeiramente inverso às tão desejadas agilização e efetividade da prestação jurisdicional.” VIANA, Juvêncio V., ob. cit., 2003, p.27.

¹¹⁸ Está-se a se referir às Leis nº. 8.437/92, 9.494/97 e às modificações perpetradas pela Medida Provisória nº. 2.180-35. A Lei nº. 9.494/97 teve reconhecida a sua constitucionalidade na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 04.

mudanças que viessem a solucionar as “crises” do processo civil. Do rigoroso empenho de seus membros, colhem-se frutos como a existência de um sistema de prova pericial adequado às exigências das partes (Lei nº. 8.455/92); a imposição da regra da intimação pelo correio, trazida pela Lei nº. 8.710/93; a vasta alteração recursal pela Lei nº 8.950/94 e os regramentos das tutelas de urgência (tutela antecipada e medida cautelar), com a Lei nº. 8.952/94.

Além daquelas alterações, com a Lei 9.756/98 conferiram-se maiores poderes aos relatores dos recursos; ocorreram ainda mudanças mais recentes com as Leis nº. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, esta responsável por importantes modificações no âmbito das tutelas específicas¹¹⁹. Inúmeras outras leis também ingressaram no ordenamento jurídico há poucos meses, como a Lei n. 11.187/2005, que veio a redisciplinar o regime dos agravos¹²⁰, e as de nº. 11.232/2006, 11.277/2006 e 11.278/2006, as quais também tiveram por fito alterar a lei adjetiva civil, mas que por ora não apresentaram modificações que interessam ao presente trabalho.

Com efeito, verifica-se que não foram poucas as modificações ocorridas nos últimos anos no CPC, das quais boa parte visam conferir celeridade ao processo, na tentativa de desemperrar a máquina judiciária.

4.2 A natureza do contraditório

O legislador processual não foi incisivo na regulamentação do instituto da antecipação de tutela, deixando em aberto determinadas questões que devem ser sopesadas pelo magistrado quando diante de um pedido desta espécie. Assim o fez no momento em que deixou de tratar sobre a natureza do contraditório nas postulações de medidas antecipadas.

¹¹⁹ A Lei nº. 10.444/2002 implementou consideráveis mudanças no concernente à maneira de efetivação da tutela antecipada, ao alterar o art. 3º, do art. 273, do CPC. E mais, criou os §§ 6º e 7º, do mesmo art. 273, através dos quais se possibilitou a concessão da tutela antecipada quando existir pedido incontroverso e utilização da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Em momento oportuno serão tecidas as considerações pertinentes sobre os citados temas.

¹²⁰ Em artigo específico sobre o tema, tive oportunidade de analisar as modificações introduzidas na sistemática dos agravos pela Lei nº. 11.187/2005, especialmente sob a ótica da era da efetividade do processo tão divulgada e defendida na atualidade. ROCHA LIMA, Tiago Asfor. A lei nº. 11.187/2005, a nova disciplina dos agravos e a era da efetividade do processo. *Revista dialética de direito processual*, n. 38. São Paulo: Dialética, p. 113-118, 2006.

Não é o momento ainda de se tentar detalhar as oportunidades de cabimento da antecipação da tutela, uma vez que se reservou tópico avante para o tratamento da questão, contudo importa esclarecer a forma geral do exercício do contraditório frente a pedidos de tal natureza.

O art. 273, do CPC, como se relatou, apresentou basicamente os pressupostos positivos e negativos¹²¹ para a admissibilidade da tutela provisória de mérito, estando a critério do julgador a oportunização do contraditório, quando entender necessário.

Por óbvio que a discricionariedade acima deve estar balizada em critérios de prudência, já que o contraditório é norma principiológica com cadeira constitucional e que merece observância natural na ordem de qualquer procedimento. Decorre disto a observação do Min. Teori Albino Zavascki:

Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. [...] Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida *inaudita altera pars*.¹²²

Cândido R. Dinamarco ratifica o entendimento *supra*:

Ainda aqui é pertinente ressaltar que as medidas judiciais *inaudita altera parte* são excepcionais no sistema, porque arranham a garantia constitucional do contraditório e só devem ser concedidas quando o retardamento puder importar restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça.¹²³

Não se veda, entretanto, a concessão do provimento antecipado sem o estabelecimento do contraditório, mesmo porque em determinadas circunstâncias a sua oportunização poderá implicar o próprio perecimento do direito da parte e a ineficácia de decisão ulterior. Merece, pois, atenção o que professa o eminente Des. Napoleão Nunes Maia Filho:

Em síntese, o deferimento liminar de tutela com teor antecipatório dos efeitos do provimento final importa numa exceção à garantia constitucional do contraditório e somente se justifica nos casos emergenciais (necessidade urgente), quando

¹²¹ Na expressão utilizada por BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., 2004.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit.

¹²³ DINAMARCO, Cândido R., ob. cit., 2004, p. 80-81.

for evidente que o tempo a se consumir na ouvida da outra parte fará periclitar o direito a ser protegido, sendo este da mesma envergadura daquel'outro.¹²⁴

Daí porque se diz que o contraditório, no regime da antecipação da tutela, pode ser diferido, conquanto, por regra, seja necessário.¹²⁵

Muitas vezes ainda o contraditório também pode ser oportunizado de uma forma simplificada, quando o julgador apenas confere um prazo mais exíguo para que a parte que pode ser prejudicada pelo pedido antecipatório se manifeste sobre tal requerimento, o que não implica o encerramento dos próprios meios de defesa que a mesma parte irá dispor no transcorrer do procedimento.¹²⁶

A garantia do contraditório, no entanto, não pode ser banalizada a ponto de o órgão judicial sempre relevá-la, deixando-a em segundo plano. Pelo contrário, deve-se procurar preservá-la, adequando-a sempre às situações de fato e garantindo a harmonia com os demais princípios constitucionais.

4.3 Legitimidade para postular a tutela antecipatória

4.3.1 Antecipação da tutela pelo autor e réu

Parece despiciendo tratar das pessoas legitimadas para postular em juízo a antecipação da tutela jurisdicional. Contudo, nada obstante a redação do art. 273, *caput*, do CPC, que faz expressa referência à possibilidade de o magistrado antecipar “os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, quando existente requerimento da parte, não se pode fazer uma exegese literal do referido dispositivo, pois levaria ao entendimento de que somente o autor da demanda poderia requerer a abreviação dos efeitos da tutela. Isto porque se faz menção ao pedido inicial, que, obviamente, é o elaborado pelo autor.

É reconhecidamente claro que o promovente da ação possui sempre legitimidade para postular o pedido antecipatório, disto não se tem dúvidas. Resta saber

¹²⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudo sistemático da tutela antecipada: os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à jurisdição nas ações contra o poder público*. Fortaleza: Nacional, 2003a, p. 157.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, ob. cit., 2005, p. 224.

¹²⁶ Não é incomum que o magistrado conceda prazo, por exemplo, de 48h (quarenta e oito horas), 72h (setenta e duas horas) ou 05 (cinco) dias para que a parte ré se manifeste exclusivamente sobre o pedido antecipatório formulado na exordial, evitando assim que o requerimento seja analisado *inaudita altera parte*, o que não implica prejuízo para posterior apresentação de contestação.

quem mais pode figurar nesta qualidade, ou seja, na de postulante de uma tutela antecipada.

No pólo exatamente oposto ao do autor, encontra-se o réu, a quem a própria legislação processual admite, em hipóteses definidas, o manejo de pedido contraposto (ações ou procedimentos de natureza dúplice) ou de reconvenção (quando o pedido for conexo com o da ação principal ou com o fundamento da defesa).

Nessas hipóteses, em que se admite ao réu a elaboração de pedido, por se tratar de instrumentos que viabilizam um verdadeiro contra-ataque do réu em face do autor, também não existem dúvidas quanto à possibilidade do promovido requerer a antecipação dos efeitos do seu pleito.

Coadunando com o referido *supra*, confirmam-se as lições do mestre paranaense Luiz Guilherme Marinoni, *expressis verbis*:

Não há dúvida que o autor ou o réu reconvinde podem requerer a tutela antecipatória. [...] A reconvenção é autêntica ação do réu, admitida no processo instaurado pelo autor. O reconvinde faz pedido e requer tutela jurisdicional. Ora, se é assim, ou seja, se a reconvenção é a ação do réu, está o reconvinde autorizado a requerer antecipação da tutela.

Também nas ações dúplices é possível ao réu requerer a tutela antecipatória. O réu, nas ações dúplices, pode formular pedido na própria contestação, sem necessidade de reconvenção.¹²⁷

A questão de o réu requerer a tutela antecipatória se torna controvertida, especialmente, nos casos em que ele não dispuser de uma reconvenção ou de um pedido contraposto, ou melhor, quando a tutela requerida for apenas a de que o pleito inicial seja julgado improcedente (pedido formulado na contestação).

Como já relatado por outros doutrinadores¹²⁸, a corrente doutrinária majoritária defende que o réu não dispõe da faculdade de postular a antecipação dos efeitos da tutela nos casos citados no parágrafo anterior, uma vez que não formula pedido, apenas resiste à pretensão autoral, como defende Cândido Rangel Dinamarco:

Como ato puramente defensivo que é, a contestação não alarga o objeto do processo. Limita-se a opor resistências à pretensão do autor, seja com o objetivo de proporcionar ao réu a tutela jurisdicional oposta à pedida por aquele

¹²⁷ MARIONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 172, e ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p.115 e BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2004, p. 42-43.

¹²⁸ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 242, e MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 173.

(improcedência da demanda), seja para pleitear a extinção do processo sem julgamento de mérito, seja para imprimir-lhe rumos diferentes (defesas dilatórias, que retardam o procedimento, mas não conduzem à extinção processual: incompetência absoluta, impedimento do juiz).¹²⁹

Sem embargo desse dogma processual¹³⁰ de que o réu, em contestação, não formula pedido e também da literalidade do *caput*, do art. 273, do CPC, parece ser mais razoável e adequado às propostas do processo civil moderno o entendimento que advoga o cabimento do pedido antecipatório pelo réu, porquanto este, em diversas ocasiões, pode ter urgência na análise da prestação jurisdicional.

É nítida essa hipótese, *exempli gratia*, numa ação ordinária, movida por uma empresa participante de um procedimento licitatório e que foi desclassificada na fase de habilitação. Ao analisar *initio litis* a demanda, o magistrado limita-se a suspender o certame (espécie de pedido cautelar incidental, de caráter sucessivo à própria antecipação da tutela), sem, no entanto, deferir a participação da empresa promotora nas demais fases da licitação. As demais empresas concorrentes figuram como litisconsortes passivos necessários, tendo como réu principal o ente público responsável pela licitação.

Há, no precitado caso, manifesto interesse não só do autor e do réu, como também dos demais afluentes (litisconsortes passivos necessários), de que o órgão judicante analise o próprio pedido de tutela antecipada com a maior brevidade possível, visto que a decisão proferida liminarmente, de suspender o certame, acabou travando todo o procedimento da licitação, prejudicando diretamente os concorrentes habilitados no certame, que buscam conhecer tão logo o vencedor, que irá ser contratado pela Administração Pública.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001b. v. III, p 461.

¹³⁰ O próprio Cândido Rangel Dinamarco, noutra obra, enfatiza arduamente a necessidade de que se faça uma releitura das normas existentes: "A imperfeição das leis é o fundamento central das propostas, aqui contidas, de reter princípios e renunciar a dogmas ilegítimos. [...] Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não-obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda a ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos." DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 20-21.

Logo, indubitável que o pronunciamento jurisdicional negativo interessa diretamente ao demandado, que desta forma deve estar totalmente legitimado a requerer a antecipação dos efeitos da tutela. E mais: o réu também é consumidor do ato jurisdicional, não se podendo afastar o seu lícito direito de receber a negativa da prestação judicial antecipadamente.

Calha transcrever, mais uma vez, como reforço à tese perfilhada, as palavras criteriosas de Luiz Guilherme Marinoni:

A princípio, de fato, seria possível argumentar que o réu não faz 'pedido inicial' e que, portanto, não pode requerer a tutela. Tal argumento, porém, filiado a uma interpretação literal da norma, não é suficiente, já que o legislador infraconstitucional deve estar atento ao princípio da isonomia e o réu pode necessitar, em determinados casos, da tutela antecipatória.

O réu, na contestação, de lado as hipóteses excepcionais de ações dúplices, não formula pedido. Entretanto, o réu, ao solicitar a rejeição do pedido formulado pelo autor, requer tutela jurisdicional. O réu, na contestação, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório.¹³¹

Extremamente valiosas também os argumentos do Des. Napoleão Nunes

Maia Filho:

Deve ser aceita a tese de que o réu, ao contestar a ação, realmente não formula pedido, mas essa assertiva há de ser entendida como significando que a contestação não veicula pretensão condenatória substantiva ao autor, porém não se pode ocultar que será lícito ao réu agregar à sua contestação pedido de natureza declaratória, compatível com a oposição manifestada ao pleito do promovente.¹³²

Não é, destarte, isolado o entendimento de que o réu também deve ter a seu dispor o instituto da tutela antecipada, mesmo porque se trata de um instrumento da "nova era do processo civil"¹³³, extremamente útil à garantia da efetividade da prestação jurisdicional, que deve ser estendida não só ao autor como ao réu, já que também é partícipe da relação processual.

4.3.2 Antecipação da tutela e intervenção de terceiros

Admitida a legitimidade geral do réu para requerer a antecipação de tutela, impõe-se analisar as situações específicas nas quais se dá a intervenção de

¹³¹ MARIONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 174.

¹³² MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 251.

¹³³ Nomenclatura utilizada por DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004.

terceiros no processo civil brasileiro, notadamente os casos de oposição, de chamamento ao processo e de denúncia da lide.

A oposição, aquela em que “*pendente uma causa, isto é, já tendo se formado a relação processual com a citação válida, pode o terceiro intervir no processo*”¹³⁴, revela-se propriamente como uma espécie de ação incidental¹³⁵, na qual um terceiro alheio ao processo busca resguardar o seu direito, que se apresenta conflitante com as pretensões do autor e do réu da demanda.

É o que ocorre exatamente, e com maior freqüência, não se pode negar, nas ações que envolvem a discussão acerca da posse e propriedade de uma determinada coisa, de modo que, na pendência do debate entre autor e réu, ingressa como opositor um terceiro, apontando-lhe o direito de posse ou propriedade do bem em litígio.

Estando, pois, caracterizada a semelhança da oposição à de uma verdadeira ação, não se pode ter dúvidas da legitimidade do oponente (terceiro interventor) para formular pretensão de antecipação da tutela desejada, mesmo porque sua peça processual pode vir agregada de prova manifestamente inequívoca, atestando a verossimilhança do alegado. Além do que, o julgador pode encontrar-se diante de um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso não outorgue o pedido antecipatório.

O entendimento ora perfilhado encontra amparo nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, o qual exemplifica:

*Em regra, a oposição contém uma ação declaratória negativa da pretensão do autor e uma ação condenatória ou executiva lato sensu contra o réu. Assim, por exemplo, o oponente pode dirigir ação declaratória contra o autor e ação executiva lato sensu contra o réu de uma ação de imissão de posse. Nesta hipótese, está o oponente autorizado a pedir a tutela antecipatória, desde que preenchidos os seus pressupostos.*¹³⁶

¹³⁴ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.v. 1, p. 86.

¹³⁵ Dinamarco revela: “Resolvendo-se a oposição em um ato de exercício da ação, sua admissibilidade sujeita-se às condições desta (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica *supra*, n. 542 ss.). Pela mesma razão o ato de opor-se deve vir configurado como uma autêntica petição inicial, com o requisitos que a lei exige para esta (art. 57 c/c 282-283).” DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2001b. v. II, p. 383.

¹³⁶ MARIONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 175.

Já no chamamento ao processo (arts. 77 a 80, do CPC) e na denunciação da lide (arts. 70 a 76, do CPC), a parte processual que se utiliza desses institutos procura afastar, total ou parcialmente, a sua responsabilidade por aquilo (dever de fazer, não fazer, entregar, pagar etc.) que decorrer da sentença judicial, atribuindo tal condição a um terceiro alheio à demanda.

Em tais ocasiões, somente cabe tratar da antecipação da tutela, quando o réu principal, ou seja, o denunciante ou o responsável pelo chamamento ao processo, tiver contra si uma decisão de cunho antecipatório. Sendo assim, deve-se admitir que esse réu principal formule, na mesma peça processual que apresenta a denunciação da lide ou o chamamento ao processo, pedido antecipatório de que a decisão a que está obrigado a cumprir na sua totalidade seja assumida, total ou parcialmente pelo terceiro.

Nítido exemplo da hipótese acima é ação de reparação de danos por acidente automobilístico, no qual o autor da demanda consegue a antecipação da tutela para condenar o réu a pagar pensão mensal, dada a condição da vítima de impossibilidade de trabalhar e sustentar sua família. O réu, possuindo seguro do seu automóvel contra terceiros, poderá utilizar-se do instituto da denunciação da lide, com base no preceito contido no art. 70, inc. III, do CPC, sendo também manifesta a possibilidade do litisdenunciante de requerer tutela antecipada para fins de que a seguradora seja responsável pelo pagamento da mesma pensão mensal em seu favor.¹³⁷

Observe-se: não se está a afirmar que o pedido antecipatório do litisdenunciante seja para que o denunciado assuma diretamente a obrigação a que aquele tenha sido condenado, pois desvirtuaria a própria sistemática da denunciação da lide, apenas será uma forma indireta de ressarcimento antecipado.

Preserva-se, desta sorte, a natureza da denunciação da lide, que Cândido Rangel Dinamarco explica com acuidade:

¹³⁷ Marinoni registra: “Caso tenha sido deferida tutela antecipatória contra o réu-denunciante – por exemplo em ação de indenização fundada em ato ilícito –, o réu pode requerer tutela antecipatória – uma vez presentes os seus pressupostos – contra o denunciado.[...] No caso do chamamento ao processo, o autor pode requerer a tutela antecipatória contra o réu originário ou contra os chamados. Se a tutela antecipatória é concedida, a parte que a satisfizes deve ser autorizada a executar (também antecipadamente) o devedor principal ou os outros devedores”. MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 175-176.

A condenação disciplinada no art. 76 do Código de Processo Civil é imposta ao denunciado e concedida exclusivamente em favor do denunciante. Não se admite a condenação do denunciado em favor do autor da demanda principal, porque nenhuma demanda moveu esta àquele e sequer existia qualquer relação jurídica material que os interligasse (o terceiro era parte ilegítima para a demanda proposta pelo autor). Ainda que a condenação direta apresentasse vantagens, só por disposição expressa de lei poderia ser admitida.¹³⁸

A principal razão para se admitir a antecipação da tutela em favor do denunciante é a de se evitar que somente ao final do processo o réu-denunciante seja reembolsado das despesas que caberiam ao litisdenunciado, promovendo-se, portanto, um aceleração da prestação jurisdicional, com evidente economia processual¹³⁹.

Nesse passo é que o instituto da tutela antecipada se mostra como instrumento especialmente adequado a promover, maximamente, a efetividade da tutela jurisdicional, sem, obviamente, atropelar as demais garantias processuais e, ainda, respeitando a natureza formal e substancial dos outros institutos ligados à processualística.

Oportuno lembrar que se aplica aos casos de chamamento ao processo, o que restou dito acerca da denunciação da lide, pelas razões dantes referidas.

Resta, destarte, o exame da relação entre a antecipação da tutela e a nomeação à autoria (arts. 62 a 69, CPC). Nesta se dá “pedido feito pelo réu, de ser excluído da relação processual por ilegitimidade ad causam, sendo sucedido por um terceiro”¹⁴⁰. Resumindo as situações de nomeação à autoria, poder-se-ia dizer que a demanda prosseguirá com apenas uma das partes, ou o nomeante prossegue na qualidade de réu, ou o nomeado reconhece a qualidade que lhe é atribuída e passa a ser o legítimo réu da ação, com a exclusão do nomeante.

Com efeito, não existindo uma relação intraprocessual entre nomeante e nomeado, já que apenas um deles seguirá na demanda, não há o que se falar de antecipação de tutela de um para com o outro. A única hipótese de cabimento de pedido antecipatório será entre o autor e a parte que seguir na condição de réu (nomeante ou nomeado).

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2001b, p. 411.

¹³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2001b, p. 399.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2001b, p. 395.

4.4 Pressupostos essenciais

4.4.1 Verossimilhança do alegado

O deferimento da tutela antecipada está sujeito ao preenchimento, no caso concreto, de alguns requisitos expressamente indicados pela legislação processual, que têm conteúdo aberto ou mesmo podem ser considerados conceitos indeterminados¹⁴¹, dada a margem de subjetividade conferida ao intérprete. Dentre esses termos de vaga determinação estão principalmente a “prova inequívoca” e “a verossimilhança da alegação”, previstos na cabeça do art. 273, do CPC.

A condição positiva da verossimilhança da alegação, presente no *caput*, do art. 273, do CPC, como inerente à antecipação da tutela, está diretamente ligado ao grau de convencimento do magistrado, que decorre do exame dos fatos sobre os quais trata a demanda e da respectiva proteção jurídica, acaso existente.¹⁴²

Anteriormente se registrou que o nível de aprofundamento da cognição no exame das tutelas provisórias era nitidamente sumária. Logo, claramente, dada a incompletude dos meios probatórios, não se terá um juízo de certeza absoluto. Todavia, o nível de convencimento do magistrado deve ser de alta probabilidade, capacitando-lhe a outorga de provimento provisório revestido de amparo no ordenamento jurídico, como se estivesse prolatando decisão de cunho definitivo.

O grau de segurança da decisão não deve ser o mesmo daquelas de caráter definitivo, claro, mas se deve buscar algo bem próximo dessa instância, que deve ser superior à simples fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*).

Oportuno, pois, de logo, pôr no plano adequado a verossimilhança do alegado e a fumaça do bom direito. Não foi à toa que o legislador nominou diversamente os pressupostos de deferimento das cautelares dos da antecipação de tutela. Há importantes diferenças entre ambos. Os fatos e suas provas, além do revestimento

¹⁴¹ Juvêncio V. Viana revela: “O que há na verdade – e isto não pode ser confundido com discricionariedade –, é o emprego pela lei de conceitos vagos, indeterminados. O que não é algo ruim, ressalte-se.”. VIANA, Juvêncio V., ob. cit., p. 97.

¹⁴² Pontua com propriedade o Min. Athos Gusmão Carneiro: “o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as *‘quaestiones facti’* como as *‘quaestiones iuris’* induzem a que o autor, requerente da AT, merecerá prestação jurisdicional em seu favor.”. CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 26.

jurídico da hipótese examinada, devem ser mais contundentes no juízo de verossimilhança, daí porque o magistrado se convence mais facilmente na apreciação do *fumus*. Isto é decorrência da própria natureza das medidas cautelares, na qual de modo bem mais célere o julgador chega a um provimento definitivo.

Nas lições do Min. Teori Albino Zavascki, a antecipação da tutela requer um *fumus boni iuris* especialmente qualificado, veja-se:

Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.¹⁴³

Observe-se que o quadro de diferenças entre os pressupostos das cautelares e do provimento antecipatório não é exclusividade da literatura jurídica nacional, muito embora eventualmente sejam utilizadas expressões invertidas (a verossimilhança para as situações cautelares e a probabilidade para o pedido antecipatório)¹⁴⁴. Roberto Omar Berizonce, ao tratar dos requisitos de procedência da tutela antecipada na Argentina, obtemperou:

*Que exista convicción suficiente acerca del derecho invocado, lo que cabe interpretar implica que la petición se sustente en prueba inequívoca que permita alcanzar aquel convencimiento. Se requiere, entonces, algo más que la mera verosimilitud del derecho, supuesto de las medidas cautelares; es preciso que exista una fuerte probabilidad, aunque no necesariamente la certeza, de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado.*¹⁴⁵

É bem verdade que, na prática, fogem às mãos do julgador elementos que efetivamente separem e definam as hipóteses em que se atingiu o *fumus* das que se alcançou a verossimilhança do alegado, o que, todavia, não deve servir de escusa para se ignorar a sistemática adotada pelo legislador, que pretendeu, sem dúvida alguma, reservar maior segurança às decisões de cunho antecipatório.

¹⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 77. Outros renomados processualistas reconhecem a diferença entre tais requisitos, contudo alertam sobre a restrita utilidade prática de tais instrumentos, vide BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 35-37 e MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 124-132.

¹⁴⁴ É o que se pode extrair do texto de Jorge L. Kielmanovich ao tratar dos pressupostos das medidas cautelares: “*Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que este exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren.*” KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría del proceso cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.), ob. cit., 2002, p. 316.

¹⁴⁵ BERIZONCE, Roberto Omar, ob. cit., 2002, p. 153.

4.4.2 Prova inequívoca

A toda ação judicial se liga inevitavelmente a questão da prova, ou melhor, a necessidade de se comprovar que um determinado fato possui relevância jurídica e, portanto, requer atuação de um órgão jurisdicional para garantir a prevalência da ordem jurídica, própria de um Estado de Direito.

A temática da prova é absolutamente essencial para que o magistrado possa outorgar a prestação jurisdicional de forma justa, reconhecendo o direito do autor ou do réu no caso concreto.

O sistema das provas no direito processual civil pátrio é complexo e dotado de extensa regulamentação que alcança desde as espécies de provas admitidas, passando pelas formas e oportunidades de produção, e abarca até os casos em que o julgador prescinde de material probatório (revelia, confissão, não impugnação etc.).

Ratificando a amplitude do regime das provas no processo civil brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco ponderou:

O conteúdo do direito probatório consiste na determinação das alegações suscetíveis de demonstração por via da prova (objeto da prova), na distribuição do encargo de prová-las e conseqüências da falta de prova suficiente (ônus da prova), na definição dos elementos exteriores sobre os quais essas atividades destinadas à comprovação das alegações (meios de prova) e na disciplina do valor das provas e modo como devem ser apreciadas (valoração da prova).¹⁴⁶

Nesse mesmo passo, objetivando, indubitavelmente, tornar o julgador dependente de uma instrução probatória segura, legitimando as decisões judiciais, o legislador processual cuidou também de disciplinar a prova necessária à antecipação da tutela de mérito. Assim o fez, notadamente, no *caput*, do art. 273, do CPC, ao estabelecer “a prova inequívoca” como condição da decisão antecipatória.

Cingiu-se, pois, a requerer a presença da “prova inequívoca”, deixando de descer maiores considerações, mesmo porque não é esse o propósito legal, cabendo ao magistrado, caso a caso e de maneira prudente, analisar o preenchimento de tal

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2001b. v.III, p. 56-57.

requisito. Fora de qualquer dúvida, tratar-se de um conceito jurídico indeterminado¹⁴⁷, de cunho subjetivo, mas não sujeito à completa discricionariedade do julgante.

Ao dizer-se que a “prova inequívoca” não se adstringe à total discricionariedade do julgador, quer-se alertar para a necessidade de elementos endo e exoprocessuais capazes de convencer o magistrado da veracidade dos fatos em questão. À antecipação da tutela está, de conseguinte, vinculado o dever do juiz de indicar os caracteres probatórios que o levaram a se convencer da importância do aceleramento na prestação jurisdicional.

Em se tratando de conceito indeterminado, faz-se relevante tentar circunscrever o conteúdo da chamada “prova inequívoca”.

Na verdade, a prova inequívoca não é bem um corpo probatório irrefutável ou que não enseje margem de dúvidas quanto ao direito da parte, pois dificilmente se alcançaria este nível num juízo de admissibilidade prévia (ou não final) da lide, especialmente nos pedidos a serem analisados antes da oitiva da parte adversa.

Assacando críticas ao termo incrustado na legislação adjetiva civil, o Min. Athos Gusmão Carneiro verbera:

A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. [...] A nós parece que a ‘inequívocidade’ da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o ‘juízo de verossimilhança’, capaz de autorizar a antecipação da tutela.¹⁴⁸

Luiz Guilherme Marinoni também coaduna com as observações anteriores:

A denominada ‘prova inequívoca’ capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Germana de Oliveira Moraes, reconhecendo a presença dos conceitos indeterminados nos comandos normativos, reflete: “identificam-se nas normas jurídicas conceitos que demandam, durante sua aplicação, um processo de preenchimento semântico, isto é, de ‘densificação’, feito através de uma valoração” MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 65.

¹⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 21-22.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 211-212. Também sobre o assunto, vide FUX, Luiz. *Tutela de urgência e plano de saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000; VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit. e DINAMARCO, Cândido R., ob. cit., 2004.

A impregnação legal do termo “prova inequívoca”, embora não deva ser interpretado de maneira absolutamente estrita, foi importante para demonstrar aos operadores do direito que a tutela antecipada depende de uma forte prova em favor da parte que a requer, algo que efetivamente deixe o julgador seguro de seu posicionamento, conquanto manifestado antecipadamente.

Nesta linha se encontra o pensamento de Cássio Scarpinella Bueno: “O melhor entendimento de ‘prova inequívoca’ é aquele que afirma se tratar de prova robusta, contundente, que dê a maior margem segurança possível ao magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato.”¹⁵⁰

Deve, pois, a “prova inequívoca” ser compreendida como a presença de elementos capazes de levar ao conhecimento do julgador que o bem jurídico perseguido realmente merece ser tutelado. Evita-se, assim, a interpretação literal do preceptivo, pela qual somente caberia a antecipação da tutela quando o juiz não tivesse qualquer dúvida sobre o caso analisado, estando absolutamente convicto da situação fática e de seu enquadramento jurídico.

Noutras palavras, pretende-se afirmar que a “prova inequívoca”, necessária ao aceleramento da prestação jurisdicional, por imposição do *caput*, do art. 273, do CPC, poderá ser alcançada em diversas ocasiões, não só mediante condutas comissivas, como também omissivas, das partes litigantes.

Trazendo a questão para termos práticos, ter-se-á constatada a “prova inequívoca”, *verbi gratia*, quando, numa ação que objetive a anulação de auto de embargo de funcionamento de empresa privada, por ser estabelecida em área de preservação ambiental, for produzida prova pericial atestando que o local de instalação da sociedade não encontra proteção na legislação ambiental. Nessa hipótese, claramente, o magistrado, após a prova pericial, estará habilitado a antecipar os efeitos da tutela, ante o alto grau de importância do referido meio probatório para a questão posta em tablado.

Da mesma maneira, também estará diante de “prova inequívoca”, o julgador que se depara com uma ação de exoneração de encargos alimentícios, na qual

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2004, p. 33.

a petição inicial é instruída com documentos que atestem que o alimentante foi despedido, sem justa causa, de seu labor.

Percebe-se, com efeito, que somente no caso concreto poderá o julgante avaliar se os fatos alegados e as provas dos autos estão maduros o suficiente para a decisão antecipatória.

Não se olvide ainda que, em determinadas circunstâncias, a “prova inequívoca” restará perfectibilizada mesmo na ausência de meios probatórios próprios, vide art. 334, do CPC, como nos casos em que a demanda verse sobre fatos notórios, incontroversos, confessados e ainda quando se operaram os efeitos da revelia.

Cândido Rangel Dinamarco explica a dispensabilidade da prova diante de fatos notórios:

Também independem de prova os fatos notórios que, por serem de conhecimento geral, ordinariamente também o juiz os conhece; inexistindo a dúvida, que é o fundamento lógico-jurídico de toda a necessidade de provar, por esse motivo a lei os dispensa de prova (art. 334, inc. I).¹⁵¹

Prescindem de material probatório também, repita-se, os fatos incontroversos, aqueles em que a parte contrária não impugna oportunamente; os fatos confessados, nos quais a parte assume inteira ou parcialmente as afirmações do adversário; e quando da manifestação dos efeitos da revelia, que se dá com a falta de resposta do réu sobre matérias de direito disponível.

Logo, se numa ação de cobrança, em que o autor postula o recebimento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o réu contesta, alegando que o débito somente é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), salta aos olhos a necessidade de antecipação da tutela, determinando-se que o suplicado deposite em juízo a parte incontroversa da demanda.

Ainda não é chegado o momento de se discorrer sobre a antecipação da tutela em relação à parte incontroversa da demanda, a qual possui tópico reservado mais à frente, contudo, não se pode negar a sua íntima relação com “prova inequívoca”, restando portanto justificada a inserção do parágrafo anterior neste item.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 64.

Ao cabo da análise da “prova inequívoca”, tem-se esta, portanto, não como as situações em que o membro do Poder Judiciário está livre de qualquer dúvida sobre a causa (ou que inexistiria a mínima possibilidade de produção de prova em contrário), mas sim as hipóteses nas quais o órgão julgante tenha colhido, por ação ou omissão dos litigantes, elementos hábeis ao estabelecimento da verossimilhança do alegado e, por consequência lógica, à antecipação da tutela.

4.5 Hipóteses legais de cabimento

4.5.1 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Além da prova inequívoca capaz de evidenciar a verossimilhança do alegado, a tutela antecipada para ser concedida depende ainda da presença de outro elemento, que, pela dicção dos incs. I e II, do art. 273, do CPC, pode ser “o receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou¹⁵² “o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Interessa, na oportunidade, a delimitação do que se pode qualificar de “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

De plano, é válido ressaltar a pertinência do requisito legal a ser estudado, é tanto que as legislações processuais alienígenas, notadamente a italiana e a francesa, também o prevêm como elemento essencial para a antecipação da tutela.

O *Nouveau Code de Procedure Civile* francês, em seus arts. 808 e 848¹⁵³ permite o adiantamento da tutela perseguida (o já citado *référé*) nos denominados casos de urgência (*cas d'urgence*). Já o *Codice de Procedura Civile* italiano possibilita, no seu art. 700¹⁵⁴, a outorga do provimento de urgência (*provvedimenti d'urgenza*) quando da

¹⁵² Observe-se que a partícula “ou”, acima empregada, implica alternatividade, ou seja, a existência de pelo menos um dos referidos elementos, ou “o receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou “o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, o que todavia não impede de no caso concreto ambos se encontrarem presentes.

¹⁵³ Assim dispõem os referidos preceitos legais: “Article 808. Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.” e “Article 848. Dans tous les cas d'urgence, le juge du tribunal d'instance peut, dans les limites de sa compétence, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.”

¹⁵⁴ Na redação original tem-se: “Art. 700. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.”

presença fundada de um dano iminente e irreparável (*pregiudizio imminente e irreparabile*).

Além disso, o sobredito requisito legal é importantíssimo para justificar a antecipação do provimento jurisdicional.

Isto porque em tais hipóteses (inc. I, do art. 273, CPC) o magistrado encontra-se diante de uma situação que não pode aguardar o regular andamento do feito, sob pena de se causar à parte um dano de caráter irreversível ou mesmo de duvidosa reparabilidade.¹⁵⁵

Todavia, deve-se deixar claro que não é qualquer lesão que deve amparar o deferimento da tutela antecipada.

Na verdade, o dano a ser perpetrado à parte deve ser suficiente para justificar um pronunciamento judicial antecipado, o que requer assim uma cuidadosa análise da questão por parte do magistrado, até mesmo porque pode a decisão antecipatória causar um dano de maior gravidade à outra parte do processo.

Em razão disto, da necessidade do exame da natureza do dano alegado, Teori Albino Zavascki registra:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado.¹⁵⁶

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser equiparado inclusive ao conhecido *periculum in mora*, elementar para o deferimento das medidas cautelares, uma vez que inexistem questionamentos de que a postergação da análise do

¹⁵⁵ É tão comum a vinculação do “dano irreparável ou de difícil reparação” como requisito das medidas urgentes que o eminente processualista italiano, Edoardo F. Ricci leciona que: “Tal pressuposto é previsto tão frequentemente, que pode ser definido de tradicional.” RICCI, Edoardo F. Tutela no futuro direito italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 262.

¹⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 78.

pedido antecipatório trará, indubitavelmente, dano irreparável ou de difícil reparação, em face do perecimento superveniente do objeto jurídico a ser tutelado¹⁵⁷.

Cássio Scarpinella Bueno cuidou de aproximar tais elementos próprios das tutelas provisórias:

Ao contrário do que se dá na comparação entre o *fumus boni iuris* das ações cautelares e a prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação da tutela antecipada, o pressuposto do inciso I do art. 273, o 'dano irreparável ou de difícil reparação' pode, com perfeição, ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência.¹⁵⁸

A práxis também revela os estreitos laços existentes entre as condicionantes das medidas de urgência. Exemplificando: embora se trate de medida cautelar, a produção antecipada de prova testemunhal, caso não seja deferida, pode trazer prejuízo irreparável ou de difícil reparação, pois inviabilizará uma futura ação de reparação de danos, que depende essencialmente da referida testemunha que, não tendo sido auscultada antecipadamente, veio a falecer, comprometendo assim a ação principal.

O mesmo ocorrerá em situação inversa: numa ação de obrigação de não fazer, com pedido de tutela antecipada, no qual se requer a proibição da veiculação de determinada propaganda comercial; a análise posterior da medida urgente pode implicar o perecimento do objeto jurídico a ser tutelado, pois a propaganda comercial pode já ter sido veiculada, revelando assim o chamado *periculum in mora*.

¹⁵⁷ Jorge L. Kilemanovich lecionando sobre o perigo da demora da prestação jurisdicional (*peligro em la demora*) acentua: "La procedencia de las medidas cautelares se halla condicionada también a que el interesado acredite el peligro en la demora, esto es, la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria." KILEMANOVICH, Jorge L. In: GREIF, Jaime, ob. cit., 2002, p. 317. Conquanto seja majoritária a corrente doutrinária que cuida de traçar a estreita semelhança de tais elementos, ainda existem renomados processualistas que enxergam apenas as diferenças, sendo o caso de J.J. Calmon de Passos: "Esperamos que, por comodidade ou artimanha, não se tente ver identidade entre as duas situações. Na cautelar, o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela *provável*, quer na perspectiva do autor, quer na do réu. Na antecipação, o juiz analisa a necessidade de serem produzidos, de logo, os efeitos que decorreriam da procedência do pedido formulado pelo autor, já em condições de certificação. Na cautelar, exige-se um *ato da parte* e que dele derive o risco de dano, ao passo que na antecipação isso é de todo irrelevante, devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de antecipação dos efeitos, porquanto, já em condições de certificação do direito do autor, há o risco de, no momento de sua efetivação, isso não vir a ocorrer em termos satisfatórios." PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, v. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.43.

¹⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., 2004, p. 37. Cândido Rangel Dinamarco também apresenta o *periculum in mora* como requisito tanto das medidas antecipatórias, como das cautelares. DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 62-63.

Ainda ratificando a proximidade entre o *periculum in mora* e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, têm-se os oportunos ensinamentos do Des. Napoleão Nunes Maia Filho:

Esse elemento condicionante da deferibilidade do provimento de tutela antecipada, na verdade o primeiro termo alternativo a que se acoplam a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação (art. 273, I do CPC), transparece na sua estrutura algo que o aproxima do *periculum in mora*, o conhecido pressuposto da tutela cautelar; por essa razão, se afiguram aplicáveis ao art. 273, I do CPC as conclusões da doutrina da cautelaridade, desenvolvida a respeito do perigo da demora.¹⁵⁹

E sobre o *periculum in mora* propriamente dito continua:

A essência do *periculum in mora*, nos domínios da tutela antecipada, é a inevitabilidade do largo tempo que se consumirá até o momento da solução definitiva da controvérsia posta no processo, quando o quadro probatório inequivocamente já aponta, com segurança produtora da convicção, no sentido de dar-se de logo essa mesma solução, de modo que protrair a sua adoção seria inexplicável, diante do ideal de presteza da jurisdição.¹⁶⁰

Com efeito, impossível analisar separadamente os citados elementos das tutelas provisórias, mesmo porque ambos buscam resguardar a própria utilidade do pronunciamento judicial, evitando-se que a decisão venha a ser proferida em momento inoportuno para resguardar o direito a ser tutelado.

Assim é que Sérgio Ferraz, não se descurando da importância do requisito ora em estudo, aloca-o em posição privilegiada para a preservação da integridade do próprio Poder Judiciário:

Caminho agora para outro requisito, cuja presença deve ser verificada para a concessão da liminar: o da possibilidade da frustração ou da ineficácia da decisão judicial. Esse é um dado relevantíssimo não só para o interessado, não só para a parte, mas também para a própria prestação jurisdicional. É esta a afirmação que os juízes, às vezes, não conseguem ou não querem compreender. A efetividade da decisão judicial relaciona-se com o próprio prestígio da justiça e com a própria integridade do ordenamento jurídico. Um ordenamento jurídico cuja sentença só valha como um papel que deve ser emoldurado e pregado na parede é nada, não é o Estado Democrático de Direito que a Constituição prestigia. É imperioso que as sentenças judiciais

¹⁵⁹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 132. Em sentido similar, têm-se os ensinamentos de J. E. Carreira Alvim: “A circunstância que, no âmbito da tutela cautelar, revela a presença do *periculum in mora* encontra, na antecipação da tutela, equivalência no receio de dano, pois, tanto quanto no processo cautelar, o provimento antecipatório só se faz necessário pela impossibilidade de concluir-se o processo ordinário *uno actu*, com a subsunção, de imediato, do fato ao direito.” ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 98.

¹⁶⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 136. Conferir, ainda, do mesmo autor, a obra *Estudos processuais sobre o mandado de segurança*. 3. ed. Fortaleza: Imprepe, 200b, p. 96-99, na qual o magistrado e processualista discorre sobre a questão do dano irreparável ou de reparação árdua ao tratar do requisito da emergencialidade para a concessão liminar da ordem de segurança.

criem uma nova situação jurídica a partir delas. Isso é a própria razão e essência da majestade do Poder Judiciário, é a própria razão e existência de um ordenamento jurídico. Portanto, a possibilidade de ineficácia da medida não interessa apenas à parte, mas interessa também ao julgador, para que sua sentença não caia, a final, no vazio.¹⁶¹

Deveras, impossível negar que o descaso e a falta de compromisso de parcela dos integrantes do Poder Judiciário em geral acabam contribuindo para o perecimento de muitos direitos nas estantes dos cartórios (secretarias) judiciários, o que, em verdade, somente ajuda (negativamente) para o descrédito de uma instituição elementar para qualquer espaço territorial que se taxe de Estado de Direito.

Não se pretende, longe disso, imputar ao Judiciário toda a responsabilidade pelo perecimento do direito de parte dos jurisdicionados, mas tão somente incitar os magistrados, servidores e demais profissionais engajados na atividade jurisdicional a zelarem pela utilidade e eficácia das decisões judiciais, que devem se mostrar aptas a amparar aqueles que a provocaram. Daí porque se revela importante a análise meticulosa das situações passíveis de causar dano irreparável ou de difícil reparação.

Em tom de arremate, vale transcrever as palavras do processualista uruguaio Eduardo J. Couture, ao vincular a dignidade do magistrado à do próprio direito:

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens. O dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo. [...] Mas, enquanto não se puder encontrar essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e medular do direito não poderá ser desatendido, nem desobedecido, e as sentenças valerão o que valham os homens que as profiram.¹⁶²

4.5.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Enfrentada a primeira alternativa de concessão da tutela antecipada, cumpre analisar as hipóteses em que o julgador estará diante de uma conduta maliciosa da parte ré, que justificará, por previsão legal (art. 273, inc. II, do CPC), o deferimento antecipado do provimento, independentemente da presença do “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

¹⁶¹ FERRAZ, Sérgio. Regime jurídico da liminar em mandado de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 144.

¹⁶² COUTURE, Eduardo J., ob. cit., 2004, p. 59-90.

Não existem atos ou comportamentos das partes previamente definidos como sendo de “abuso do direito de defesa” ou de “manifesto propósito protelatório”, exatamente porque o legislador mais uma vez incumbiu o magistrado de perscrutar e valorar, diante do caso concreto, o enquadramento das partes numa dessas situações, apresentando mais um conceito indeterminado¹⁶³.

O que se sabe é que o legislador, com a previsão do inciso em destaque, não ficou de “braços cruzados” frente às situações em que o réu apresenta conduta absolutamente reprovável, evitando de toda sorte o término do processo, dado o anseio de ser vencido e ter de adimplir o pronunciamento judicial que lhe será contrário.

Deve-se reconhecer que o direito processual francês dispõe de regra análoga e certamente inspiradora do dispositivo em debate, que tem por principal função sancionar o réu renitente e inescrupuloso¹⁶⁴, sendo por alhures denominado de “*référé provision*” e “*référé injonction*”, através dos quais o magistrado pode antecipar o adimplemento de uma obrigação quando o réu não disponha de uma contestação séria (*contestation sérieuse*).

Assim como na hipótese do art. 273, inc. II, do CPC, em ambos os “référé” acima citados não se exige a presença de um dano irreparável ou de difícil reparação, bastando a demonstração da falta de seriedade da defesa do réu¹⁶⁵.

É exatamente essa falta de seriedade do comportamento do réu em juízo que o legislador pretende apenar, não só porque prejudica diretamente o promovente da ação, que tem a fruição do seu direito injustamente retardado, como também afeta

¹⁶³ Teori Albino Zavasck corrobora com o acima dito: “‘Abuso do direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório do réu’ são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 78. No mesmo sentido, Napoleão Nunes Maia Filho: “A locução veiculada no art. 273, II do CPC (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório) traduz uma espécie de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo pode (e deve) ser posto pelo Juiz topicamente, analisando detidamente cada caso concreto, não sendo preferível que se busque estabelecer um padrão prévio de aferição da conduta da parte, visando a identificação desse elemento.” MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 137.

¹⁶⁴ Juvêncio Vasconcelos Viana ratifica: “Assim, a debatida hipótese legal antecipatória traz o benefício de evitar que o retardamento do processo torne-se um prêmio para a parte vencida e um castigo para a parte vencedora.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 114.

¹⁶⁵ Abraham Luis Vargas assevera: “*Al igual que en el référé provision en este référé injonction no se exige la urgencia sino sólo que exista una obligación que no pueda cuestionarse con seriedad.*” VARGAS, Abraham Luis, ob. cit., p. 106. Luiz Guilherme Marinoni também lembra: “A urgência não é requisito para a concessão da provision”. Roger Perrot, o Professor da Universidade de Paris, alerta que o juiz não pode exigir uma incontestabilidade absoluta, sob pena de restringir abusivamente o domínio do *référé provision*.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 19.

indiretamente o direito dos demais jurisdicionados, visto que travará o regular processamento do restante dos processos judiciais.

Não deixa de ser, portanto, um atentado à própria Justiça, desafiando a própria estrutura organizacional do Estado, como asseverou José Olímpio de Castro Filho:

É essa invocação injustificada ou maliciosa dos órgãos jurisdicionais que autoriza reprimir o abuso do direito, ainda quando não haja dano à parte contrária. A repressão se efetua, não porque resulte, ou possa resultar, em dano alheio, senão porque representa, o abuso, por si só, um dano ao Estado. A manutenção da Justiça custa dinheiro, e não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo (ou ente público). Por outro lado, suposto que procedessem as partes com correção e lisura no processo, dizendo logo a verdade e só a verdade, muito menor seria o gasto de tempo e de despesas para a solução da controvérsia; pelo mesmo motivo reprime-se a infração da regra de dizer a verdade, ainda quando não haja dano à parte contrária, porque, também aí, há sempre o dano ao Estado.¹⁶⁶

Nesse contexto, pois, merece ser reexaminado o princípio da ampla defesa, considerando-se que no conteúdo dessa garantia constitucional não se inclui a possibilidade de as partes extrapolarem os seus meios de defesa, socorrendo-se de atitudes escusas, impedindo a realização da própria justiça.

Daí a importância do princípio da efetividade, registrado por Marinoni:

O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.¹⁶⁷

Ingressando propriamente na análise dos termos legais, “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu”, acaba-se compreendendo o primeiro no segundo, isto porque, ainda que obliquamente, todo abuso do direito de defesa descamba por procrastinar o feito, retardando de maneira injustificada a demanda¹⁶⁸, como avante melhor se explica.

¹⁶⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso de direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 32.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 192.

¹⁶⁸ J. J. Calmon de Passos, embora analise separadamente tais situações, parece coadunar com o entendimento acima defendido: “Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar; inclusive quem, no curso da demanda, prova incidentes infundados. Assim agindo, além do abuso de direito, revela propósito protelatório.” PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 45.

Sabe-se, contudo, que esse entendimento encontra dissonância doutrinária¹⁶⁹, talvez ainda pela máxima de que a lei não contém palavras supérfluas. Ocorre que muitas vezes o legislador procura enfatizar determinadas questões e para isso se utiliza da técnica da previsão explícita (v.g. no caso da Emenda Constitucional n. 45/2004 que incluiu expressamente no art. 5º o princípio da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, conquanto essa garantia já encontrasse ressonância no próprio art. 5º, inc. XXXV), fato esse, portanto, que não impede o englobamento de uma expressão por outra.

O abuso do direito de defesa parece estar relacionado com a tese perfilhada pelo réu em suas peças processuais (contestação, embargos, exceções, recursos etc.), de sorte que se tem de avaliar o conteúdo material de sua defesa para, então, saber-se sobre sua viabilidade, ou seja, se se encontra ou não apta a afastar o direito do autor. Para tanto, o magistrado deve se socorrer, principalmente, da lei, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, elementos pelos quais facilmente pode-se constatar a má índole defensiva da parte. Nos dizeres do Des. Napoleão Nunes Maia Filho:

O abuso do direito de defesa (ou mais precisamente o abuso do direito de contestar) estará presente sempre e quando a peça trazida pelo réu ao processo for deslastreada de qualquer seriedade quanto ao mérito do pedido do autor, for afrontosa a texto expresso de lei ou tentar alterar intencionalmente a verdade de fato incontroverso no processo, confinando com as condutas reprováveis do art. 17, I, II e VI do CPC, configuradoras da litigância de má-fé.¹⁷⁰

Vê-se, destarte, que existe uma tentativa de aproximação das condutas descritas no art. 17, do CPC, com o dispositivo legal examinado, mas que não se podem confundir, como já alertara Luiz Guilherme Marinoni:

Não é possível confundir abuso do direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do art. 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa. Isto não significa, porém, que as hipóteses do art. 17

¹⁶⁹ Teori Albino Zavascki verbera: “Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência a abuso de direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 79

¹⁷⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 140.

possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa.¹⁷¹

Assim, carecendo de suporte jurídico, as teses perfilhadas pelo réu em suas peças processuais, seja por serem manifestamente contrárias à lei ou à jurisprudência dominante, seja por falta de provas para atestar o alegado, e quando forem invocadas de forma abusiva, restar-se-á diante de uma hipótese de abuso do direito de defesa, como lembra J. J. Calmon de Passos:

A defesa carece de consistência quando são inconsistentes as alegações de fato ou de direito, isto é, revelam-se incapazes de tomar o fato controvertido (objeto de prova), ou representativa, em matéria de direito, daquele erro inescusável a que já nos referimos.¹⁷²

Por isso que Rui Barbosa, em meados da segunda década do século passado, com toda sua maestria, já ensinava que somente no processo penal se pode admitir o manejo de defesa para as causas mais infames, cruéis:

Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova: e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-lo no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas.¹⁷³

Enquanto isso, e como dito acima, o manifesto propósito protelatório do réu termina por ser mais amplo, devendo-se enquadrar nessas hipóteses todas as situações ou condutas da parte demandada que acabem por retardar o andamento do feito, tais como a devolução atrasada dos autos retirados de secretaria, a interposição de recursos manifestamente inadmissíveis (às vezes até de forma reiterada, como ocorre com os embargos declaratórios), contrários à jurisprudência pacificada, a ocultação de dados e provas importantes ao desenvolvimento célere da demanda etc. Em todos esses casos e inúmeros outros, a justiça termina ocorrendo tardiamente.

Em tópico específico sobre o manifesto propósito protelatório do réu, J. J. Calmon de Passos acentua:

Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática. O intuito protelatório objetiva

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 194-195.

¹⁷² PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 45.

¹⁷³ BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 44.

retardar a conclusão do feito, por se tratar inconveniente essa conclusão para quem tente dilata-la no tempo.¹⁷⁴

Com efeito, resta evidente que é mediante a análise do modo de atuação da parte em juízo que o julgador terá ou não elementos para reprimir as condutas do réu, o que não quer dizer que todo ato reprovável do réu seja suficiente para a caracterização do manifesto propósito protelatório, devendo o magistrado basear-se pelo conjunto de suas atitudes, evitando-se assim punições injustas, até mesmo porque esse não foi o intuito do legislador.¹⁷⁵

4.5.3 A antecipação da tutela relativa à parcela incontroversa da demanda

A onda reformista do estatuto processual civil, especialmente pela Lei n. 10.444/2002, cuidou de acrescentar ainda o §6º, ao art. 273, que veio a dispor que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Referida inovação, não se pode olvidar, sofreu considerável influência de trabalhos doutrinários, densos e contundentes, da lavra de Luiz Guilherme Marinoni, Athos Gusmão Carneiro, Nelson Nery Junior e Rogéria Dotti Doria¹⁷⁶, que já antes da previsão legal defendiam a necessidade de um dispositivo sobre o assunto, que viria a cumprir ainda mais com o intuito da tutela antecipada, qual seja o de garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

A hipótese de antecipação da tutela em estudo tem cabimento quando um dos pedidos, ou existindo apenas um pedido, parte dele, tenha-se tornado no decorrer do processo incontroverso, ou não passível de discussão, de modo que o

¹⁷⁴ Idem, ibidem.

¹⁷⁵ Nessa esteira, leciona Napoleão Nunes Maia Filho: “Ademais, não será um ato isolado do réu que dará ao Juiz a convicção desse seu propósito, mas sim o somatório de atos que revelam a intenção do promovido de obstacular a solução do processo;” MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003, p. 141.

¹⁷⁶ O Professor Juvêncio Vasconcelos Viana é quem aponta essa conjugação de esforços doutrinários em favor da antecipação do pedido incontroverso: “Dizemos ‘nova’ porque, mesmo antes da alteração legislativa, sustentava-se a possibilidade, através da boa hermenêutica, mediante o combinar de normas preexistentes no Código, de antecipar-se efeitos relacionados com o pedido reputado incontroverso. Luiz Guilherme Marinoni vinha defendendo tal possibilidade mediante o emprego do art. 273, II, CPC. Suas idéias encontraram ressonância na doutrina (Athos Gusmão Carneiro, Nelson Nery Junior, Rogéria Dotti Doria).” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 116. J. J. Calmon de Passos lembra ainda outras raízes do §6º, do art. 273: “Na oportunidade das reformas de 1994, previu-se que, na ação de consignação em pagamento, quando alegada pelo réu a insuficiência do depósito, poderia ele de logo levantar o valor não controvertido, prosseguindo o feito quanto à parcela controvertida. Disposição inteligente e tecnicamente correta. Inexistindo controvérsia, não há por que procrastinar a satisfação do credor.” PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 67.

magistrado não necessita aguardar o desfecho das demais questões, essas sim ainda controvertidas, para proferir decisão que habilite a parte interessada de logo usufruí-la.

O avanço legislativo é notório, porquanto é de um todo irrazoável que o jurisdicionado somente pudesse gozar da tutela judicial após a solução de toda a causa, se parte dela já dispõe de elementos suficientes para o pronunciamento do magistrado. Se a tutela pode ser prestada de maneira mais rápida e com a mesma justiça, não haverá porque se postegar ainda mais a atuação judicial, sendo absolutamente conveniente a sua abreviação.

Há, ademais, uma nítida relação do preceptivo em estudo com o inc. LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 (Reforma do Judiciário)¹⁷⁷, visto tratar-se de hipótese em que razoavelmente o tempo para fruição do objeto litigioso não poderia ser outro, mas tão somente aquele necessário à conclusão do resultado justo à parte da demanda¹⁷⁸.

Se inexistem dúvidas da plausibilidade do mecanismo antecipatório em exame, importante conhecerem-se as situações em que o julgador estará diante de pedido, ou parcela deste, incontroverso. Para tanto, importa saber que a controvérsia, no interior de uma demanda de cunho contencioso, é praticamente natural, decorrendo até mesmo dos princípios inerentes ao processo (devido processo legal, contraditório e ampla defesa).

Basta, pois, que uma das partes litigantes não se conforme com as alegações contrárias e contra elas se insurja para que essa parcela da demanda se torne controversa, necessitando-se, muitas vezes, de instrumentos de prova para que o magistrado tenha condições de analisar qual delas está com razão, ou melhor, qual conduta possui amparo no ordenamento jurídico. Reside exatamente nessa fase, a de persecução de meios probatórios, um dos momentos mais cruciais do processo

¹⁷⁷ É o escólio do Min. Teori Albino Zavascki: “Diferentemente das demais hipóteses previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, cuja função é a de estabelecer condições de convivência entre o princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo eventualmente em colisão, a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição (introduzido pela EC n. 45/2004)”. ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 107-108

¹⁷⁸ Pelas importantes considerações de Luiz Guilherme Marinoni tem-se que: “o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo. Ou melhor: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 200.

contemporâneo, dado que o dispêndio temporal é enorme e, por vezes, chega até a comprometer a própria efetividade da tutela jurisdicional. Em trabalho singular sobre o tema, Rogéria Dotti Doria pondera:

Em suma, a controvérsia – que nada mais é que a situação decorrente da tomada de posições antagônicas pelas partes a respeito de determinado fato ou assunto – gera a necessidade de instrução e, conseqüentemente, de uma maior duração do processo civil. A conclusão acima deveria levar a uma outra, igualmente lógica: quanto menor fosse a controvérsia, menos tempo se faria necessária para o processo chegar ao seu final. Entretanto, nem sempre isso corresponde à verdade.¹⁷⁹

Pode-se afirmar, nesse início, que a controvérsia, na grande maioria dos casos, decorre basicamente de uma iniciativa da parte adversa. Todavia, nem só de conflito entre posicionamentos defendidos pelas partes aflora uma matéria controvertida, como é o caso das matérias de ordem pública (*ex vi* do art. 267, §3º, do CPC), que o magistrado pode conhecer a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de invocação do interessado, e que muitas vezes também estão passíveis de gerar controvérsia¹⁸⁰. Atentando especificamente para as hipóteses em que o julgador pode deparar-se com um pedido, ou parcela deste, incontroverso, Rogéria Dotti Doria¹⁸¹ revela ser possível tal ocorrência em basicamente duas situações, que, por evidente, infinitos casos podem enquadrar-se: quando da ausência de contestação e quando do reconhecimento parcial da pretensão do autor por parte do réu. Na primeira situação, de falta de contestação, encaixam-se as hipóteses em que a parte não apresenta impugnação específica sobre os fatos arrolados na peça vestibular (art. 302, CPC), questionando apenas parte do pedido autoral, como também os casos de confissão, ou seja, quando espontaneamente ou de forma provocada, o réu admite fatos

¹⁷⁹ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80. Ainda sobre o que se poderia considerar controvertido ou não dentro de uma demanda, o processualista alencarino Juvêncio Vasconcelos Viana, invoca a doutrina de Carnelutti: “A noção de ‘incontrovérsia’ de que fala o dispositivo poderá ser buscada nas clássicas lições de Carnelutti, para quem o fenômeno adviria exatamente da falta de uma afirmação contrária em relação a um fato alegado pelo autor. O autor vem e traz um ponto (fundamento); se o réu, em sua defesa, refuta tal ponto, esse torna-se controverso. Nasce aí uma questão.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 117.

¹⁸⁰ Apenas exemplificativamente: imagine-se a hipótese em que um cidadão qualquer ingressa com uma ação, na justiça estadual, contra uma concessionária de serviço público da União, sendo que, por se tratar de uma matéria extremamente repetitiva no foro local, o magistrado, embora não tenha havido contestação da concessionária (que levaria a revelia), sabe que a matéria enfocada na ação pode ser de interesse da Agência Reguladora competente, o que deslocaria a competência para a justiça federal, e que o Superior Tribunal de Justiça está na iminência de decidir, em sede de conflito de competência, qual órgão judiciário é competente para a análise da questão. Tem-se, pois, situação controvertida mesmo diante da inércia do réu, já que é bastante prudente que o magistrado aguarde a decisão do STJ para evitar que sua precipitada decisão venha posteriormente a ser reformada.

¹⁸¹ DORIA, Rogéria Dotti, ob. cit.

alegados pelo autor. Merece ser incluída ainda nessa classificação, os casos de falta de contestação séria (a *contestation serieuse* prevista no *Nouveau Code de Procédure Civile* francês), que estão suscetíveis de ocorrência quando a defesa somente assim se encontra formalmente, mas não materialmente¹⁸². Observe-se ainda que Rogéria Dotti Doria não inclui na espécie *supra* a revelia, invocando o seguinte fundamento:

Se por um lado, a não contestação autoriza a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o mesmo não ocorre em relação à revelia. São extremamente diferentes as posições do réu que não contesta os fatos e do réu que simplesmente não comparece em juízo. Há toda uma questão social por trás do não comparecimento do requerido, o que não ocorre em relação à não contestação. Em um país pobre e com baixo nível cultural como o Brasil, não é difícil imaginar que o réu pode não ir a juízo porque, dentre outras razões, não tem noção das conseqüências e sanções decorrentes de sua omissão. Isto sem falar naquele réu que não tem condições de contratar um advogado e sequer conhece o direito de ser assistido por um defensor público. [...] Por tudo isto, a revelia deve ser encarada de uma forma diferente da não contestação. Nesta, com toda a certeza, o réu não quis se manifesta sobre determinados fatos. Naquela, talvez tenha encontrado óbices para fazê-lo. [...] Assim, pode-se concluir que a revelia, por si só, não deve conduzir à presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor. Contudo, a revelia decorrente do comparecimento e ausência de contestação, ao contrário da primeira, demonstra verdadeiro descaso do réu e, conseqüentemente, pode e deve ser sancionada com a presunção.¹⁸³

Entrementes, o argumento utilizado pela processualista paranaense deve ser analisado com restrições, mesmo porque não só por razões sociais se apresentam casos de revelia, talvez nem mesmo seja a maioria, não podendo, ademais, o revel gozar de privilégio resultante de sua má índole processual, que outros litigantes, como o que restou silente apenas sobre um dado fato, regularmente não possuem. Em verdade, parece realmente que a revelia, conquanto haja a falta de contradição dos fatos invocados pela parte autora, não deva ser inclusa nas hipóteses de falta de contestação, pois a própria sistemática processual prevê o julgamento antecipado da lide quando de sua ocorrência (art. 330, inc. II, CPC), não havendo assim o que se falar de antecipação da tutela, até mesmo em consideração à efetividade do processo, posto desnecessário antecipar algo incontroverso se já existem elementos suficientes para o seu julgamento. A segunda situação elencada, de reconhecimento parcial da demanda por parte do réu, difere dos fenômenos processuais descritos anteriormente (não contestação, confissão e revelia), como já lembrava a clássica lição de Chiovenda:

¹⁸² Sobre o tema, o Min. Teori Albino Zavascki reflete que, “pode-se dar ao conceito de ‘pedido incontroverso’ um sentido ampliado, mais afinado com uma interpretação teleológica da norma: será considerado como incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 109.

¹⁸³ DORIA, Rogéria Dotti, ob. cit., p. 95-97.

O reconhecimento é a declaração do réu de que a demanda do autor é juridicamente fundada. Nisto se distingue da confissão, a qual se volve para os diversos fatos, não para a afirmação jurídica em seu complexo. A renúncia é a declaração do autor de que sua ação é infundada, e também ela difere da confissão, porque não reconhece nenhum fato afirmado pelo réu, senão que somente nega a consistência jurídica da ação¹⁸⁴.

Na realidade, o reconhecimento de parte dos pedidos ou de parcela de um, ao contrário do que ocorre nos casos de ausência de contestação, implica a própria procedência do pedido autoral, já que aqui se confirma o próprio direito da parte¹⁸⁵, enquanto que ali não, apenas os fatos é que são tidos como verdadeiros, dependendo ainda de que o ordenamento lhes dê guarida.

Estabelecidas essas premissas básicas sobre a antecipação da tutela referente à parcela incontroversa da demanda, oportuno enfrentar a questão mais delicada sobre o assunto, especialmente por não se encontrar ainda pacificada no âmbito da doutrina processual especializada, a saber, a real natureza jurídica do §6º, do art. 273, do CPC. Ou seja se se trata propriamente de julgamento parcial antecipado da lide ou se efetivamente de antecipação da tutela, como levantado por Cássio Scarpinella Bueno:

A grande verdade, no entanto, é que o novo dispositivo acabou deixando uma grande margem de dúvidas a respeito de sua interpretação, porque não é claro se ele realmente trata de mais um 'tipo' de tutela antecipada, ao lado das duas situações descritas nos incisos I ('tutela antecipada de urgência' é um nome que bem descreve o fenômeno) e II do art. 273 ('tutela antecipada punitiva' é um bom nome para a figura) ou se, diferentemente, o parágrafo trata de uma figura próxima à antecipação da tutela, mas que com ela não se confunde, algo mais próximo àquilo que o CPC chama de julgamento antecipado da lide e que, pela lógica do próprio §6º, bem pode ser chamado de 'tutela antecipada para julgamento antecipado parcial da lide'.¹⁸⁶

Não parece que o §6º tenha caído de pára-quadras no art. 273, do CPC. O legislador ordinário, ao introduzi-lo no contexto da tutela antecipada, quis vinculá-lo, sim, aos pressupostos gerais da tutela antecipada, ao contrário do que muitos autores renomados entendem.

¹⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

¹⁸⁵ Observe-se que apenas os direitos disponíveis estão passíveis de serem reconhecidos pelas partes, de modo que os indisponíveis encontram-se numa outra esfera, que depende de investigação judicial. Cf. ainda DORIA, Rogéria Dotti, ob. cit., p. 107-108.

¹⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., 2004, p. 46.

A doutrina majoritária¹⁸⁷ sobre o tema é discrepante do afirmado acima, isto porque se tem considerado que a figura em estudo seria na realidade uma espécie de sentença antecipada, dado o fato de que para se chegar à parcela incontroversa da demanda, o magistrado teria exercido um juízo de cognição exauriente (plano vertical), de modo que não estava autorizado a modificar esse seu convencimento numa eventual futura sentença, nem mesmo precisaria ratificar esse entendimento no ato final do feito.

Nessa esteira, contrário ao que se busca agasalho, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano della

¹⁸⁷ Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Jr., em obra conjunta: “A mais importante observação que se deve fazer sobre o novo §6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas sim de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada. Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado.” JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2003, p. 72. J. J. Calmon de Passos: “A espécie é manifestamente de julgamento da procedência desse pedido, jamais se podendo falar em interesse de recorrer por parte de quem confessou ou reconheceu, salvo se para invalidar essa confissão ou reconhecimento. [...] Não recorrida a decisão que assim o entendeu, transita em julgado. E se inadmissível o recurso, o mesmo ocorre. Daí sustentar que, na hipótese do §6º, já que admitida a credibilidade, não se antecipa, sim defere-se em caráter definitivo, tal como se dá na ação consignatória.” PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 71. Rogéria Dotti Doria: “Porém, a revogabilidade da tutela antecipatória é tão-somente a regra geral, a qual, como toda norma genérica, comporta algumas exceções. Nos casos há pouco analisados, em que a tutela antecipada é concedida com base no desaparecimento da controvérsia (tal como ocorre em relação à não contestação, ao reconhecimento parcial do pedido e ainda ao julgamento dos pedidos cumulados) a antecipação não tem por base a cognição sumária. Nestas hipóteses, a tutela antecipatória é concedida com base em uma cognição exauriente, pois a lide é conhecida em toda a sua profundidade.” DORIA, Rogéria Dotti, ob. cit., p. 131. Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha: “Sendo a cognição exauriente não há como se aplicar o disposto no §4.º do art. 273 do CPC, não sendo possível ao juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar sua decisão. É que, diante da incontrovérsia e da decisão nela fundada, não sobeja mais cognição a ser feita em torno dos fatos ou de suas conseqüências jurídicas.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O §6.º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado da lide. *Revista dialética de Direito Processual* (RDDP), v. 1. São Paulo: Oliveira Rocha, 2003, p. 122. E, ainda, Cássio Scarpinella Bueno: “A meu ver, o §6º do art. 273 cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada. É como se, naqueles casos em que ele tem aplicação, houvesse uma verdadeira cisão de pedidos, de parte dele ou de pedidos cumulados, uma, para usar expressão consagrada, verdadeira ‘descomulação, parcial ou total, de ações’ (de pretensões ou de pedidos, isto importa menos). O que já é passível de julgamento deve ser julgado; o que não é não se julga ainda, abrindo-se, por isso mesmo, a fase instrutória do procedimento. Dessa premissa é que deve derivar toda a interpretação do dispositivo. É o julgamento antecipado parcial da lide. É disso que trata o §6º do art. 273. [...] O que não há como duvidar é que esse ato do juiz julga a lide – e a julga com cognição exauriente –, e seja para acolhê-la ou para rejeitá-la, tem aptidão para fazer coisa julgada. [...] Desnecessária, destarte, sua ‘confirmação’, da mesma forma que é vedada sua ‘revogação ou modificação’ nos moldes do art. 273, §4º. O que é objeto de julgamento por força do art. 273, §6º, já foi julgado, não precisa – e nem pode, a bem da verdade – ser rejuizado.” BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 47 e 55.

unità e unicità della decisione. Esse princípio, elaborado, há muito tempo, não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para julgamento, seja porque diz respeito apenas à matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da della unità e unicità della decisione. A tutela antecipatória, neste caso, estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente.¹⁸⁸

Na mesma linha do assaz citado processualista paranaense, Sérgio Cruz

Arenhart:

De todo modo, porém, talvez a alteração tenha ficado aquém do que se desejava. Isto porque, a rigor, a figura de que aqui se trata não configura verdadeira antecipação de tutela, mas sim cisão do julgamento final da causa, que a partir de agora pode ocorrer em vários momentos no curso do processo. De fato, o instituto em comento não é modalidade de antecipação de tutela, já que não é fundado em verossimilhança (mas sim em certeza), nem assenta-se na premissa da instabilidade (típica do regime de satisfação provisória, ou seja, da tutela antecipatória). Na realidade, a figura tratada pelo §6.º do art. 273 representa hipótese de decisão final de parte da causa, fundada em cognição exauriente e com conteúdo idêntico ao da sentença (mas apenas parcial).¹⁸⁹

Além disso, mas ainda por conta do exercício da suposta cognição exauriente, entende a maior parte da literatura jurídica que o julgador também não necessitaria atentar para a norma escrita no §2º, do art. 273, do CPC, que impede a concessão da tutela antecipada quando tiver caráter de irreversibilidade.

Com a devida vênia, a sistemática processual não pode, nem merece sofrer desvirtuamento em virtude de uma única alteração legislativa, que sequer tratou de possibilitar o julgamento parcial da demanda, tampouco classificou a figura do §6º, do art. 273, de irreversível. Ao revés, fez tudo de maneira diversa, ou seja, inseriu-a no rol das situações de tutela antecipada (art. 273) e ainda ponderou a possibilidade da “tutela antecipada” ser revogada ou modificada a qualquer tempo (§4º, art. 273), sem diferenciar quais espécies de tutela antecipada poderiam sofrer alteração.

Demais disso, é básico nos estudos da tutela antecipada o seu caráter de provisoriedade, decorrente de um juízo de cognição sumária, o que lhe permite sofrer modificações a qualquer tempo. Logo, não se pode admitir que, ao mesmo tempo, se reconheça a hipótese do §6º, do art. 273, como sendo de tutela antecipada e não se

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 203.

¹⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2002, p. 283.

permita alterá-la em momento subsequente. Também não há como se imprimir ao mesmo dispositivo vestes de um julgamento parcial do feito, muito menos em razão da unicidade de julgamento do que em face de que referida manifestação jurisdicional dever-se-ia dar mediante sentença, não havendo como se compatibilizar tal situação na sistemática atual.

Não se sustenta ainda o argumento de que a decisão baseada no §6º, do art. 273, estaria apta a fazer coisa julgada material (sendo desnecessária sua confirmação pela sentença que viesse a julgar o restante controverso da demanda).

Para soterrar esse argumento, basta citar-se um exemplo prático e plenamente possível de ocorrência nas lides forenses: um policial militar da ativa ingressa com um mandado de segurança em face do Comandante-Geral da PM, que, ao tempo do protocolo da ação, gozava de prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça estadual, a qual teria ocorrido através de uma lei estadual, pleiteando a incorporação de determinada vantagem salarial e a promoção funcional. Quando das informações, a autoridade coatora cinge-se a rebater apenas o segundo pedido, tornando o primeiro incontroverso. O Desembargador relator, sabendo da existência do §6º, do art. 273, antecipa a tutela no ponto indiscutível da demanda, restando ainda a análise da viabilidade do restante do pedido. Poucos dias depois, o Tribunal de Justiça, por sua composição plenária, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, reconhece a inconstitucionalidade da lei estadual que outorgou a prerrogativa de foro ao impetrado.

No caso citado, é impossível advogar a tese de que a tutela antecipada da parte incontroversa da demanda, mesmo após o resultado do julgamento da ADIn, deve permanecer vigorando, visto que o prolator da decisão não possuía competência para processar e julgar o feito, e até mesmo pela regra de que as decisões nas ADIn's produzem efeitos contra todos (*erga omnes*), alcançando atos pretéritos (*ex tunc*).

O mesmo pode ocorrer, em inúmeros outros casos nos quais, mesmo após a concessão da tutela antecipada com base no §6º, do art. 273, posteriormente, o órgão julgante se pode dar conta da falta das condições da ação, de ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do feito, de litispendência, de coisa julgada etc., de forma que na sentença de extinção do feito é plenamente possível

a alteração do conteúdo da tutela antecipada, que não pode ficar imune a essas graves situações¹⁹⁰.

Observe-se ainda que a alteração desse pronunciamento judicial provisório, nas hipóteses descritas acima, independe de interposição recursal oportuna¹⁹¹, notadamente por se tratar de questões de ordem pública, que assim estariam aptas a desconstituir a decisão provisória. Resta, assim, evidente que a tutela antecipada da parcela incontroversa da demanda, ainda quando não impugnada a tempo, via agravo retido ou de instrumento, não faz coisa julgada material, pois se faz imprescindível a sua ratificação posterior na sentença. A posição ora em destaque, não é isolada¹⁹², o que permitiu o exame do assunto com maior afincamento. Cândido Rangel Dinamarco, analisando a questão sob o prisma em que inserida no CPC, obtempera que:

Na visível intenção do legislador, essa antecipação ainda não constitui um julgamento de mérito: no prosseguimento do processo, chegando o momento de sentenciar, o juiz julgará não só o pedido que dependeu de prova como também esse que, por não precisar de prova alguma, já fora objeto de antecipação (na sentença de mérito haverá portanto dois capítulos autônomos, um relacionado com o primeiro dos pedidos e outro, decidindo sobre os demais pedidos). A medida antecipatória é uma decisão interlocutória e não sentença, não ficando excluído, ainda que isso seja pouco provável, que afinal a sentença de mérito (única), ao decidir sobre todos os pedidos cumulados, venha a julgar improcedente a pretensão que fora objeto de antecipação.¹⁹³

¹⁹⁰ Sérgio Cruz Arenhart difere as situações de reconhecimento do pedido das de não contestação, assim lecionando: “Respeitados, porém, os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, a aceitação aqui cogitada faz surgir o ato jurídico perfeito, que se mostra estável ainda diante de eventual sentença ulterior de extinção ou de improcedência do pedido do autor, já que ali se está diante de ato de disposição (negócio jurídico processual), que se torna autônomo em relação ao processo em que ocorre. Por fim, deve-se recordar que o raciocínio aqui desenvolvido apenas tem aplicação para as hipóteses de ausência de controvérsia decorrente de aceitação (expressa ou tácita) do pedido (ou de parte dele) manifestado pelo autor (hipótese tratada sob item a, anteriormente). O mesmo não se aplica aos casos de falta de controvérsia fundada em fatos incontroversos (revelia, admissão, confissão etc.) já que aqui o réu não aceita o pedido manifestado pelo autor, mas apenas a certeza dos fatos que dão base a tal pretensão.” ARENHART, Sérgio Cruz, ob. cit., p. 285.

¹⁹¹ Agravo de instrumento ou agravo retido, que, com a Lei n. 11.187/2005, passou a ser a regra da recorribilidade das decisões interlocutórias. ROCHA LIMA, Tiago Asfor, ob. cit., 2006, p. 113-118.

¹⁹² Ciente das dificuldades em considerar a figura do §6º, do art. 273, como sendo caso de julgamento parcial do pedido, o Min. Athos Gusmão Carneiro registra: “Diante de tais percalços, a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas, será admitir a AT das parcelas ou do(s) pedido(s) não contestados, em decisão que será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.” CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 60. No mesmo teor, o Min. Teori Albino Zavascki: “Assim considerada a natureza da tutela antecipada em face de pedido incontroverso, a ela se aplica, em princípio, o regime geral de Processo Civil: (a) depende de ‘requerimento da parte’ (caput); (b) a decisão do juiz deve ser fundamentada ‘de modo claro e preciso’ (§1º); e (c) ‘poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo’ (§4º), pois (d) terá caráter provisório até a sobrevinda do ‘final julgamento do processo (§5º).” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 112.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 68.

Defendendo ainda que o §6º, do art. 273, não é caso de julgamento antecipado de parte do pedido, encontra-se o escólio de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

O nosso sistema não admite, em casos assim, que haja duas sentenças. Explicamos: de fato, a circunstância de o processo estar maduro com relação a uma parte do pedido ou a um dos pedidos não sensibilizou o legislador a ponto de este permitir que haja julgamento definitivo quanto àquela parte do objeto posto sob sua apreciação, em primeiro lugar. Talvez isto porque o juiz, se a regra fosse outra, uma vez havendo decidido definitivamente (por sentença, ainda que sujeita a recurso) parte da lide ou uma das lides, tendo, posteriormente, constatado que, por exemplo, a parte é ilegítima (e o seria para os dois pedidos!), não poderia voltar atrás e proferir outra sentença, relativamente à parte da lide que estava madura, porque já haveria, a respeito, preclusão consumativa *pro judicato*.¹⁹⁴

Dante as considerações acima, colhe-se que o tema da tutela antecipada relativa à parte incontroversa da demanda, fruto de introdução pela Lei n. 10.444/2002 e que veio a positivar um antigo anseio da doutrina, ainda encontra-se em vias de assentamento doutrinário, notadamente no que tange à sua natureza jurídica, o que acaba trazendo reflexos imediatos em outras questões também de alta importância, como se viu acima. Contudo, não se pode invocar a instabilidade dos entendimentos doutrinários como argumento para a inaplicabilidade do referido dispositivo, que tem enorme relevância para a materialização da tão sonhada justiça plena e tempestiva.

4.6 As tutelas específicas dos arts. 461 e 461-A, do CPC

As denominadas “tutelas específicas” se referem às ações em que se busca a prestação de obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, nas quais também o legislador facultou a antecipação dos efeitos da tutela diante da relevância da fundamentação e risco de ineficácia do provimento final, vide arts. 461 e 461-A, do CPC¹⁹⁵. São, destarte, outras situações legais de cabimento de tutela antecipada.

¹⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3. ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 171-172.

¹⁹⁵ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Ainda sobre o conceito de tutelas específicas, muito se tem falado ser o espécime de provimento jurisdicional que confere ao consumidor efetivamente aquilo que deveria ter alcançado independentemente da atuação do Poder Judiciário.¹⁹⁶ Como poucos processualistas, o Min. Teori Albino Zavascki relata:

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação in natura. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo a que fazia jus, há prestação de tutela jurisdicional específica.¹⁹⁷

Importa recordar que as tutelas específicas do Código de Processo Civil são aprimoramentos de outros mandamentos legais originariamente espalhados na legislação pátria (art. 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 84, do Código de Defesa do Consumidor; art. 62, da Lei Antitruste; e art. 11, da Lei da Ação Civil Pública)¹⁹⁸.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

¹⁹⁶ Ada Pellegrini Grinover define como um “conjunto de remédios e providências que visam dar especificamente aquilo que a parte tem direito”. GRINOVER, Ada Pellegrini apud VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 247.

¹⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 154.

¹⁹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 50.

O grande salto que se alcançou na sistemática processual civil com a remodelagem das tutelas específicas do art. 461, CPC, foi a definitiva feição executiva, *lato sensu*, que as sentenças assumiram nessas espécies de ação judicial, não mais se questionando sobre de que maneira devem ser cumpridas as obrigações ordenadas no interior de tais ações. Seria até incompatível com a natureza das referidas demandas que se requisitasse uma outra ação para fins de execução dos seus mandamentos judiciais, ignorando-se por completo a própria efetividade do processo, que requer o mínimo de atos processuais, no menor espaço de tempo, até se chegar ao objetivo-fim do processo.¹⁹⁹

Nas hipóteses das tutelas específicas se enquadram as atualmente bastante comentadas “tutela inibitória”, “tutela de remoção de ilícito” e “tutela de adimplemento obrigacional”²⁰⁰, que nada mais são do que termos conferidos a uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Tratam-se de prestações positivas ou negativas que o autor da ação postula em desfavor do réu, que ou já está descumprindo a obrigação assumida ou está na iminência de não cumpri-la. Obrigação esta que pode ser de abstinência de uma conduta contrária à ordem jurídica (não fazer), ou mesmo de necessidade de realização de um ato de competência e responsabilidade de uma das partes (fazer).

São inúmeras as situações passíveis de serem tuteladas pelas hipóteses do art. 461, CPC. Como exemplo, tem-se o caso de um comercial televisivo que vem a afrontar as regras do direito da concorrência, hipótese em que o concorrente lesionado poderá acionar a justiça para fins de suspensão da veiculação da sobredita propaganda, o que poderá ter efeitos imediatos, dada a possibilidade de acolhimento *in limine* do pedido do autor (art. 461, §3º, CPC). O interessante nessas tutelas específicas, e que se tem utilizado inclusive para as medidas de urgência em geral, é a possibilidade do

¹⁹⁹ Teori Albino Zavascki relata com acuidade a evolução do instrumento das tutelas específicas, para ao fim concluir que possuem natureza de ação executiva *lato sensu*, característica esta que veio a ser pacificada com a Lei n. 10.444, de 2002. ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 161-168.

²⁰⁰ Linguagem demais utilizada pelo ilustre processualista Luiz Guilherme Marinoni para quem a “tutela de remoção do ilícito visa a remover ou eliminar o próprio ilícito, vale dizer, a causa do dano; ela não visa a ressarcir o prejudicado pelo dano”, enquanto que para a tutela ressarcitória “não basta restabelecer a situação que era anterior ao dano, sendo necessário estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido”. O mesmo autor ainda aponta a tutela do adimplemento obrigacional como sendo aquela que “tem por escopo satisfazer o direito de crédito, nada tendo a ver com o dano e, portanto, com a responsabilidade ocasionada pela ausência da prestação.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 104-118.

magistrado utilizar-se de meios em prol da efetivação da tutela perseguida pela parte, dentre as quais se encontram as astreintes (multas)²⁰¹, que servem, juntamente com outras medidas, de impulso ao cumprimento da determinação judicial.

Lembre-se que pelo §4º, do art. 461, CPC, não mais se faz necessário que o beneficiário da tutela específica postule a imposição desta medida coercitiva, podendo o julgador *ex officio* tomar a iniciativa de fixar multa diária pelo descumprimento da determinação judicial, inexistindo inclusive limites legais quanto ao valor a ser estabelecido, estando a depender do juízo de razoabilidade e proporcionalidade do órgão judicante²⁰².

Existe assim, com essas medidas coercitivas (§4º e §5º, do art. 461, CPC), uma enorme probabilidade de que se alcance efetivamente o resultado prático, objeto da lide, ficando para derradeira hipótese a conversão da obrigação em perdas e danos, vide art. 461, §1º, CPC.

Têm, portanto, grande relevância os parágrafos do art. 461 ao conferirem ao julgador meios de tornar a prestação jurisdicional mais célere e apta à produção de resultados, encaixando-se com perfeição no instituto da tutela antecipada que depende, em muitas ocasiões, de medidas dessa natureza para que a decisão judicial traga efeitos realmente práticos, não ficando só no papel.

Nada obstante a presença desses instrumentos que têm por finalidade fazer com que as decisões judiciais sejam cumpridas, sabe-se que o ideal seria que as determinações emanadas do Poder Judiciário, por si só, e independente de qualquer medida coercitiva, fossem levadas a sério pela sociedade, já que inseridas num Estado de Direito. Contudo, num país em que a recalcitrância é considerável, a presença de tais

²⁰¹ Sobre as multas como instrumento de coerção contra o devedor da obrigação positiva (fazer) ou negativa (não fazer), Juvêncio Vasconcelos Viana assaca: “Feita certa determinação em face do réu, é preciso o uso de um ‘contra-estímulo’, capaz de gerar o cumprimento daquela, abstenção total do réu.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 254-255.

²⁰² Thereza Alvim: “Suficiente ou compatível diz a lei, logo quer dizer o suficiente ou compatível com a obrigação. Todavia, essa suficiência ou compatibilidade nada mais é do que a adequação, ou seja, que haja a possibilidade, com a fixação da multa, de a obrigação vir a ser cumprida, de acordo com a visão do juiz da causa. Na concreção desse conceito vago não está o juiz adstrito ao valor da obrigação ou a qualquer limite, objetivando, exclusivamente a adequação para obtenção da tutela específica, podendo, ainda cumula-la com medidas de apoio, ou quando do processo de execução, com perdas e danos (pelo não cumprimento da obrigação, atrasado, desde que pedidas).” ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do código de processo civil. *Revista de processo*, n. 80. São Paulo: RT, p. 109, out./dez. 1995.

técnicas termina mostrando-se necessária até mesmo para a observância dos comandos judiciais. Adaptando-se à realidade pretérita, Eduardo J. Couture já alertava:

*En último término la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente.*²⁰³

Denota-se ainda que as tutelas específicas ora comentadas nada mais são do que maneiras próprias de provimento antecipado em matéria obrigacional, sendo-lhes aplicáveis ainda as regras do art. 273, CPC, não incluídas no art. 461, tal como a possibilidade de antecipação da tutela em face de conduta procrastinatória ou abuso do direito por parte do réu.

Em verdade, o art. 273 deve ser interpretado conjuntamente com o art. 461, é tanto que o próprio §3º, daquele dispositivo legal, remete a efetivação da tutela antecipada às regras deste, ao passo em que o art. 461 dispõe de mandamentos praticamente idênticos aos do art. 273. Demais disso, o §3º, do art. 461, expressamente, trata da possibilidade de deferimento da tutela específica liminarmente ou após a oitiva do réu, ou seja, antes da sentença, o que importa na fruição antecipada do mérito da questão²⁰⁴.

Não há, portanto, como afastar as tutelas específicas do rol dos provimentos antecipados²⁰⁵.

Vale lembrar ainda que a Lei n. 10.444/2002 veio a incluir o art. 461-A, no CPC, estendendo o procedimento das tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer para as obrigações de entrega de coisa, oportunizando-se assim ao credor de tal prestação meios adequados e mais eficientes de adimplemento da obrigação por parte do devedor.

²⁰³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. reimpresión. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2005, p. 395.

²⁰⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, o “parágrafo que institui a antecipação de tutela relativa às obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa reproduz substancialmente as regras impostas com caráter de mais generalidade pelo art. 273.” DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 93

²⁰⁵ Corroborando com tal assertiva, o Min. Teori Albino Zavascki já apontava que o “regime da antecipação da tutela no procedimento comum é aplicável, com efeito, de um modo geral, na lacuna do dispositivo específico.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2005, p. 173.

4.7 O provimento irreversível e o princípio da proporcionalidade

Outra questão que merece destaque diz respeito ao estabelecido no §2º, do art. 273, CPC, o qual aduz que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. O indigitado enunciado merece relativizações²⁰⁶, como será demonstrado avante.

Antes de demonstrar-se de que maneira deve ser interpretado o preceptivo legal em comento, válido atentar para o fato de que a irreversibilidade a que alude o §2º, do art. 273, CPC, não é do provimento, já que este pode ser revogado a qualquer tempo (ex vi do §4º, do art. 273), mas sim dos efeitos práticos da decisão de cunho provisório, que devem ser possíveis de retorno ao *status quo ante*²⁰⁷.

Também não se pode descurar de que a norma que impõe a reversibilidade do provimento antecipado leva em consideração a própria natureza da decisão, a qual decorre do exercício de um juízo de cognição sumária e não exauriente, em que ainda há margem para que ao final a outra parte venha a ser beneficiada pela decisão final de mérito, que deve estar plenamente apta a ser efetivada, pena de desrespeito ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Não se deve tornar absoluta a norma de que a tutela antecipada não será concedida quando o provimento for irreversível, visto que em determinadas circunstâncias o bem jurídico a ser protegido através da prestação jurisdicional tem uma relevância tal que merece a antecipação dos efeitos da tutela, conquanto irreversível. Para o balizamento dessa questão impende o conhecimento do princípio da proporcionalidade, cujos aspectos intrínsecos, alhures já se delinearam, inclusive para fins de compatibilização entre diversos princípios do processo inseridos na Constituição.

²⁰⁶ Para o Min. Teori Albino Zavascki “a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da tutela antecipada.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2005. Cf. ainda VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 196.

²⁰⁷ Vide os ensinamentos de VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 195, de ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 100-101, de MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 223 e de CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 71. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também há expressa observação à exegese do dispositivo comentado: “Quando o § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento.” (REsp 737.047/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.02.2006, DJ 13.03.2006 p. 321).

Atuando, pois, através do balanceamento dos valores envolvidos na lide, o julgador deve nortear-se pelo princípio da proporcionalidade, em suas três subespécies (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a fim de deferir ou não a antecipação de tutela, ainda quando irreversível, verificando se o bem perseguido com a medida urgente merece maior proteção do que o outro a que pode fazer *jus* a parte contrária²⁰⁸.

Tomando-se essas considerações, tem-se que o preceptivo em comento, dependendo da situação versada, deve ser relativizado, possibilitando-se assim a antecipação da tutela mesmo quando impossibilitada a sua reversão. Seria o caso, *exempli gratia*, de uma Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por um ente do Poder Público, visando impedir a veiculação de propaganda comercial de um produto qualquer, nas vésperas do Natal, pelo fato do produto possuir alta periculosidade aos consumidores.

Evidente que o comercial foi elaborado para o período Natalino, em que as compras aumentam vertiginosamente, e caso deferida a tutela antecipada, ela será irreversível. Ter-se-ão, de conseguinte, em “xeque” dois valores, a vida dos possíveis consumidores e a livre atividade comercial de uma empresa.

Nesses casos, estará apto o magistrado a antecipar os efeitos da tutela mesmo que não possa ser revertida, pois o valor “vida” é infinitamente mais importante que o “livre exercício das atividades mercantis”.

Noutro exemplo comumente referido, em que o julgador deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, J. E. Carreira Alvim propõe:

Muitas vezes, estará o juiz diante de uma situação de extrema dúvida: ou concede a antecipação da tutela, determinando a imediata internação da vítima, pessoa pobre, em estado crítico de saúde, à conta de que a atropelou, ou não

²⁰⁸ Pontua com acerto Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 235-236): “É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. [...] já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior.” Para Juvêncio Vasconcelos Viana somente “atento à noção de proporcionalidade, cotejando os interesses em conflito, o julgador, no caso concreto, poderá vir a antecipar efeitos irreversíveis em prol daquele interesse que traduza valor mais elevado.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 196. LUCON, Paulo Henrique dos Santos defende o mesmo posicionamento: “Se a denegação da tutela antecipada puder provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito superior àquele suportado pelo réu no caso de eventual concessão, a antecipação dos efeitos do provimento de mérito deve ocorrer.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 268.

terá oportunidade de fazê-lo mais tarde. Em tal hipótese, deve orientar-se pelo princípio da proporcionalidade, em que, no conflito entre dois bens jurídicos, deve o juiz outorgar a tutela para evitar que o bem maior (vida) seja sacrificado ao menor (patrimônio), segundo uma escala racional de valores. Assim, entre a vida do atropelado e o patrimônio do atropelador, a preservação daquela deve preferir à incolumidade deste.²⁰⁹

Ademais, nas hipóteses em que a tutela antecipada possuir a natureza de irreversível, ou seja, quando a concessão do pedido antecipatório implicar impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, é aconselhável que condicione a outorga do provimento à prestação de uma garantia à parte adversa, v.g., uma caução real ou fidejussória²¹⁰, aplicando-se assim de maneira analógica a previsão contida no art. 804, CPC, que cuida das liminares nas ações cautelares.

A caução, na qualidade de condicionante da tutela antecipada, servirá de segurança para que a parte sacrificada pelo provimento provisório possa ter meios de ser ressarcida, se não totalmente, pelo menos parcialmente, dos danos que eventualmente a antecipação da tutela possa lhe causar.

Não prospera o argumento contrário à prestação de caução, segundo o qual o legislador, no âmbito da tutela antecipada dos arts. 273 e 461, não condicionou o deferimento de tal modalidade de provimento à existência de um juízo seguro (caucionado) pela parte beneficiária. A impropriedade do citado argumento se dá pelo fato de não ser de agora o posicionamento em prol de uma interpretação sistemática das normas processuais e dos próprios princípios constitucionais, que não mais se

²⁰⁹ ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 162-163. Cândido Rangel Dinamarco, com sua habitual propriedade, revela: “Todo o sistema de medidas urgentes apóia-se na conveniência de distribuir riscos. Por isso, em casos extremos e particularmente graves os juízes antecipam a tutela jurisdicional apesar da situação de irreversibilidade que possam criar, porque a negativa poderia permitir a consumação de situações irremediáveis a dano do autor. DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 66. Essa flexibilização se legitima tanto mais, quanto mais elevados forem os valores a preservar e, portanto mais graves forem os riscos a que estiver exposto o demandante.” Analisando caso praticamente idêntico ao aludido por J. E. Carreira Alvim, o STJ assim se manifestou: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (REsp 417.005/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25.11.2002, DJ 19.12.2002 p. 368)

²¹⁰ Preleciona J. J. Calmon de Passos: “Se a caução for idônea para afastar a irreversibilidade, prestá-la significa eliminar risco, conseqüentemente afastar o obstáculo à admissibilidade da antecipação.” PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 53. Ainda sobre o tema, Juvêncio Vasconcelos Viana defende que a “possibilidade de tomada de cauções pelo julgador, no plano da tutela antecipada, aparece como um salutar mecanismo de segurança, capaz de resguardar o requisito da reversibilidade que no caso se impõe.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 197.

compadem com exegeses literais e desprovidas de bom senso (razoabilidade) por parte do operador do direito.

Não interessa saber se a carência de norma específica sobre a caução, nos dispositivos referentes à tutela antecipada, foi proposital ou não. O que importa é ser a técnica corrente nas ações cautelares, nas quais as decisões possuem lastro em questões similares, ou seja, no exercício de um juízo de cognição sumária, quando ainda não se possui certeza absoluta da parte com a qual está o direito. E mais, com a Lei n. 10.444/2002, o §3º, do art. 273, mandou aplicar as regras da execução provisória do art. 588 (atual art. 475-O²¹¹), em que se fala da possibilidade de prestação de caução.

Sendo assim, tanto nas medidas liminares em sede de ações cautelares, como nas hipóteses de tutela antecipada, as cauções se prestam à mesma finalidade, daí o fundamento para que sejam invocadas pelos julgadores quando da concessão de um provimento antecipado, especialmente quando diante de uma situação passível de irreversibilidade. Fica ainda a critério do magistrado ponderar o valor a ser caucionado, devendo ter-se como parâmetro, se é que existente, o bem jurídico de natureza patrimonial envolvido na questão. Em se tratando de bem de natureza extrapatrimonial, no qual se dificulta, quando não se impossibilita, a avaliação pecuniária, caberá ao juiz discricionariamente fixar *quantum* considerável, que não implique desprezo ao bem jurídico tutelado²¹².

Com esta solução, preserva-se fundamentalmente a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, que deve ser estabelecida não somente em favor do autor da demanda, mas também levando em consideração a posição do demandado, o qual não pode vir a ser prejudicado por um mandamento judicial precipitado e que, ao final da lide, se reconheça a sua inadequação, por qualquer razão que seja.

Inegável, assim, a admissibilidade de que sejam antecipados os efeitos da tutela mesmo em casos de irreversibilidade, embora esta não seja a regra, devendo-se sempre ter por parâmetro a ponderação dos valores em conflito e, quando possível,

²¹¹ Vide comentários ao item 4.11 desta pesquisa.

²¹² Orestes Nestor de Souza Laspro defende o préstimo de caução exatamente para ressarcir os possíveis prejuízos da parte lesada pela decisão provisória, entendendo que, caso o magistrado não determine que seja prestada tal garantia, por omissão, ou mesmo por impossibilidade da parte, deve o Estado responder pelos prejuízos sofridos pelo jurisdicionado. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. Devido processo legal e antecipação dos efeitos da tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), ob. cit., 2005, p. 273.

privilegiar um deles, sem menosprezar por completo o outro, propiciando assim o mais alto grau de eficiência e utilidade da prestação jurisdicional sob o ângulo do autor e do réu²¹³.

4.8 A tutela antecipada em face do Poder Público

O tema em foco (antecipação de tutela em face da Fazenda Pública), mesmo já tendo sido objeto de estudos variados e de profundidade indiscutível, ainda é questão extremamente tormentosa no âmbito doutrinário e na praxis forense, que tem enorme dificuldade de materializar determinados institutos de direito processual quando no pólo passivo se encontra a Fazenda Pública e os entes a ela equiparados²¹⁴ e, por conseguinte, que gozem de suas mesmas prerrogativas²¹⁵.

²¹³ Parece, portanto, que não se pode temer, em muitas situações, os riscos da irreversibilidade do provimento antecipatório, seja por conta do §2º, do art. 273, tampouco sob o argumento de que no Brasil os juízes ainda não estariam preparados para avaliar os interesses em conflito. Nesse contexto, de alta relevância o raciocínio pontual de Marinoni: “Na verdade, aqueles que temem o juiz brasileiro com o poder necessário para bem cumprir a sua função partem de uma premissa – não revelada – não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura. Está por detrás do raciocínio que pretende ver o juiz amarrado a idéia de que a Magistratura brasileira não é suficientemente preparada para ter poder. Tal maneira de pensar não só é arbitrária – até porque os juízes têm-se mostrado muito mais preparados do que aqueles que editam as leis – como, também, primária.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 234.

²¹⁴ Especialmente as autarquias, por previsão em suas legislações de regência, e as fundações de direito público. Nesse teor já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RESP - PROCESSUAL CIVIL - PRAZO – AUTARQUIA. - A Lei 8.620/1993, art. 8., confere ao INSS as prerrogativas e privilégios assegurados à fazenda pública. O Del 200 e o Del 900 estabeleceram nítida distinção entre pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. Entre as primeiras, situam-se as autarquias. Em consequência, recebe o mesmo tratamento da fazenda pública. A propósito, há lei expressa - Del 7.659, de 21/06/1945. A autarquia goza do direito ao prazo em dobro para recorrer (art. 188, CPC). (REsp 67.829/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, sexta turma, julgado em 28.08.1995, DJ 24.02.1997 p. 3420)”. Em decisão mais recente, o mesmo Colendo STJ assim se pronunciou: “PROCESSO CIVIL – INTIMAÇÃO – PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA – IGUALDADE DAS PARTES – ASSIMETRIA DE RELAÇÕES - LEI 11.033/2004. 1. Dentre os princípios constitucionais que regem a relação processual está o da igualdade entre as partes, o qual não afasta as prerrogativas de partes em circunstâncias especiais, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, abrangendo também as autarquias e as fundações públicas. (...) (EDcl no REsp 531.308/PR, Rel. MIN. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.03.2005, DJ 04.04.2005 p. 262)”.

²¹⁵ A expressão utilizada leva em consideração “a realidade jurídico-material” da Fazenda Pública, conquanto não se ignore que para muitos, na verdade, os entes de direito público gozariam sim de privilégios, pois nem sempre existiriam justificativas plausíveis para o tratamento desequiparado entre o particular e a Administração Pública. Observe-se, contudo, que não é objetivo dessa pesquisa o estudo desse *discrimen* que muitas vezes vem a favorecer os entes públicos, sendo oportuno apenas ressaltar que nem toda desigualdade processual em prol do Poder Público está revestida de constitucionalidade, como inclusive reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, quando do exame do Recurso Especial citado na nota acima, registrando que “A Lei 11.033/2004, reguladora do mercado financeiro, em seu art. 20, introduziu sorrateiramente dispositivo que privilegia os Procuradores da Fazenda, estabelecendo que eles são intimados com vista aos autos. A sistemática do novo tipo de intimação, além de desigualar o tratamento das partes, estabelecendo o odioso privilégio em favor de uma categoria de representantes da Fazenda Pública, os Procuradores da Fazenda, desorganiza e dificulta a atividade cartorária.”. Para melhor compreensão da matéria sugere-se a leitura de VIANA, Juvêncio V., ob. cit., p. 35-49; MORAES,

Os primeiros obstáculos opostos à admissibilidade da tutela antecipada em face da Fazenda Pública são resumidos quase que pacificamente pela literatura jurídica, tendo o magistrado federal Renato Luís Benucci averbado:

A tendência inicial entre os autores apontava para a não aceitação da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, e baseava-se, essencialmente, em três argumentos principais: disposições legais previstas nas Leis nº 8.437/92 (posteriormente abarcadas pela Lei nº 9.494/97); o reexame necessário como condição de eficácia da decisão proferida contra a Fazenda Pública (art. 475, inc. II, do Código de Processo Civil); e a obrigatoriedade de que a realização dos pagamentos, por força de sentenças judiciais condenatórias contra a Fazenda Pública, deve guardar respeito à ordem cronológica dos precatórios requisitórios de pagamento (dispositivo previsto no art. 730 do Código de Processo Civil, consagrado constitucionalmente pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988).²¹⁶

A primeira barreira, a da existência de leis ordinárias (Lei n. 4.348/62, Lei n. 8.437/92 e Lei n. 9.494/97), a impedir o deferimento de tutela antecipada em determinadas circunstâncias (concessão de aumento ou a extensão de vantagens a servidores públicos; equiparação ou reclassificação também de servidores públicos etc.), ao invés de proibir a decisão de cunho provisório em face do Poder Público, serviu muito mais para ratificar o entendimento da possibilidade de aplicação do instituto do art. 273, do CPC, mesmo quando o pólo passivo da demanda estiver ocupado por ente de direito público. É pura questão de lógica. Somente se faz restrição a algo que é permitido, se não fosse assim, não haveria necessidade da referida restrição.

Insta lembrar que ao tempo da promulgação das precitadas leis, muito se questionou acerca de sua compatibilidade vertical com a Carta Magna de 1988, fato este que levou o Presidente da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados a proporem uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, autuada sob o n. 4, conhecida pois como ADC n. 4, no bojo da qual o Colendo Supremo Tribunal Federal,

José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio S. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.66-78 e COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.79-88.

²¹⁶ BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 47-48. Os mesmos óbices também são relacionados, *verbi gratia*, por BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 136, por MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 204-210 e por MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 270-279.

em análise *initio litis*, veio a confirmar a constitucionalidade do art. 1º, da Lei n. 9.494/97²¹⁷, atribuindo, por consequência, efeito vinculante ao citado *decisum*.

Lembre-se que, pela natureza do julgamento de uma ADC, a Fazenda Pública, em caso de desrespeito aos preceptivos contidos nas citadas leis ordinárias quando do deferimento de tutelas antecipada, pode ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal com uma Reclamação, com fulcro no art. 102, inc. I, alínea 'l', da CF/88, para preservar a autoridade das decisões da Excelsa Corte.

O instrumento reclamacional nada obstante seja de absoluta importância para se garantir uma uniformidade dos julgamentos das instâncias *a quo*, em consonância com o entendimento da Corte Suprema, tem sido, por vezes, utilizado de forma abusiva por parte do Poder Público, mesmo ante situações ou que não se enquadram nas hipóteses das sobreditas normas ou referentes a matérias já assentadas na própria Excelsa Corte.

Atento a essa tentativa de desfiguração do instituto, e mais ainda, em prol da efetividade da tutela jurisdicional, o Colendo Supremo vem mitigando a incidência do precedente da ADC n. 4, não mais o aplicando para todas as hipóteses previstas nas Leis n. 4.348/62, n. 8.437/92 e n. 9.494/97 quando a matéria de fundo da Reclamação tiver sido decidida pela instância *a quo* nos mesmos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²¹⁸.

Em recente decisão monocrática, o Min. Cezar Peluso, nos autos da Reclamação n. 3763/CE, DJ de 27.04.2006, assim ponderou:

A decisão reclamada concedeu antecipação de tutela em face de ente público e, por essa razão, violaria, em tese, o que decidido por esta Corte no julgamento, em sede liminar, da ADC nº 4-DF (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 21.05.1999).

Entretanto, constato que a matéria de fundo discutida na instância de origem diz respeito à incorporação a salários de servidores públicos do percentual de 11,98% referente à conversão de cruzeiro real para URV. “Tal questão já foi pacificada nesta Corte, no sentido de que o referido percentual deve ser pago

²¹⁷ ADC 4 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 21.05.1999, p. 02. Referida ADC ainda não teve seu julgamento de mérito concluído, por motivo de pedido de vista, estando, em número de votos, 5 x 1 pela procedência da ADC e para que produza efeitos vinculante e *ex tunc*.

²¹⁸ Em decisão paradigmática, da relatoria do Min. Marco Aurélio, no Agravo Regimental da Reclamação n. 2.924/RS, Tribunal Pleno, DJ de 26.08.2005, o STF firmou o seguinte posicionamento: “RECLAMAÇÃO. LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância da causa de pedir e o risco decorrente da manutenção do ato atacado no cenário jurídico.”

aos servidores, conforme se depreende do julgamento da ADI nº 1.797-PE, Rel. Min. Ilmar Galvão (Pleno, maioria, DJ de 13.10.2000)[...] Sobre esse aspecto, vale dizer que o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o entendimento acerca do cabimento e da procedência de pedido de reclamação, com parâmetro na decisão proferida na ADC nº 4-DF, quando a decisão reclamada se ajuste à sua própria jurisprudência.

Com o entendimento jurisprudencial acima, que se vai pacificando no seio do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar, sem medo de repreensões, que a jurisprudência máxima nacional vem a ajustar-se a antigos anseios sociais, porquanto ao tempo em que reconhece a necessidade de imposição de limites às tutelas proferidas contra a Administração Pública, não ignora, numa nítida atividade de balanceamento de valores constitucionais, o inadiável dever de efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional.

Assim, cabe ao magistrado originário, postado diante de um pedido de natureza antecipatória contra entes fazendários, averiguar a existência ou não de restrições legais ao seu deferimento, quando da presença dos requisitos autorizadores, analisando ainda a jurisprudência das Cortes Superiores sobre o tema, e, em caso de ajuste desta com a postulação individual, não deve hesitar em afastar os dispositivos legais contidos nas Leis n. 4.348/62, n. 8.437/92 e n. 9.494/97, para conceder a tutela provisória.

Outro óbice dantes apontado em detrimento da possibilidade da tutela antecipada em face da Fazenda Pública seria a disposição contida no art. 475, inc. I, do CPC, que prevê a necessidade do julgamento do recurso oficial para a efetivação das decisões contrárias aos entes públicos. Alertava-se ser um contra-senso possibilitar a efetivação de uma medida de caráter provisório e de cognição sumária (como se dá com a tutela antecipada) e impedir-se a efetivação da decisão de cunho definitivo e prolatada após cognição exauriente (no caso a sentença)²¹⁹.

Em verdade, impossível aplicar-se uma exegese ampliativa à previsão do reexame necessário²²⁰, que se limitou a conferir efeito suspensivo às sentenças proferidas contra a Administração Pública, sem, contudo, fazer qualquer referência ao instituto da tutela antecipada, que tem sua efetividade assegurada nessas situações.

²¹⁹ Vide CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 92.

²²⁰ É a linha de pensamento de VIANA Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 154, em obra que possui capítulo singular sobre o tema examinado.

Demais disso, não há como tornar absoluto o princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório para a Fazenda Pública, até mesmo pela atual preocupação de proporcionar ao jurisdicionado a fruição tempestiva da tutela judicial²²¹, sem a qual resta comprometida a própria justiça das decisões judiciais.

Concordante com as orientações de Juvêncio Vasconcelos Viana²²², parece realmente que a regra contida no art. 475, do CPC, tem por escopo evitar muito mais a consumação da coisa julgada material a impedir a efetivação da tutela judicial, o que eliminaria a desconfiança sobre o cabimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, já que a medida provisória não se reveste dos caracteres da imutabilidade²²³. Renato Luís Benucci alinha ainda outros dois argumentos que afastariam as ponderações de não cabimento da tutela antecipada contra entes fazendários por conta da restrição do reexame obrigatório:

Como o recebimento da apelação, em seu duplo efeito, não impede a antecipação de tutela e a execução imediata de sentença proferida contra o particular, da mesma forma, a sentença proferida contra a Fazenda Pública não pode afastar a possibilidade de antecipação da tutela, pois os seus efeitos são exatamente os mesmos. [...] Outro argumento para afastar o reexame necessário como óbice à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública é o que estabelece uma comparação com as medidas liminares em mandado de segurança. De fato, é nítida a natureza antecipatória das liminares concedidas em mandado de segurança, onde são antecipados os efeitos do julgamento do mérito da segurança. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, nas ações de conhecimento, é muito semelhante à liminar em mandado de segurança.²²⁴

²²¹ Cássio Scarpinella Bueno ratifica: “O art. 475 não seria óbice, porque o característico da tutela antecipada é, justamente, antecipar a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito nenhum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo – a regra – poderia ter seus efeitos antecipáveis.” BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 136.

²²² VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 156. No mesmo sentir, Athos Gusmão Carneiro: “Todavia, poder-se-á superar tal argumento pela consideração de que a imposição do duplo grau refere-se apenas às sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado (art. 467); destarte, constitui valiosa garantia para o erário que esta peculiar eficácia somente seja adquirida após a apreciação da causa não só no juízo monocrático como também no juízo colegiado.” CARNEIRO Athos Gusmão, ob. cit., p. 92.

²²³ Invoca-se ainda os arts. 273 e 461, do CPC, como sendo posteriores ao art. 475, que teria tido sua atuação limitada frente a nova redação daqueles dispositivos. SHIMURA, Sérgio. Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185.

²²⁴ BENUCCI, Renato Luís, ob. cit., p. 66. Acostado às mesmas lições, encontra-se J. E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 197): “A remessa *ex officio* não constitui tertius genus de recurso, não passando de um expediente destinado a suprir a inércia dos representantes judiciais da Fazenda Pública, quanto à interposição do recurso voluntário, de forma que, sendo vencida, considera-se interposta a apelação ainda que não tenha havido esse recurso. Isso porque os efeitos decorrentes da sentença proferida contra a Fazenda Pública são exatamente os mesmos que os da sentença proferida contra qualquer parte privada, e da qual se interpôs apelação, ou seja, ambas só podem ser executadas depois de transitadas em julgado. Se não se

Resta ainda enfrentar-se o terceiro e derradeiro argumento assacado pelos que combatem a tutela provisória contra o Poder Público, a saber, a necessidade de trânsito em julgado das sentenças condenatórias proferidas em detrimento dos entes fazendários, para em seguida submeter-se ao regime dos precatórios, com previsão constitucional no art. 100 e seus parágrafos.

Impõe-se atentar, de logo, que o obstáculo *supra* somente merece ser objeto de discussão quando a postulação do jurisdicionado tiver por objeto uma tutela de caráter condenatório (e de índole pecuniária), não abarcando as hipóteses de tutela constitutiva e declaratória²²⁵. Com penas de ouro leciona Juvêncio Vasconcelos Viana:

É preciso que esse segundo óbice – do precatório – seja tomado com as devidas reservas. Vale rememorar, somente as obrigações de pagar quantia certa da Fazenda estão sujeitas à exigência do precatório. Execução de obrigação de fazer e de entrega de coisa contrárias à Fazenda Pública seguem o trato procedimental comum do CPC, prescindindo-se, aí, do regime do precatório. Nesses casos, em sede de antecipação de tutela, não se poderá objetar com a exigência constitucional do art. 100.²²⁶

Com isso, afasta-se de imediato qualquer espécie de barreira existente acerca da possibilidade do deferimento de tutela antecipada quando a postulação não tiver por objeto uma tutela jurisdicional de índole condenatório e com fins pecuniários, merecendo apenas a análise do instituto frente a esta derradeira hipótese.

Quanto ao procedimento do precatório inserido no art. 100, da CF/88, o que mais importa para o estudo da tutela antecipada é o fato do *caput*, do art. 100, fazer expressa referência, para fins de ingresso na fila dos precatórios, a “sentenças transitadas em julgado”, dentre as quais não se incluiria a tutela de caráter provisório, por não se revestir do manto da coisa julgada material²²⁷.

admitir a antecipação da tutela, por estar a sentença que vier a confirmá-la sujeita à remessa necessária por força do art. 475, I, também não será admitida em nenhum caso em que a apelação voluntária tenha duplo efeito (mesmo não sendo parte a Fazenda Pública), por força do art. 520, *caput*.”

²²⁵ Cássio Scarpinella Bueno rememora que “nem toda pretensão exercitável em face da Fazenda Pública pode ser reduzida a dinheiro (pedido condenatório em sentido estrito), por isso o precatório não é a única forma de concretizar comandos jurisdicionais contra a Fazenda. BUENO, Cássio S., *ob. cit.*, p. 137.

²²⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 184-185.

²²⁷ Em trabalho realizado em co-autoria com a Profa. Deborah Sales, refletindo-se sobre a coisa julgada, ponderou-se: “Entende-se, desta maneira, a *res iudicata* como o mecanismo de Direito Processual que confere segurança e estabilidade tanto à decisões judiciais como às próprias relações sociais, valores caros ao Estado Democrático de Direito, nominados no preâmbulo da Carta Republicana de 1988.” SALES, Deborah; ROCHA LIMA, Tiago Asfor. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de B. (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2006, p. 40.

No entanto, o processo hermenêutico da norma não pode ser apenas literal²²⁸, ignorando as condenações fazendárias proferidas em sede de tutela antecipada, que somente ocorrem após a verificação da verossimilhança do alegado e diante de prova inequívoca, conquanto ainda em juízo de cognição sumária.

Inviável ainda querer esquivar-se as decisões antecipatórias de cunho condenatório do regime legal dos precatórios, simplesmente sob o argumento da falta de previsão constitucional ou sob o prisma de se tratar de situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Admitir tal exclusão seria subverter a sistemática constitucional que buscou evitar afronta à isonomia dos administrados, criando a figura do precatório para fins de garantir o respeito à ordem seqüencial de condenações fazendárias.

Logo, estreme de dúvidas ser plenamente admissível a antecipação da tutela mesmo quando tiver finalidade pecuniária, desde que observadas as normas atinentes ao regime dos precatórios, inclusive a necessidade de trânsito em julgado da decisão que vier a ratificar a tutela provisória. Ou seja, com a antecipação da tutela se permite ao jurisdicionado ingressar na fileira dos precatórios, sendo que a fruição do objeto da condenação fica vinculado ao trânsito em julgado da decisão de mérito, isto em face da regra contida e já citada no *caput*, do art. 100²²⁹.

Com esta solução, evitam-se os argumentos de que a tutela antecipada serviria de mecanismo de quebra da ordem dos precatórios, preservando-se ainda a

²²⁸ Juvêncio Vasconcelos Viana verbera: “Colocar a exigência de ‘sentença judiciária’ para a expedição do precatório é, sem dúvida, proceder interpretação por demais apegada ao elemento puramente literal. Por que não entender, para os fins do citado precatório provisório, a expressão sentença judiciária, em sentido amplo, como decisão judicial. É de se recordar que, no passado, repelindo-se interpretação puramente literal da norma, a doutrina admitiu a execução contra a Fazenda Pública, fundada em título executivo extrajudicial. A decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida pelo autor faria as vezes, na formação daquele precatório, da sentença judiciária.” VIANA, Juvêncio V., ob. cit., p. 188. Em semelhante sentido, Renato Luís Benucci, “não se pode defender a não aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública com base na interpretação literal do art. 100 da Constituição Federal de 1988, pois como lembra Antônio Cláudio da C. Machado, embora a tutela antecipatória não se encontre entre as hipóteses legais de títulos judiciais, nem por isto se defende o não cabimento da sua execução provisória, pois admitir-se isto seria inviabilizar o instituto da antecipação da tutela.” BENUCCI, Renato Luís, ob. cit., p. 80.

²²⁹ Novamente se recorre ao escólio de Juvêncio Vasconcelos Viana que, como poucos estudiosos do assunto, anota com singularidade que “admitida a antecipação de tutela para pagamento de quantia certa, em face da Fazenda Pública, seria expedido o precatório, constando a expressa referência de que se destina à efetivação de antecipação de tutela, contendo, além das peças tradicionalmente necessárias à sua formação, seu ‘título provisório’, indicando, ainda, a quantia líquida”. E continua afirmando, “providências de levantamento antecipado da quantia, mesmo que mediante caução idônea, outrora sugeridas pela doutrina, ficariam prejudicadas com a nova redação do art. 100, CF. Aguardar-se-ia o trânsito em julgado da decisão final para tanto”. VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 191.

hierarquia das decisões definitivas. Não se pode olvidar, todavia, da existência de exceções à necessidade de submissão ao regime dos precatórios, especialmente em duas situações. Primeiramente, por expressa previsão constitucional, no §3º, do art. 100, que retira do procedimento do *caput* o “pagamento 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”. E ainda, os casos em que a observância do procedimento dos precatórios puder comprometer a própria utilidade da prestação jurisdicional.

A primeira exceção apontada, pela qual se dispensa o precatório, tem ampla aplicabilidade nas questões que envolvem valores diminutos, nas quais se enquadram, v.g. as demandas em trâmite nos Juizados Especiais Federais, através das quais após o trânsito em julgado da decisão condenatória, que a Constituição Federal não dispensou²³⁰, se expedem os conhecidos RPV (Requisições de Pequeno Valor).

Também merecem sobrepor-se ao sistema constitucional dos precatórios, as situações em que o pleito provisório solicitado pela parte se revista realmente de caracteres singulares que o diferenciem das demais hipóteses trazidas a juízo, fazendo-se imprescindível a imediata concretização da tutela judicial, sob pena de inutilidade da atuação jurisdicional, com evidente afronta ao art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII, da Carta Republicana. Inserem-se, indubitavelmente, nas exceções em análise as postulações, e.g., de internação em hospitais da rede particular, a serem custeadas pelo Poder Público, no caso de procedimentos cirúrgicos não encontrados na rede pública de saúde, quando esteja em risco a própria vida do cidadão²³¹.

²³⁰ Luiz Guilherme Marinoni não antevê o trânsito em julgado do *decisum* como sendo essencial para a efetivação da condenação: “Nestes casos, como se dispensa o precatório, não tem relevo afirmar que esta dispensa somente é possível em face de sentença transitada em julgado. Nestas hipóteses, mostrando-se necessária e justa a antecipação da tutela, a execução por meio de precatório deve ser deixada de lado, sob pena de evidente lesão à garantia de acesso à justiça, que logicamente deve ser tempestivo e efetivo.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., p. 274-275.

²³¹ É esta a conclusão de Juvêncio Vasconcelos Viana, ponderando que “advindo antecipações de tutela para pagamento de quantias em favor de tais situações será o caso de pensar-se, inspirados em noções de proporcionalidade, cotejando os valores em conflito, determinar o pagamento de quantia certa, abrindo-se mão por completo da exigência do precatório, dando pleno alcance à garantia do inciso XXXV, art. 5º, CF.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit.

A jurisprudência pátria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, está com o entendimento praticamente pacificado sobre o assunto²³².

Ultimadas as exceções acima, vê-se, com efeito, que o regime dos precatórios não deve ser tomado como obstáculo à consecução antecipada de tutelas jurisdicionais em face da Fazenda Pública, embora se reconheça a importante necessidade de se respeitar o referido procedimento, na maioria das vezes em que se estiver diante de decisão antecipatória de fins pecuniários, por se tratar de medida de lúdima justiça, que preserva o princípio da igualdade dos administrados, sem ignorar o anseio social da atuação jurisdicional num prazo razoável²³³.

4.9 O pedido de suspensão de tutelas jurisdicionais deferidas contra o Poder Público

Possui intrínseca relação com o tema da tutela antecipada em face da Fazenda Pública o exame do já clássico²³⁴ “pedido de suspensão de tutelas jurisdicionais deferidas contra os entes fazendários”. Este instrumento processual, que

²³² Vide as seguintes ementas: “PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - UNIÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA - TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE.- SÚMULA 729/STF E PRECEDENTES DESTA CORTE. - “É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no pólo passivo da demanda” (RESP 719716/SC, Min. Relator Castro Meira). - É possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, Súmula 729/STF e jurisprudência deste eg. Tribunal. - Recurso especial não conhecido. (REsp 516.359/RS, Rel. MIN. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 19.12.2005 p. 312); “ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. ESTADO DE NECESSIDADE. VIDA HUMANA. Conquanto o colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário da medida liminar na ADC nº 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado. Precedentes. Recurso não conhecido. (REsp 409172/RS, Rel. MIN. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04.04.2002, DJ 29.04.2002 p. 320)”.

²³³ Não é, contudo, pacificado na literatura jurídica o entendimento acerca da possibilidade de se conceder antecipação de tutela em face dos entes fazendários, apontando-se exatamente obstáculos como o reexame necessário, a impossibilidade de expedição de precatórios provisórios, os prejuízos acarretados à Fazenda de modo irreversível, etc. GINESINI, Rita. Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio S, ob. cit., 2003, p. 180.

²³⁴ Não é novidade na sistemática processual brasileira a figura do pedido de suspensão de tutelas provisórias e definitivas proferidas em face da Fazenda Pública, tendo calcado suas bases ainda em meados da década de 30, através da Lei 191/1936, e posteriormente nas Leis n. 4.348/1964, n. 7.347/1985, n. 8.437/1992, n. 9.494/1997 e n. 9.507/1997, com ulteriores alterações por via de medida provisória. VENTURINI, Elton. A natureza jurídica dos pedidos de suspensão da eficácia de liminares e sentenças contrárias ao poder público. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), 2005, p. 474.

se reveste de nítida prerrogativa fazendária, visa auxiliar ou proteger as pessoas jurídicas de direito público (ou mesmo aquelas que a elas se equiparam, especialmente quando investidas na titularidade do exercício de uma atividade delegada, caso das concessionárias, e em existindo evidente interesse público e não particular²³⁵) em decorrência de medidas jurisdicionais (liminares em ações cautelares, em mandado de segurança, em ações civis públicas; tutelas antecipadas; sentenças etc.) que venham a causar “grave lesão à ordem, saúde, segurança e à economia públicas”.

A peculiaridade da medida já se denota pelo fato de estar contida em inúmeras legislações extravagantes, sem que exista a ela qualquer referência no bojo do Código de Processo Civil. A começar, pois, pela forma de tratamento legal que lhe foi dispensada, surgem questionamentos e incongruências (avante enfrentados, conquanto superficialmente), conseqüência inarredável de mecanismos inseridos de maneira atabalhoada na sistemática processual vigente.

Não se pode ignorar, contudo, que a natureza jurídica do pedido de suspensão seja uma das questões mais tormentosa, estando talvez ainda léguas de um entendimento pacificado na doutrina, encontrando-se diversos posicionamentos dos poucos estudiosos do assunto, perpassando pela sua natureza político-administrativa, de instrumento recursal, de questão incidental, de exceção em sentido estrito, de ação incidental autônoma impugnativa ou de medida cautelar²³⁶.

É natural que a discussão acerca da natureza jurídica do instituto seja extremamente relevante para o conhecimento de suas próprias características, sendo que descamba para o exame de uma questão que se está a estudar apenas em razão de seus reflexos mais diretos ao tema da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, o que impede descer-lhe a um estudo pormenorizado. A superficialidade no ponto *retro* não impede, todavia, o detalhamento de outras peculiaridades do pedido de suspensão.

²³⁵ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente à legitimidade ativa de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos para utilização do pedido de suspensão (Cf. AgRg na STA 66/MA, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 25.10.2004, DJ 06.12.2004 p. 171; e REsp 50284/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.05.1999, DJ 12.06.2000 p. 87).

²³⁶ Elton Venturi relata e enfrenta todas as citadas correntes que defendem uma ou outra natureza do pedido de suspensão, concluindo se tratar de uma ação cautelar incidental. VENTURI, Elton. In: In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), 2005, *passim*.

Ainda para os fins desta pesquisa, importa registrar que o pedido de suspensão, por sua singularidade sem precedentes na história do direito processual civil nacional, é, na verdade, mais um mecanismo que dispõe o Poder Público para soterrar as decisões que lhe sejam contrárias e que estejam a comprometer o próprio interesse público primário, e não o secundário²³⁷, caracterizado nas leis como grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública.

Fala-se em mais um mecanismo, pois ao lado do pedido de suspensão, o Poder Público ainda dispõe, sem qualquer interferência ou dependência, dos regulares instrumentos de impugnação das decisões provisórias ou definitivas (v.g., agravo de instrumento e retido, apelação, remessa oficial, recursos ordinário, especial, extraordinário etc.)²³⁸.

A principal alegativa para que o pedido de suspensão conviva paralelamente com as vias ordinárias de combate às decisões judiciais é o fato de não ser aquela hipótese de questionamento do *meritum causae*, limitando-se a analisar a grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública, ao passo que os recursos regularmente cabíveis teriam por finalidade o enfrentamento da própria questão de fundo da lide.

Com a vênia dos que pensam em contrário, não parece razoável o entendimento de que no pedido de suspensão é impossível à Presidência do Tribunal,

²³⁷ Nas lições de Alessi (ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197-198) tem-se, “o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.”

²³⁸ É a posição de VIANA, Juvêncio V., ob. cit., p. 238, que recorda ainda o conteúdo do §6º, do art. 4º, da Lei n. 8.437/92, e de ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 193, o qual indica essa característica como uma das excepcionalidades do pedido de suspensão. Ainda nesse diapasão, Marcelo Abelha Rodrigues. Com entendimento contrário, a Mina. Ellen Gracie Northfleet para quem é necessária a interposição da via ordinária recursal, pena de preclusão, como condicionante do pedido de suspensão. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *RePro*, n. 97, jan.-mar. 2000, p. 188 apud VIANA, Juvêncio V., ob. cit., p. 238-239. Esse derradeiro escólio não subsiste, contudo, à literalidade do §5º, do art. 4º, da Lei n. 8.437/92, que permite a medida suspensiva mesmo após a negativa de provimento ao agravo de instrumento interposto contra a liminar que se pretende suspender. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio S., ob. cit., 2003, p. 161.

ou mesmo ao órgão colegiado competente para o exame do agravo interno²³⁹, a verificação do próprio fundamento jurídico da questão ventilada na ação de origem.

Obstacularizar a Presidência do Tribunal, ou o seu órgão colegiado, de enfrentar, ainda que rasteiramente, a matéria jurídica que serviu de supedâneo para concessão do provimento jurisdicional contrário aos interesses fazendários é atentar contra a própria Constituição Federal, que tem assegurado o princípio da tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional.

É de um todo ilógico e irracional que uma Corte de Justiça simplesmente suspenda a eficácia de uma decisão somente pelo fato de poder ela causar grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública, sem sequer examinar a matéria de fundo da demanda, que muitas vezes já se encontra pacificada nos Tribunais Superiores.

Ou seja, nessas hipóteses, o acolhimento do pedido de suspensão apenas protrairá a eficácia de um provimento, que, em última instância, será confirmado.

Aplica-se, analogicamente, o discurso invocado anteriormente ao tratar do pedido reclamacional²⁴⁰, em que a Fazenda Pública procura sustentar o desrespeito ao pronunciamento na ADC n. 4 através de reclamações, mesmo diante de situações jurídicas já consolidadas no STF.

Não se pode fazer vistas grossas ao fato de que muitas vezes é a própria Administração Pública, através de seus atos administrativos, legislativos e até judiciais, que, por conta própria, dá motivos para que o jurisdicionado recorra às vias judiciais em busca de amparo a seus direitos, não podendo assim se beneficiar da própria torpeza para justificar condutas ilícitas.

Destarte, ainda quando uma decisão de cunho provisório ou definitivo comprometer a ordem, a saúde, a segurança ou a economia pública, é de extrema prudência que, diante do pedido de suspensão, procure realizar-se uma cognição, ainda

²³⁹ Como previsto nas legislações extraordinária já dantes enumeradas, o pedido de suspensão deve ser dirigido ao “presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso”, sendo que da decisão da Presidência caberá agravo interno a ser examinado pela instância colegiada.

²⁴⁰ V. item 5.7. *supra*.

que sumária²⁴¹, da questão jurídica que embasou o pronunciamento impugnado e, a depender do grau de (in)discutibilidade da matéria, estará o Tribunal autorizado a indeferir o pedido de suspensão, salvaguardando o interesse do particular, com escudo na jurisprudência da própria Corte²⁴² ou mesmo nos ensinamentos doutrinários já pacificados.

É, pois, a única maneira de convivência harmônica entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o do particular e da efetividade do processo, dado que o pedido de suspensão não pode de maneira absoluta sobrepor-se a toda e qualquer decisão judicial, ignorando por completo o direito perseguido pelo administrado, hipótese esta em que não se estaria preservando o interesse público primário mas sim a própria vontade da Administração na posição de sujeito de direito.

Não fosse assim, deixaria o pedido de suspensão de ser uma prerrogativa do Poder Público, passando a ocupar o posto de um verdadeiro privilégio da Administração Pública, notadamente porque inexistiriam justificativas plausíveis para o discrimen, no qual somente o Poder Público gozaria do manejo de um instituto acima de tudo e de todos, garantindo sempre a predominância de seus interesses²⁴³.

A imposição de certos limites ao pedido de suspensão, como a que acima se fez, deve-se dar tendo em conta ainda outros caracteres do instituto, tal como a possibilidade de o autor do pedido de suspensão renovar esse mesmo pedido aos Tribunais Superiores.

Ou seja, mesmo sendo mantida a decisão objurgada pela Presidência e, posteriormente, pelo órgão colegiado, quando aforado o agravo interno²⁴⁴, ainda assim

²⁴¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 238.

²⁴² Como já o fez o Supremo Tribunal Federal em algumas Reclamações, nas quais embora a decisão reclamada estivesse desrespeitando a decisão proferida no bojo da ADC n. 4, ignorando os preceitos que vedam a concessão de liminares em face da Fazenda Pública, mesmo assim não mereceu acolhida o pleito reclamacional, porquanto a matéria de fundo da ação originária já estava pacificado no âmbito da Corte (Vide decisão da Relatoria do Min. Marco Aurélio, no Agravo Regimental da Reclamação n. 2.924/RS).

²⁴³ Recorrendo-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se que “não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., 2003, p. 43.

²⁴⁴ Lembre-se que a redação das leis extravagantes são diversas, a ponto de que na Lei n. 4.348/64 somente se autoriza o agravo interno, no prazo de dez dias, caso seja concedido o pedido de suspensão,

se permite, vide art. 4º, §4º, da Lei n. 8.437/92, e art. 4º, §1º, da Lei n. 4.348/64, ao Poder Público o aforamento de um *novo* pedido de suspensão, para cujo exame será competente “o Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

Leva-se, portanto, de imediato a matéria aos Tribunais Superiores, sem que se tenha de aguardar o procedimento regular a que se submetem as demais ações e recursos²⁴⁵.

Não pára por aí a natureza ímpar dessa prerrogativa fazendária, tendo o legislador o cuidado de buscar soluções isonômicas para administrados que se encontrem fruindo de uma mesma decisão contra o Poder Público, evitando que este tenha de ajuizar um pedido de suspensão para cada *decisum* contrário aos interesses estatais. Levou ainda em consideração o fato de que, não poucas vezes, num curto período de tempo, surgem inúmeras ações, de diferentes autores, versando sobre o mesmo tema, no qual se deferem liminares contra a Fazenda Pública.

Diante de tais casos, ou seja, repetição de decisões desfavoráveis ao Poder Público, basta que este se utilize de um pedido de suspensão que poderá abarcar todas as tutelas contrárias à Administração, tendo ainda a faculdade de estender os seus efeitos aos pronunciamentos supervenientes, é a aplicação da regra contida no §8º, do art. 4º, da Lei n. 8.437/92.

Se o escopo do pedido de suspensão é realmente garantir a ordem, a segurança, a saúde e a economia pública, parece salutar a previsão legal, especialmente porque num único lanço preserva o interesse público e garante a isonomia entre os jurisdicionados. Juvêncio Vasconcelos Viana obtempera ainda:

enquanto que pela Lei n. 8.437/92, é manejável o agravo, em cinco dias, tanto da decisão concessiva como da denegatória da suspensão.

²⁴⁵ São por conta desses e outros pontos do pedido de suspensão que parte substancial da doutrina critica a existência de enormes dificuldades para a efetivação de tutelas provisórias quando existe um ente público no pólo passivo da demanda. Renato Luís Benucci pondera, “mesmo presentes os requisitos para sua concessão, poderão ser questionadas não apenas através de agravos, mas também através de pedidos de suspensão decididos monocraticamente por presidentes de tribunais de segundo grau e presidentes de tribunais superiores, em afronta ao princípio do juiz natural, e multiplicando a possibilidade de reforma da decisão concessiva da tutela antecipada”. BENUCCI, Renato Luís, ob. cit., p. 57. Juvêncio Vasconcelos Viana lembra ainda que esse novo pedido de suspensão foi positivado por via de medida provisória, mesmo se tratando de matéria nitidamente de direito processual. VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 243.

Para o Poder Público, a norma chega como uma medida de economia processual. Tem sido uma previsão útil na prática. Ajuda, aliás, na demonstração do comprometimento à ordem pública. O dispositivo cuida, em verdade, de dois institutos: na sua primeira parte, da possibilidade de cumulação de pedidos; na segunda parte, da possibilidade de aditamento do pedido inicial e extensão a outros casos.²⁴⁶

Outro tópico do pedido de suspensão que merece breves comentários é do alcance temporal dos efeitos da decisão da Presidência ou do órgão colegiado. Noutras palavras: até quando perdura a eficácia da suspensão em favor do Poder Público? Quer se saber, *verbi gratia*, se uma liminar, em mandado de segurança, for suspensa pela Presidência do juízo *ad quem*, com uma sentença posterior que a confirme, perdura ou não a eficácia da decisão presidencial?

Por qualquer ilação racional, sobrevindo decisão ulterior não examinada quando do pedido de suspensão, deveria prevalecer este provimento subsequente. A não ser assim, haverá inúmeros casos em que a decisão presidencial predominará em face até de um julgamento colegiado do mesmo Tribunal.

Mas como nem sempre o que vem a ser positivado decorre de um ato racional, consta na própria Lei n. 8.437/92, em seu art. 4º, §9º, que “a suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.” Confere-se, portanto, ao pedido de suspensão, quando positivo, uma idéia de ultra-atividade, dada a impossibilidade de que qualquer nova decisão seja executada se contrária aos interesses fazendários, até que haja o trânsito em julgado do mérito da causa.²⁴⁷

Ainda assim, merece ponderar que existem alguns óbices a que o pedido de suspensão atople pronunciamento sequer existente à época da sua concessão²⁴⁸.

²⁴⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 242.

²⁴⁷ Idem, p. 245. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado literalmente o dispositivo legal em comento: “SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA (DEFERIMENTO). EFICÁCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL (ART. 4º, § 9º, DA LEI Nº 8.437/92). RECLAMAÇÃO (CABIMENTO). LIMINAR (DEFERIMENTO). AGRAVO REGIMENTAL (PREJUDICADO). 1- O art. 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/92 dispõe que a decisão deferitória de pedido de suspensão vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal. 2- Reclamação procedente. (Rcl 1.141/BA, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 05.03.2003, DJ 22.09.2003 p. 248). Na mesma esteira, AgRg na STA 29/DF, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 25.10.2004, DJ 06.12.2004 p. 180.

²⁴⁸ Marcelo Abelha Rodrigues verbera: “Na análise do objeto da suspensão é importante que fique muito claro que é incorreto pretender que a suspensão obtida de uma liminar sirva para uma sentença, ou, em outras palavras, é incorreto afirmar que a suspensão dura até o julgamento do feito ou até o seu trânsito em julgado.” RODRIGUES, Marcelo Abelha, ob. cit., p. 159. Cf. ainda VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 245.

A começar pela impossibilidade de a decisão presidencial, de cognição limitada, exaurir por completo a manifestação cameral de uma Corte, que além de averiguar os pressupostos do pedido de suspensão também analisa a questão intrínseca dos autos.

Essa observação é por demais ignorada nas lides forenses e também na própria doutrina, que se descuida ao afirmar que o objeto do Agravo de Instrumento e do pedido de suspensão são diversos. A natureza de ambos não se confunde, porém em momento algum a legislação ou mesmo a jurisprudência impediu que no Agravo de Instrumento se conheça das questões rotineiramente aventadas no pedido de suspensão. Isto porque a cognição, no sentido horizontal, exercida no recurso de agravo é bem mais ampla do que no pedido de suspensão, chegando inclusive, pode-se dizer, a englobar as matérias previstas nas leis especiais que tratam da medida suspensiva.

Atente-se ainda que, mesmo com o entendimento *supra*, a Administração Pública não estaria completamente desamparada, já que lhe assistiria o direito de ingressar com um *novo* pedido de suspensão, no Tribunal Superior competente, para sustar os efeitos da decisão colegiada.

E não é só. A se entender que o pedido de suspensão perdura até o trânsito em julgado da demanda, os recursos processuais praticamente perderiam seu objeto, pois se imagine o caso de um pedido de suspensão manejado em conjunto com um Agravo de Instrumento. Se aquele fosse deferido, não mais teria qualquer razão o julgamento do Agravo, visto que mesmo sendo desprovido não traria qualquer efeito para o particular²⁴⁹. O mesmo ocorreria com qualquer outro recurso que não fosse capaz de pôr fim à demanda, já somente com a *res judicata* é que uma decisão judicial estaria apta a produzir efeitos.

Para evitar essa aberração na sistemática processual, o Min. Teori Albino Zavascki, ao comentar a forma de coexistência do resultado do pedido de suspensão com o do Agravo de Instrumento, assim verbera:

Em tal caso, a decisão do presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade. Contudo, cessa a eficácia da suspensão quando o agravo for

²⁴⁹ Permitiria ainda que o Poder Público, ao alcançar proveito com o pedido de suspensão, postulasse a desistência do Agravo de Instrumento, pois o resultado deste não lhe traria qualquer outro benefício, e com amparo na legislação processual civil, que permite o recorrente a qualquer tempo desistir do recurso (art. 501).

julgado em seu mérito, qualquer que seja o resultado. Provido o agravo, revogada ou anulada a decisão de primeira instância, desaparece a causa determinante da suspensão. Improvido o recurso, a decisão suspensa, a rigor, deixa de subsistir, já que 'o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida' (CPC, art. 512).²⁵⁰

E arremata o mesmo insigne processualista:

Ou seja, a suspensão autorizada pelo presidente teve por objeto decisão que, supervenientemente, deixou de ter força própria, substituída que foi pela do tribunal. A esta não se estende, automaticamente, a eficácia suspensiva, até porque ao presidente falece competência para suspender decisão dos juizes ou dos órgãos fracionários do próprio tribunal.²⁵¹

Conclui-se, de efeito, fora de dúvida ou entredúvida, que, conforme averbado acima, a grande dificuldade na escorreita utilização do instituto do pedido de suspensão é a carência de uma uniformização de sua tratativa. A sua positivação, de maneira esparsa, findou por dificultar sobremaneira a convivência com as demais medidas presentes na processualística moderna, determinando o afloramento de inúmeros conflitos a serem solucionados pela doutrina e jurisprudência, que ainda não se encontra pacificada em muitos pontos.

E pior, a ausência de convicções firmes sobre o tema descamba na utilização arbitrária da medida suspensiva por parte do Poder Público, crendo tratar-se de instrumento servível à imposição de suas vontades, ao arrepio do direito do jurisdicionado e a explícitos comandos constitucionais (efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII), quando, em verdade, molda-se como um mecanismo de resguardo dos interesses da coletividade e não da Administração de *per se*.²⁵²

4.10 Oportunidade de deferimento da tutela antecipada

Pelas diversas condicionantes da tutela antecipada que acima já foram apresentadas (prova inequívoca, verossimilhança do alegado, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu etc.),

²⁵⁰ ZAVASCK, Teori Albino, ob. cit., p. 195.

²⁵¹ Idem, p. 195-196.

²⁵² Ressaltando o escopo originário da medida suspensiva, obtempera Juvêncio Vasconcelos Viana sê-la "medida extrema mas que utilizada prudentemente (com a verificação rígida de seus requisitos; respeito ao contraditório etc.) sem excessos, pode funcionar na salvaguarda de interesses legítimos da coletividade." Continua ainda anotando que: "Não se pode é perder de vista os limites da razoabilidade e querer tornar a medida numa via comum de impugnação ou transmutá-la em figura recursal, casuisticamente, fazendo valer trato processual que seja mais conveniente ao Poder Público, conspirando contra a desejada efetividade do processo." VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 246.

sobressai que essa modalidade de tutela provisória não se reveste de ato discricionário do magistrado, que depende de certos elementos processuais e fáticos para abreviar o caminho a ser percorrido pelo jurisdicionado até o alcance do provimento judicial.

Nesse contexto, não poderia a legislação processual prever, teoricamente, em qual oportunidade o julgador encontrar-se-ia frente aos requisitos legais indispensáveis à antecipação da tutela, a ponto de que somente diante de situações concretas é que o órgão judicante terá condições de analisar o preenchimento ou não do quadro mínimo de condicionantes reputáveis imprescindíveis para a concessão do provimento antecipado.

Demais disso, a própria prova inequívoca do alegado depende muitas vezes do desenrolar das fases processuais para que o magistrado se sinta seguro o suficiente para não mais ter dúvidas quanto ao direito alegado pela parte (verossimilhança do alegado), coincidindo inclusive com o momento do próprio julgamento do feito. Noutros casos, logo quando da propositura da ação, o autor já instrui o seu pedido com farta documentação, capaz já de início de demonstrar a proteção jurídica de sua postulação, permitindo ao julgador a utilização da prerrogativa do art. 273, do CPC, de modo *initio litis*²⁵³.

Não é de se estranhar também que, eventualmente, os pressupostos legais para o deferimento da tutela antecipada somente exsurjam após a própria sentença de primeiro grau, quando o processo já se encontre no Tribunal competente, ou mesmo antes de sua distribuição a um relator.

É, pois, o que se pretende examinar nas linhas a seguir, a saber, o que justifica e, em consequência, leva ao julgador conceder o provimento antecipatório em uma ou outra fase processual.

4.10.1 Tutela antecipada antes da sentença

Por demais natural que o autor, nessa era da efetividade do processo, em que não mais se pretende aguardar todo um regular andamento do feito para a fruição

²⁵³ Sobre a possibilidade de deferimento da tutela antecipada a qualquer tempo na instância inferior, dada a inexistência de preclusão prevista legalmente, cf. ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 68. Cf. ainda DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 81.

da tutela jurisdicional, promova sua ação e já de plano requeira a antecipação da tutela, pleiteando-a até de maneira *inaudita altera parte*.

Surgiram imediatamente, à época da introdução do instituto no CPC, discussões sobre a possibilidade de provimento antecipatório sem que se tenha oportunizado à parte contrária o exercício do contraditório²⁵⁴.

Contudo, nas condições hodiernas da processualística, não há como se vincular o exercício do contraditório a todo e qualquer pedido de antecipação de tutela, pois esse mesmo contraditório pode, muitas vezes, se exercido, comprometer a própria utilidade da prestação jurisdicional, o que por certo não é esse o seu objetivo, tampouco quando inserido num sistema constitucional de princípios que mutuamente se devem comportar de maneira harmônica. Comentando a imprevisibilidade das situações urgentes que podem demandar a tutela provisória, Luiz Guilherme Marinoni pontua:

O próprio art. 273 não poderia vedar a concessão da tutela antecipada antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável. O princípio da inafastabilidade garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, portanto, o direito à tutela urgente. A necessidade da ouvida do réu poderá comprometer, em alguns casos, a efetividade da tutela urgente. A tutela urgente, antes da ouvida do réu, poderá ser concedida quando o caso concreto a exigir.²⁵⁵

Superado o argumento de que o princípio do contraditório impediria a antecipação da tutela de maneira *inaudita altera parte*, não se pode descurar que o provimento antecipado sem oitiva da parte contrária não deve, entretanto, ser a regra, mas sim a exceção, cingindo-se às hipóteses em que a abertura do contraditório ponha em risco a própria utilidade da tutela jurisdicional²⁵⁶, como bem preleciona Cândido Rangel Dinamarco:

²⁵⁴ Mesmo passados mais de uma década de assentada a tutela antecipada no diploma processual civil, J. J. Calmon de Passos ainda continua a defender a necessidade do contraditório: “Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve falar nos autos no prazo que se prevê para a cautelar, que nos parece mais indicado. Não estranharemos, entretanto, venha a ser adotado o prazo previsto, no caso concreto, para a defesa do réu.” PASSOS, J. Calmon de, ob. cit., p. 83. Lembra ainda o Min. Athos Gusmão Carneiro do posicionamento de Sérgio Bermudes também no mesmo sentido do processualista baiano, para quem sempre o pedido de tutela antecipado deveria ser seguido de uma resposta da parte contrária. CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 79-80.

²⁵⁵ O mesmo autor assevera ainda que: “Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 186.

²⁵⁶ Dissertando sobre o tema, Nelson Nery Júnior leciona que a liminar deferida *inaudita altera parte*, “não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na

Ainda aqui é pertinente ressaltar que as medidas judiciais inaudita altera parte são excepcionais no sistema, porque arranham a garantia constitucional do contraditório e só devem ser concedidas quando o retardamento puder importar restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça. É compreensível que, sem haver uma urgência extrema, o juiz prudentemente aguarde a citação do réu e sua resposta, com o que terá melhores condições para formular com mais segurança o seu juízo sobre a necessidade de antecipar. Mas, sendo preciso, que antecipe desde logo!²⁵⁷

Sendo cabível o pedido de tutela antecipada antes de exercido o contraditório, em casos que demandem urgência da medida, ou mesmo após a manifestação da parte adversa, não haveria razões para se impedir a antecipação do provimento durante (numa audiência) ou após o término da fase instrutória, quando o magistrado encontrar-se-á frente a elementos muito mais contundentes e aptos a lhe conduzirem a um juízo de verossimilhança do alegado²⁵⁸.

Vale ressaltar ainda que, nem sempre após a instrução, o magistrado estará apto a julgar, como, *exempli gratia*, quando os autos necessitam ser remetidos ao *Parquet* para que seja lançado o parecer, de modo que não calha aqui a contra-argumentação de que após a instrução o julgador deveria prolatar sentença e não apreciar o pedido antecipatório.

Com efeito, salta à vista a possibilidade de durante todo o *iter* processual, antecedente à sentença, o magistrado apreciar a medida antecipatória, sempre averiguando as condicionantes legais, sem afastar-se especialmente dos preceptivos constitucionais que servem de baliza às tutelas provisórias.

4.10.2 A tutela antecipada na sentença

Se não se duvida mais que a antecipação da tutela possa ser deferida no decorrer de uma demanda, ainda existem alguns questionamentos no que tange ao

efetivação da medida solicitada poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed.rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 80-81. O Desembargador Federal Napoleão Nunes manifestando-se sobre a liminaridade da tutela antecipada, sintetiza o seu cabimento “quando for evidente que o tempo a se consumir na ouvida da outra parte fará periclitar o direito a ser protegido, sendo este da mesma envergadura daquel’outro.” MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 157.

²⁵⁸ Marinoni fala em irracionalidade obstacularizar a tutela antecipada após a fase de instrução. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.), 2005, ob. cit., p. 187. O Des. Napoleão Nunes Maia Filho lembra, como asseverado *supra*, “nada impede, entretanto, que o Juiz só se convença da verossimilhança das alegações após realizar uma instrução sumariíssima, máxime quando se tratar de prova não-preconstituída.” MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 159.

acolhimento do pedido antecipatório no instante da prolação da sentença, momento em que se encerra a função jurisdicional do juiz da causa, *ex vi* do art. 463, CPC²⁵⁹.

Alguns processualistas entendem ser possível a concessão de tutela antecipada em concomitância com o decreto sentencial, porém através de capítulos separados. Existiria, pois, numa única folha de papel uma decisão interlocutória através da qual se deferiria a medida antecipatória, bem como a sentença propriamente dita, sendo que aquela seria impugnável mediante agravo de instrumento, ao passo em que esta, via apelação. Desta forma, não restaria comprometida a execução imediata do provimento antecipado, que não necessitaria aguardar o despacho de recebimento de um eventual recurso de apelação²⁶⁰. Há ainda doutrinadores de escol que defendem o posicionamento segundo o qual não haveria o que se falar de antecipação de tutela na sentença, mas sim de antecipação dos efeitos da própria sentença, bastando que o magistrado registrasse tal característica no próprio decreto sentencial, pelo que se retiraria o efeito suspensivo que eventualmente fosse ínsito à apelação²⁶¹.

Prevalece, entretanto, a tese de que o julgador, ao cabo do decreto sentencial, pode outorgar ao jurisdicionado a carga de eficácia imediata à tutela judicial, bastando para tanto que julgue procedente o pedido formulado e, no mesmo ato, antecipe os efeitos da tutela, o que não desnaturaria a formalidade do ato judicial, que continuaria a ser uma sentença, não havendo ao seu lado uma decisão interlocutória, mesmo porque o CPC não prevê que um mesmo ato possa ser desmembrado²⁶², inclusive para fins recursais²⁶³. Logo, por se tratar de sentença, somente pode ser desafiada mediante recurso de apelação.

²⁵⁹ J. E. Carreira Alvim recorda que mesmo após a sentença o juiz pode “a) corrigir-lhe eventuais inexactidões materiais; b) julgar embargos de declaração; c) receber ou negar seguimento a apelação; d) retratar-se no juízo de admissibilidade do apelo; e) declarar deserta a apelação, por falta de preparo; f) conceder medidas cautelares (art. 800, *caput*). ALVIM J. E. Carreira, ob. cit., p. 77.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 188-189.

²⁶¹ Este autor, mesmo ao referir-se a antecipação dos efeitos da sentença, chega à conclusão de que sua construção doutrinária produz os mesmos efeitos dos que entendem que o juiz pode antecipar a tutela na sentença. ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 88-93.

²⁶² Dinamarco rememora que: “Não importa o conteúdo: pôs fim ao processo, é uma sentença.” Continua ainda: “Não há duas sentenças em uma sentença só, nem uma sentença e uma decisão interlocutória. O que há são dois capítulos de uma só sentença.” DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 84-85.

²⁶³ No magistério do Min. Athos Gusmão Carneiro tem-se, “quando a antecipação é deferida na própria sentença, como um de seus capítulos, o recurso único cabível é o de apelação; todavia tal recurso somente suspende o cumprimento da sentença (art. 520) quanto à matéria excluída da antecipação de tutela. O capítulo relativo à AT merecerá cumprimento imediato, sem o que a própria antecipação perderia sua razão de ser.” CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 85.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça também não destoa da que ora se comenta²⁶⁴. Especificamente sobre essas situações em que a antecipação da tutela se dá incidentalmente ao decreto sentencial, Cândido Rangel Dinamarco decreta:

Em casos assim, não se trata de uma sentença de mérito e de uma decisão interlocutória acoplada a ela, como já se chegou a pensar. O ato proferido pelo juiz é um só, é a sentença; esse é o ato com que o procedimento em primeiro grau tem fim, pouco importando o seu conteúdo. [...]

Essa importante premissa conceitual repercute na determinação do recurso cabível contra a concessão de tutela antecipada no mesmo ato que julga a causa, o qual será apenas e exclusivamente a apelação, jamais agravo.²⁶⁵

Sendo cabível a antecipação da tutela na própria sentença, ao se interpor a respectiva apelação, esta somente será recebida no efeito devolutivo, dada regra constante no art. 520, inc. VII, CPC, que autoriza o recebimento da apelação em efeito único (devolutivo) quando “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Estreme de dúvidas que a parte prejudicada pelos efeitos da tutela antecipada na sentença poderá, quando do despacho de recebimento do apelo, manejar agravo de instrumento para tentar demonstrar a excepcionalidade do caso, buscando emprestar efeito suspensivo ao provimento antecipado, pois se trata de hipótese específica de cabimento do agravo na modalidade de instrumento. A maior dificuldade, no entanto, consiste em saber-se como a parte prejudicada pela tutela antecipatória pode retirar a eficácia imediata conferida na sentença antes do despacho em que o juiz receberá o apelo. Isto porque, enquanto não recebido o recurso, ainda não haverá decisão impugnável via agravo de instrumento.

Parece que nessas hipóteses, em que a parte adversa não pode aguardar o despacho de recebimento de seu recurso,²⁶⁶ para só então ingressar com um

²⁶⁴ Vide recente pronunciamento no REsp 706.252/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.09.2005, DJ 26.09.2005 p. 234; ainda na literalidade da ementa: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO POR OCASIÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A Corte admite o deferimento da tutela antecipada por ocasião da sentença, não violando tal decisão o art. 273 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 473069/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.10.2003, DJ 19.12.2003 p. 453)”.

²⁶⁵ In *Nova era do processo civil*, p. 82. Coadunando com essa posição também se encontra MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 163..

²⁶⁶ Sabe-se que no espaço de tempo entre a protocolização de uma apelação e o despacho judicial que a recebe, é plenamente possível a ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação à parte, pelo que não pode esta ficar completamente desamparada, mesmo se tratando de uma decisão de cunho definitivo, fruto de cognição exauriente, especialmente dada a existência de inúmeras sentenças reformadas em segundo grau e nos Tribunais Superiores.

agravo de instrumento, o instrumento processual adequado para suspender os efeitos da antecipação da tutela será uma medida cautelar inominada, seguidamente à própria apelação, sendo que esta no juízo *a quo* e aquela, por ser posterior e por conta da regra do parágrafo único do art. 800, CPC²⁶⁷, no juízo *ad quem*. Nessa linha é o escólio do Min. Athos Gusmão Carneiro:

Parece-nos que, durante o lapso entre a interposição do recurso e a entrada do processo no protocolo do tribunal 'ad quem', cumprirá aplicar à AT, analogicamente, o procedimento 'incidental' previsto no art. 800, parágrafo único, para as medidas cautelares.²⁶⁸

Diante de uma medida cautelar que tenha por finalidade emprestar efeito suspensivo à apelação regularmente desprovida deste efeito, o relator deve analisar o preenchimento dos requisitos legais para o deferimento da cautela, levando ainda em consideração que já houve uma cognição exauriente na instância inferior, de sorte que a decisão *a quo* somente pode ter retirada sua eficácia em casos absolutamente excepcionais, *verbi gratia*, quando a decisão estiver em confronto com súmula ou jurisprudência pacífica da Corte ou dos Tribunais Superiores.

4.10.3 A tutela antecipada após a sentença

Ao se falar em antecipação da tutela após a sentença, está a se referir às situações em que os requisitos do provimento antecipado somente se apresentam após o encerramento da atividade jurisdicional por parte do juiz de primeiro grau.

Não se enquadram, pois, neste ponto os casos em que o magistrado prolata a sentença mas se olvida de antecipar os efeitos da tutela, hipótese em que serão cabíveis embargos de declaração para fins de que seja suprida a omissão, especialmente se a parte anteriormente já tiver postulado o provimento antecipado. Isto porque será plenamente admissível que os embargos declaratórios sejam recebidos e

²⁶⁷ “Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.”

²⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 86. Gilson Delgado Miranda também clama por essa solução. MARCATO, Antônio Carlos (Coord). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1567-1568. Em situações excepcionais, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já emprestou efeito suspensivo a apelações desprovidas desse efeito, através de liminares deferidas em sede de medidas cautelares inominadas (vide Medida Cautelar n. 2004.0005.3163-8, Rel. Des. José Maria de Melo; Medida Cautelar n. 2000.0014.8761-3, Rel. Des. João de Deus Barros Bringel; e Medida Cautelar n. 2004.0016.0664-0, Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa).

providos, para fins de que a antecipação seja deferida interiormente à sentença, sendo aplicáveis as observações feitas acima.

Na verdade, as situações em que se fala de antecipação de tutela após a sentença dizem respeito àquelas que merecem ser examinadas pelo órgão judicial *ad quem*, dado o exaurimento da instância *a quo*²⁶⁹.

Inexistem dúvidas da possibilidade de que somente após o decreto sentencial aflorem os elementos imprescindíveis para o acolhimento da tutela antecipada, por qualquer das hipóteses do art. 273 (inc. I, II, §6º etc.), CPC. Além do que o próprio *caput* do art. 273, CPC, não cuidou de limitar temporalmente o cabimento da tutela provisória, ficando sob a responsabilidade do magistrado (de primeiro ou de segundo grau, ou mesmo de Tribunal Superior) verificar o preenchimento dos critérios legais.

Ademais, o próprio parágrafo único do art. 558, CPC, de maneira indireta, termina por autorizar ao relator da apelação ou da remessa oficial a proferir decisão monocrática com finalidades análogas às proferidas nos agravos de instrumento, ou seja, conferindo efeito suspensivo ou mesmo antecipando os efeitos da tutela recursal²⁷⁰.

Logo, como reconhece doutrina autorizada, são principalmente duas as hipóteses em que o relator pode ser chamado a conhecer da tutela antecipatória, “(1) se o autor (apelante) obteve a tutela antecipada no curso do processo, concedida pelo juízo primário, e depois a sentença lhe foi desfavorável, ou (2) se a decisão final adversa ao seu pedido não foi precedida de tal provimento.”²⁷¹

Talvez se devam acrescentar ainda a estas, os casos em que a decisão do juízo singular é procedente, contudo, o recurso de apelação é recebido no duplo efeito,

²⁶⁹ Teori Albino Zavascki comentando as situações de perigo de dano ulteriores à sentença, porém antes da subida dos autos ao Tribunal competente, assevera que “a competência será também do tribunal, pois o juiz de primeiro grau, tendo proferido sentença, já completou sua atividade, não mais podendo inovar no processo.” ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 83.

²⁷⁰ Noutra esteira são as lições do mestre baiano J. J. Calmon de Passos: “Impugnada a decisão pelo recurso, a quem se pede a antecipação? Entendo deva o pedido ser dirigido ao relator, mas não reconheço tenha ele competência para deferir-lo. Falta disposição expressa de lei autorizando-o e a matéria não diz respeito a ato instrutório do recurso. Cuidando-se de agravo, os poderes do relator são muito amplos. Não me inclino a estendê-los, por analogia, ao recurso de apelação.” PASSOS, J. Calmon de, ob. cit., p. 83.

²⁷¹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, ob. cit., 2003a, p. 174.

quando, então, caberá ao relator na instância superior decidir sobre a concessão da tutela antecipada²⁷².

Destarte, em qualquer das três situações acima apresentadas, deverá a parte interessada nos efeitos antecipados do seu pedido dirigir-se ao órgão julgador da instância *ad quem*, seja através de petição incidente no recurso, quando este já se encontrar no respectivo Tribunal, ou através de medida cautelar, também no mesmo Tribunal, mas para os casos em que o processo ainda não tenha chegado à superior instância.

Há ainda o entendimento de que o julgador de primeiro grau pode ser atizado a antecipar os efeitos da tutela quando da apresentação de contra-razões de apelação pelo vencedor, tendo a possibilidade de rever os efeitos em que tinha recebido o apelo, imprimindo eficácia imediata ao julgado²⁷³.

Essa tese vem merecendo acolhida também por parte da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça²⁷⁴, revelando-se, portanto, mais uma oportunidade para o deferimento da tutela antecipada após a sentença.

²⁷² Novamente o Min. Teori Albino Zavascki chama atenção ao fato de que: "A circunstância de estar o processo na sua fase recursal não é empecilho a tal pretensão, eis que, como já se afirmou reiteradamente, antecipar a tutela constitui, não antecipação de uma sentença, mas um adiantamento dos atos executivos da tutela definitiva". ZAVASCKI, Teori Albino, ob.cit., p. 132.

²⁷³ É o pensamento de Cássio Scarpinella Bueno, que enuncia "ser o magistrado prolator da sentença competente para apreciar o pedido. A circunstância de o Tribunal ter competência para apreciar cautelares depois da interposição do recurso (art. 800, parágrafo único) não afasta tal conclusão." Continua ainda, "É o parágrafo único, que prevê que, apresentadas as contra-razões, pode o magistrado reapreciar o juízo de admissibilidade da apelação. A melhor doutrina não deixa de reconhecer que fazem parte do 'juízo de admissibilidade da apelação' os efeitos com que ela foi recebida." BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 90-91. Parece divergir desse posicionamento, J. J. Calmon de Passos o qual pondera: "A antecipação pede o convencimento da existência de prova inequívoca da alegação do autor e da ocorrência de um dos pressupostos que a autorizam e esse juízo não mais pode ser feito pelo *a quo*, sem esquecer que a decisão proferida em grau de recurso substitui a que foi recorrida. [...] Tudo isso nos leva a ter como acertado negar-se ao juiz de primeiro grau que já proferiu decisão de mérito recorrível competência para decidir sobre antecipação de tutela." PASSOS, J. J. Calmon de, ob. cit., p. 82.

²⁷⁴ Cf. a seguinte ementa: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESPACHO QUE RECEBE RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITOS. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Nada obsta ao juiz reexaminar a decisão que recebe o recurso de apelação, tanto referentemente ao juízo de admissibilidade, quanto aos seus efeitos, como é da letra do parágrafo único do artigo 518 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 8.950/94, não havendo falar em preclusão. 2. "[...] A discussão a respeito da possibilidade ou não da reconsideração da decisão que recebe a apelação mostra-se atualmente superada em face da nova redação do art. 518, CPC, que faculta ao magistrado o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso." (REsp nº 39.007/GO, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ 7/4/97). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 636.136/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19.04.2005, DJ 01.07.2005 p. 671)". No mesmo sentido o REsp 39007/GO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10.03.1997, DJ 07.04.1997 p. 11122.

Observe-se que, nesta oportunidade, se está a comentar o cabimento da tutela antecipada após a prolação da sentença e não os casos de antecipação da tutela pelos tribunais, que atualmente são numerosas hipóteses, tais como nos processos de competência originária dos tribunais, nos agravos de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo²⁷⁵ (como se costumou nomear) etc²⁷⁶.

Com essas considerações, conclui-se que são variadas as oportunidades em que o pedido antecipatório pode ser acolhido, seja no juízo *a quo*, seja nas instâncias superiores, a depender sempre da presença dos pressupostos legais do art. 273, CPC, sem os quais nenhum julgador poderá acelerar os efeitos da decisão de mérito.

4.11 Efetivação da tutela antecipada

A *efetivação* da tutela antecipada encontra-se atualmente regulada no §3º, do art. 273, CPC²⁷⁷. Todavia, antes da edição da Lei n. 10.444/2002, o mesmo dispositivo, que havia sido incluído no CPC pela Lei n. 8.952/1994²⁷⁸, tratava da chamada *execução* da tutela antecipada, remetendo ainda aos incs. II e III do art. 588, CPC.

Muito se criticava a redação do antigo §3º do art. 273, pois ao se falar de execução da tutela antecipada, passava-se a impressão de que deveria ser observado o rito do processo executivo para o cumprimento da decisão de cunho antecipatório, o que desnaturaria a índole do provimento antecipatório, que muitas vezes se baseia na urgência do caso analisado. Urgência esta que não se compatibilizaria com o rito do processo de execução, que permite a defesa do executado por meio de embargos à

²⁷⁵ *Verbi gratia*, Cássio Scarpinella Bueno: “Quando a situação é de urgência, é possível que esse agravo de instrumento antecipe os efeitos de seu provimento, é dizer, antecipe a tutela do próprio recurso (do mérito do recurso), que, por definição, coincide com o pedido negado em primeiro grau de jurisdição. O que, depois de alguma hesitação na doutrina e jurisprudência, convencionou-se chamar de ‘efeito suspensivo ativo’”. BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 93.

²⁷⁶ Para um exame mais aprofundado do cabimento da tutela antecipada nos tribunais, recomenda-se a leitura da obra assaz citada de ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2005.

²⁷⁷ Art. 273.” [...] §3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

²⁷⁸ Art. 273.” [...] §3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.”

execução, os quais possuíam, ante da Lei n. 11.232/2005, efeito suspensivo como regra (art. 739, §1º)²⁷⁹.

Como dito anteriormente, a falta de tecnicismo da norma de 1994 veio a ser retificada com a Lei n. 10.444/2002, quando se passou a tratar de “efetivação da tutela antecipada”, vinculando ainda o cumprimento da decisão provisória às regras contidas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

Observe-se, desde logo, que o citado art. 588, CPC, restou revogado expressamente pelo art. 9º, da Lei n. 11.232/2005. Ocorre que a mesma norma praticamente repetiu o dispositivo revogado no art. 475-O²⁸⁰, incluso pela novel

²⁷⁹ Juvêncio Vasconcelos Viana rememorando as conseqüências da anterior expressão, registra: “O emprego explícito daquela expressão (execução) trazia alguns ‘riscos’ interpretativos, dentre esses, o de conduzir o intérprete à idéia de se aplicarem os ritos do processo de execução, do Livro II, CPC, quando da efetivação da tutela antecipada. De certo, a incidência generalizada de tal idéia conduzir-nos-ia a praticamente nada. Admitida que fosse sempre a via procedimental executiva, pura e simples, viriam embargos, meio impugnativo dotado de efeito suspensivo, e o demandante, simplesmente, não veria ‘antecipado’ efeito algum.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 118. O Desembargador Federal J. E. Carreira Alvim, recordando os seus escrito à época da antiga redação, alertava para a necessidade de abandono da expressão ‘execução da tutela antecipada’, argumentando que “na verdade, provisório é o título em que se funda a execução, e não a execução mesma.” ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 113. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Sabe-se que a circunstância de o art. 273, em sua redação originária, aludir ao art. 588 levou parte da doutrina a afirmar que só poderia haver antecipação de tutela caso a pretensão do autor tivesse natureza condenatória, conclusão equivocada, que desconsiderava o meio da frase, que constava do art. 273, §3.º, em sua redação anterior: *no que couber*.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, ob. cit., p. 166. Cf. ainda DIDIER JR., Fredie, ob. cit., p. 62-63.

²⁸⁰ Art. 475-O. “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do **caput** deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º:

I – sentença ou acórdão exeqüendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.”

legislação, devendo, portanto, aquele ser observado quando da efetivação da medida antecipatória, desde que haja compatibilidade com a natureza desta²⁸¹.

Em sendo aplicáveis boa parte das normas referentes à tutela específica, deve-se lembrar que já foram apontadas, em item anterior (“As tutelas específicas”), as considerações relativas ao tema, especialmente no que tange à efetivação da decisão provisória independente de processo autônomo (por meio das tutelas específicas), à prestação de caução para fins de efetivação da medida provisória (como forma de garantia à parte adversa pelos prejuízos suportados com a concessão do pleito antecipatório), à fixação de multas pelo magistrado como forma de coerção no atendimento das determinações judiciais etc.

Impende, contudo, atentar para o fato de que o dispositivo em análise determina que se observem as normas das tutelas específicas e da execução provisória, no que couber e conforme a natureza da decisão. Assim, para fins de efetivação da tutela antecipada, a depender da natureza do provimento jurisdicional, serão observadas as regras ou do art. 475-O, ou as do art. 461, de modo que em antecipação de tutela para fins de pagamento de determinada quantia em dinheiro deve ser observado o rito do art. 475-O, tendo em vista que as regras do art. 461, na maioria das vezes, não são adequadas para o pagamento de valores determinados por parte do devedor²⁸².

Conhecendo as dificuldades no cumprimento da decisão antecipatória de pagamento de quantia, mesmo por meio dos mecanismos coercitivos do art. 461, o Min. Teori Albino Zavascki alude:

É possível, com base nos princípios da adequação das formas e da finalidade, o seguinte critério definidor do procedimento para a execução da medida antecipatória para pagamento de quantia: será cumprida imediatamente, na própria ação de conhecimento, a medida antecipatória deferida com fundamento no inciso I do art. 273, expedindo-se as ordens e mandados que se fizerem necessários; porém, em se tratando de antecipação deferida com base no inciso II ou no §6º ou, quando concedida com fundamento no inciso I, for incompatível

²⁸¹ Vale lembrar que a Lei n. 11.232/2005 olvidou-se de alterar o §3º, do art. 273, CPC, que continua a se referir ao art. 588, quando este foi substituído pelo citado art. 475-O. Todavia, o lapso do legislador não deve impedir o aplicador do direito de invocar a regra contida, agora, no novo art. 475-O, até mesmo por ser praticamente idêntica à antiga redação do art. 588, tendo o legislador apenas realinhado os dispositivos referentes ao cumprimento das sentenças, inserindo-os num novo capítulo.

²⁸² Ainda quando da vigência do art. 588, CPC, Cássio Scarpinella Bueno firmou entendimento de que a “tutela ‘condenatória’ aparece quando há ‘execução’, assim na remissão que o dispositivo faz ao art. 588.” Continua ainda verberando, “Sempre que alguém for condenado a pagar determinada soma de dinheiro a alguém, de condenação se trata, condenação esta que se realizará por processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.” BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 101.

ou frustrada a efetivação da medida antecipatória por simples mandado, na própria ação de conhecimento, caberá ao demandante promover ação autônoma de execução provisória, com fundamento no art. 588 do Código de Processo Civil, antecedida, se for o caso, por ação de liquidação de sentença.²⁸³

Ainda sobre a tutela antecipada destinada ao pagamento de quantia em dinheiro, vale trazer à lume o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

O art. 273 do Código de Processo Civil não define a forma da execução da tutela antecipatória de soma. Contudo, como a execução da tutela antecipatória de soma é execução antecipada de crédito, a execução de tal tipo de tutela antecipatória não deverá fugir, *em princípio*, dos parâmetros do processo de execução.

[...]

A 'execução' sob pena de multa somente tem sentido em relação ao devedor que possui patrimônio suficiente para responder ao crédito.²⁸⁴

Colhe-se, destarte, a possibilidade, ainda que mínima, de êxito na fixação de multa para o cumprimento de obrigação de pagar, porém nem sempre esse instrumento de pressão do devedor trará resultados efetivos, o que demandará a utilização do rito da execução provisória, ora previsto no art. 475-O, CPC.

Noutra situação, de provimento antecipado para fins de cumprimento de uma obrigação (v.g., intervenção cirúrgica num paciente), as regras do art. 461 se mostram suficientes e aptas a que o demandado cumpra o mandamento judicial, consoante já detalhado anteriormente.

De conseguinte, faz-se mister, para a implementação prática da decisão provisória, a averiguação da natureza da medida a ser efetivada, para que assim se possa recorrer aos instrumentos legais hábeis, proporcionando resultados céleres ao jurisdicionado, evitando-se, sobretudo, expedientes inúteis à demanda.

²⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., p. 99. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. defende a possibilidade de fixação de multa fixa e não diária pelo não cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, todavia reconhece a pouca utilidade deste meio coercitivo para o recebimento de valores. DIDIER JR., Fredie, ob. cit., p. 65.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002, p. 247. Válido mencionar ainda o posicionamento de Sérgio Cruz Arenhart que, de maneira mais ousada, advoga a seguinte tese: "De todo modo, jamais haverá – exceto para as antecipações de tutela que não se fundam em *periculum in mora* – própria execução (provisória ou não) da medida, com observância do rito descrito para este processo. A medida deve ser realizada pela forma mais rápida e simples possível, com o menor número de atos que se possam conceber, já que isso é da natureza da medida antecipada. Deve-se, em princípio, na antecipação de pagamento de soma em dinheiro privilegiar a ordem sob pena de coerção ou o imediato desapossamento de bens ou de dinheiro, com sua entrega ao credor, já que apenas assim se obtém resposta adequada à urgência que determinou a expedição da liminar." ARENHART, Sérgio Cruz, ob. cit., p. 282-283.

Ainda nessa temática da efetivação do provimento antecipado, cumpre ressaltar que a parte beneficiada pela antecipação da tutela responderá objetivamente pelos eventuais danos suportados pela parte adversa, *ex vi* do art. 475-O, inc. I, CPC.

Noutras palavras: por se tratar de responsabilidade objetiva, não se perquirirá uma eventual culpabilidade do causador do dano, mas apenas se buscará a existência e mensuração do prejuízo suportado pela parte contra a qual foi deferida a tutela antecipada²⁸⁵.

Ademais, não custa lembrar que todo provimento antecipado demanda riscos, do magistrado e também da parte postulante da medida, que fica sujeita à reparação dos danos que eventualmente causar por decorrência da efetivação da tutela provisória.

Como já se ponderou noutra oportunidade, somente estará garantido o acesso à justiça, quando autor e réu gozarem de instrumentos que propiciem a efetividade da tutela jurisdicional, pois de nada adiantaria que apenas uma parte fosse beneficiária de tal direito, porquanto tal desequilíbrio macularia outro princípio também de natureza constitucional, qual seja, o princípio da isonomia.

4.12 A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar

A possibilidade de confusão gerada antes do pleno conhecimento das duas espécies de tutelas provisórias, fazendo com que as partes e os próprios julgadores questionassem se a hipótese tratava de uma tutela antecipada ou de uma medida cautelar, levou o legislador processual a incluir, com a Lei n. 10.444/02, o §7º ao art. 273, do CPC, que expressamente confere ao julgador poderes para deferir medida de natureza cautelar quando elaborado pedido de tutela antecipada.

A inovação legislativa, a seguir melhor descrita, findou por colocar uma “pá de cal” na distinção terminológica e especialmente de cunho formal entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, que em muito travavam a análise de pleitos urgentes, sob o argumento de que a parte postulante ter-se-ia utilizado do procedimento incorreto, inviabilizando a proteção do direito em vias de ser violado.

²⁸⁵ Cf. ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 123-124; BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 119-120; CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., p. 68-69; VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., p. 122.

Oportunizou-se, de conseguinte, ao juiz conceder cautelar ainda nos casos de pedido de tutela antecipada, evitando assim discussões estritamente processuais, ao cabo das quais o maior prejudicado terminava sendo o próprio jurisdicionado. Comentando este §7º, do art. 273, J. E. Carreira Alvim lembra tratar-se de uma decorrência da tentativa de simplificação da prestação jurisdicional:

O *sincretismo* processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional.²⁸⁶

O acolhimento por parte do julgador de uma providência de natureza cautelar tresvestida de antecipação de tutela é fruto do princípio da instrumentalidade das formas, que termina por permitir a fungibilidade de medidas passíveis de eventuais confusões, desde que não haja mácula direta e grosseira ao sistema processual.

Demais disso, é bom lembrar que o deferimento de medida de cunho cautelar incidentalmente a um processo de conhecimento vem a fortalecer a onda em prol da efetividade do processo, porquanto fornece amparo à própria economia processual, considerando que em apenas um processo se alcançarão os mesmos efeitos, que, no passado, se necessitava de dois processos com procedimentos distintos, com custas processuais e documentos independentes. Está aí o porquê dos aplausos que têm sido conferidos a essa inovação, porquanto deixa para segundo plano os requisitos formais em benefício dos materiais. No entanto, urge saber se é possível a fungibilidade na via inversa, ou melhor, se diante de uma medida cautelar pode o magistrado deferir a providência que deveria ter sido requerida por tutela antecipada. No plano doutrinário, a questão é controversa²⁸⁷, uma vez que algumas dificuldades afloram ao se imaginar o recebimento de um pedido de índole cautelar como sendo de tutela

²⁸⁶ ALVIM, J. E. Carreira, ob. cit., p. 128.

²⁸⁷ Apenas a título exemplificativo, Juvêncio Viana “é importante notar a dificuldade de percorrer essa via contrária (cautelar → antecipação), haja vista a robustez e o rigor dos requisitos dessa última, medida de índole satisfativa.”, VIANA, Juvêncio, ob. cit., p. 112. Enquanto Cândido R. Dinamarco aduz “a redação do novo §7º não é suficientemente clara, porque dá a impressão de que somente autorizaria o juiz a receber como cautelar uma demanda proposta com o título de antecipação, e não o contrário. Essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis. Não há fungibilidade em mão única de direção.” DINAMARCO, Cândido R., ob. cit., p. 60-61. Corroborando com Cândido R. Dinamarco, tem-se as lições de Paulo Sérgio Puerta dos Santos. SILVA, José Luiz da; SANTOS, Paulo Sérgio Puerta dos. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 144. Além disso, na obra conjunta de WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, ob. cit., 2005, p. 182 encontram-se comentários a favor da fungibilidade inversa à prevista no §7º, do art. 273.

antecipada. Primeiro, em virtude da forma de elaboração e, depois, em razão dos fundamentos em que se baseiam as cautelares, que são diversos de uma ação principal.

Não obstante esses obstáculos, principalmente de natureza formal, deve ser possibilitado ao magistrado, diante da situação examinada, avaliar se a não conversão do pedido cautelar em tutela antecipada pode trazer algum risco de irreversibilidade à parte, que, caso esteja presente, autorizará o recebimento de uma medida como se outra fosse, em estando clarividente ainda os requisitos legais do art. 273, *caput* e inc. I ou II, CPC. Nesse entender, a fungibilidade no sentido inverso do expressado na norma processual é cabível em situações de maior excepcionalidade.²⁸⁸

É essa a esteira do pensamento de Luiz Guilherme Marinoni: “A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedido cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente.”²⁸⁹

Sugerindo ainda a necessidade de participação do magistrado para fins de determinar a conversão do procedimento cautelar em procedimento comum, privilegiando assim o referido princípio da instrumentalidade das formas, tem-se o escólio de Fredie Didier Jr.:

Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. [...] A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada.²⁹⁰

Existem ainda autores que defendem a incompletude da redação do §7º, do art. 273, ao deixar de prever a chamada fungibilidade em mão dupla, como é o caso do Professor Cássio Scarpinella Bueno:

Com as considerações até aqui desenvolvidas, espero ter deixado claro que o §7º do art. 273, para me valer de lugar-comum dos textos de hermenêutica jurídica, disse menos do que deveria (e não foi o único, aliás, como vários dos

²⁸⁸ Juvêncio Viana muito embora a transcrição alhures, admite a fungibilidade inversa em “casos excepcionalíssimos”. VIANA, Juvêncio, ob. cit., p. 113.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2002.

²⁹⁰ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, ob. cit., 2003, p. 91-92.

itens precedentes acabaram por demonstrar). Na verdade, ele é supérfluo, pois o que ele rege não precisava ser expresso, decorre do sistema.²⁹¹

Frente a esse contexto, e mediante a condensação dos entendimentos *supra*, parece razoável possibilitar, em situações de dúvida, que o magistrado também converta o pedido cautelar em medida de cunho antecipatório, privilegiando assim a inafastabilidade do controle jurisdicional e a efetividade do processo como valores fundamentais da Carta da República, mesmo que, em seguida, se faça necessária a correção do procedimento ou mesmo de outras questões importantes ao regular andamento do feito.

Óbvio que, muito embora deva o preceptivo ser interpretado nos conformes acima, não se pode banalizar as ações cautelares a ponto de tornarem-se letras mortas no ordenamento jurídico pátrio. Por esse motivo, é que se advoga a tese de que somente nas hipóteses passíveis de confusão sobre a natureza do provimento (se cautelar ou se antecipatório)²⁹², e quando da iminência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao jurisdicionado, estará o magistrado apto a aplicar o §7º do art. 273, na mão inversa (cautelar → antecipação da tutela).

Também defendendo o não desaparecimento da figura do processo cautelar, que deve continuar sendo preferivelmente utilizado, encontra-se Alexandre Barbosa da Silva:

O que não se pode deixar ocorrer é a confusão entre os institutos, de modo a desnaturar a existência autônoma da importante figura denominada cautelar. O processo cautelar, em hipótese alguma deverá ser tido por esquecido, uma vez que aplicável em hipóteses específicas e peculiares.²⁹³

Mesmo assim, não se pode discordar de Cássio Scarpinella Bueno²⁹⁴, para quem ainda diante da sobrevivência do rito cautelar após a vigência do §7º do art. 273, existe tudo para que o Livro III do CPC caia em desuso, notadamente diante da

²⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 127.

²⁹² Nas palavras de Sérgio C. Arenhart: “A doutrina apressou-se em dizer que o § 7.º em exame apenas tem aplicação se presentes os pressupostos normais de aplicação do princípio da fungibilidade, ou seja, se ausente o erro grosseiro e se presente dúvida objetiva a respeito da natureza da medida. Por isso, no entendimento geral, a aplicação da regra apontada depende de dúvida clara (na doutrina, na jurisprudência ou na lei) a respeito da natureza da pretensão de urgência deduzida, aliada à inexistência de erro grosseiro na eleição da tutela buscada.” ARENHART, Sérgio C., ob. cit., 2006, p. 286-287.

²⁹³ Cf. SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título provisório nos anteprojetos de reforma do código de processo civil – uma análise inicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie. *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

²⁹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella, ob. cit., p. 135.

perspectiva do consumidor da tutela jurisdicional, em cuja visão é bem menos dispendioso o manejo de apenas uma ação ao invés de duas.

Contudo, não se trata de uma pura e simples inversão do que se denominava de “poder geral de cautela”, onde o juiz tinha poderes para deferir medidas cautelares inominadas e cautelares de cunho satisfativo, para um suposto “poder geral de antecipação”, pois hodiernamente já se sabe da existência dos dois institutos (medidas cautelares e provimentos antecipatórios), que, pelo menos em tese, não devem se confundir, fato este que era ignorado no passado.

Em verdade, apenas tem-se procurado acobertá-los num mesmo procedimento, dê-se que não haja afronta ao sistema como um todo, o que não implica dizer que um por ser mais completo do que outro o compreenda. Longe disso, notadamente pelas diferenciações já acentuadas, nas quais sequer se cogitou de tal possibilidade. É apenas uma interpretação feita sob o viés da instrumentalidade e efetividade do processo.

4.13 A tutela antecipada como técnica fundamental à efetividade do processo

Alhures, teve-se a oportunidade de apresentar características inerentes à antecipação da tutela, desde a sua diferenciação das medidas cautelares, até os momentos em que pode vir a ser deferida, a maneira de sua efetivação, seus pressupostos legais, suas hipóteses de cabimento etc.

De maneira indireta, tentou-se ainda explicar de que modo a técnica da antecipação da tutela pode imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, na medida que determinadas interpretações dos dispositivos conectados ao art. 273 do CPC, produzem resultados mais proveitosos do que outras formas de exegese.

Não é de agora o conhecimento de que a tutela antecipada surgiu com o escopo de acelerar o usufruto da prestação jurisdicional nos específicos casos amparados pela legislação processual. Entrementes, para se dar plena e ampla efetividade à prestação judicial não é suficiente a simples previsão legal da medida antecipatória, faz-se imprescindível o emprego de uma interpretação que privilegie o

acesso rápido²⁹⁵ e, ao mesmo tempo, justo do produto elaborado judicialmente, a saber, a solução dos conflitos públicos e particulares.

De nada serve a atuação legislativa se a comunidade jurídica não se engaja na concretização dos valores positivados. Ou seja, não tem qualquer utilidade a figura da tutela antecipada, prevista legalmente no art. 273 do CPC, e ainda nos arts. 461 e 461-A, também do CPC, se os operadores do Direito não convergirem forças em prol dos resultados teoricamente previstos pelo legislador²⁹⁶.

O mecanismo da tutela antecipada merece e deve ser utilizado até mesmo por ter suas raízes no próprio direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, de forma que a implementação de direitos fundamentais depende essencialmente de investidas do legislador ordinário²⁹⁷, especialmente porque o texto constitucional não abre espaços para delongas legislativas.

Outrossim, os regramentos infraconstitucionais, por serem decorrentes de princípios e valores constitucionais, devem ser interpretados a partir da sua própria natureza originária, como assevera Luiz Guilherme Marinoni:

Já se deixou claro que a lei, no Estado Contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.²⁹⁸

Com efeito, é focado no direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional que se deve procurar interpretar as normas que regulam o instituto da tutela antecipada. Não se pode perder de mira o referido valor, que já se encontrava elevado

²⁹⁵ O aceleramento da prestação jurisdicional é um antigo anseio da população, que sempre se viu extremamente preocupada com o atraso da prestação judicial. Mesmo juristas de escol, como Edgard de Moura Bittencourt nos idos de 1965, advertia que “talvez o maior flagelo da realização da justiça seja o atraso. Não exagero nesta afirmação, porque para tudo há remédio; para erro e para corrupção. Só contra morosidade é que os remédios não atuam, ou pouco efeito produzem”. BITTENCOURT, Edgard de M. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 169.

²⁹⁶ Nesse contexto, impossível olvidar-se das lições sempre atuais de Ferdinand Lassalle: “De nada serve o que se escreve numa *folha de papel* se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder.” LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 68.

²⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni ratifica tal entendimento, revelando: “As normas constitucionais, na atualidade, afirmam direitos cuja efetividade necessita de regramento infraconstitucional e, portanto, requer a atuação do legislador ordinário.” MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2005, p. 51.

²⁹⁸ Idem, p. 50.

constitucionalmente à categoria de direito fundamental com o inc. XXXV, do art. 5º, tendo tal posição sido ratificada com a inclusão do inc. LXXVII ao art. 5º da CF/1988.

Em verdade, quando se afirma que a tutela antecipada se trata de técnica à efetividade do processo, está-se revelando que a antecipação dos efeitos do provimento é um método criado pelo legislador ordinário que tem por finalidade garantir o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, para tanto deve o operador do direito aplicar as normas disciplinadoras do instituto preservando sempre os valores da justiça e da utilidade da tutela jurisdicional.

Com base nos valores acima, é que se advogou a tese da possibilidade da antecipação da tutela de maneira *inaudita altera parte*, ao contrário do que outros doutrinadores sustentam; defendeu-se ainda a possibilidade do deferimento da tutela antecipada mesmo diante de efeitos irreversíveis, sempre após um balanceamento dos valores constitucionais envolvidos, etc.

Ademais, a antecipação da tutela é um dos raros instrumentos processuais que comporta funções das mais lúdicas. Primeiramente, permite ao litigante que possui, teoricamente, mais direito do que o outro usufruir antecipadamente dos efeitos da prestação jurisdicional. Segundo, evita que a parte detentora de mais direito, também no plano teórico, sofra prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, que ocorreriam caso se aguardasse a regular tramitação do feito. Terceiro, pode servir de mecanismo sancionador da parte que esteja a utilizar de atitudes indecorosas e contrárias à boa-fé processual. Além disso, a inúmeras outras funções se presta a tutela antecipada.

Em todas as situações anteriormente descritas, nas quais se demonstrou o préstimo da antecipação da tutela, termina-se conferindo maior efetividade à prestação judicial, uma vez que esta passa a ter maior utilidade, já que a parte, na qualidade de consumidora da prestação jurisdicional, será beneficiada com o recebimento do amparo do Judiciário em um espaço de tempo mais curto, evitando-se assim aquelas hipóteses, até comuns, de perecimento do objeto litigioso. Ou seja, aquelas situações em que a prestação jurisdicional não tem mais qualquer utilidade, pois o pedido da parte não há como se materializar, dado o decurso do tempo, que acabou por prejudicá-lo.

Deve-se confessar, mesmo porque não se trata de nenhuma artimanha da sistemática das medidas urgentes, que a regra da antecipação de tutela imprime riscos aos jurisdicionados, pelo fato de conferir à parte os efeitos da tutela antes do tempo ideal para a conclusão do julgamento da causa. Observe-se, no entanto, que estes riscos devem ser suportados pela parte teoricamente carecedora do melhor direito, sendo que ainda assim o sistema lhe garante meios de saída para as situações decorrentes de erros ou injustiças (revogabilidade da tutela antecipada, prestação de caução, vedação de medidas de efeitos irreversíveis, responsabilização do beneficiário pelos danos injustamente causados ao adversário etc.).²⁹⁹

A efetividade da prestação jurisdicional depende essencialmente de riscos. Não se está a falar de irresponsabilidade do julgador, mas sim na necessidade de superação de incertezas, desde que substanciadas em fortes razões jurídicas e materiais que amparem o magistrado, conferindo-lhe segurança na prolação de suas decisões. No escólio de Cândido Rangel Dinamarco, ao enfrentar o tema acima iluminado, tem-se:

Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de incertezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros.³⁰⁰

De natural evidência, que a situação ideal, ou idealíssima, seria que um processo judicial, imediatamente após instaurado, tivesse formada a tríade processual, com uma célere instrução probatória e um breve julgamento da lide, tudo num curto espaço de tempo, no qual o juiz apresentasse a solução do caso com o máximo de segurança e no mínimo espaço de tempo possível.

Nessa hipótese utópica, em que o processo judicial findar-se-ia em 05 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) dias, talvez não fosse necessário pensar num instituto como o da antecipação da tutela, porquanto teria pouca utilidade e também porque certamente o problema da tempestividade da tutela jurisdicional não seria tão central como o é na atualidade.

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2004, p. 19.

³⁰⁰ Idem, p. 18.

Porém, como o Judiciário não leva 05 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) dias para julgar um processo, mas sim 05 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos, e às vezes até mais tempo, a questão da efetividade da prestação jurisdicional termina dominando os debates sobre os prognósticos da justiça brasileira, sendo a tutela antecipada um dos mecanismos existentes que permitem o oferecimento de decisão judicial mais justa e tempestiva, garantindo a própria efetividade do sistema, que indubitavelmente não seria a mesma, caso ignorada essa tutela de caráter provisório.

Importante ainda ter consciência que o instrumento processual da antecipação da tutela, por si só, não será capaz de solucionar a grave preocupação que assola o Judiciário brasileiro, a saber, a lentidão no julgamento das causas em geral. Tampouco qualquer outro instrumento de forma isolada terá esta aptidão.

Ainda assim, a medida antecipatória é um ótimo instrumento para imprimir efetividade à prestação jurisdicional, visto que tem notória capacidade de evitar o perecimento dos objetos litigiosos, oportunizando às partes a sua fruição antecipada, dès que implementadas as condicionantes legais.

A ingerência humana, no caso específico a interferência do exegeta, tem substancial importância a fim de extrair o real significado da norma infraconstitucional, a qual tem por principal finalidade concretizar o postulado constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, que embora não vá se materializar unicamente com a técnica da antecipação da tutela, depende essencialmente de sua boa implementação, até mesmo por se ter mostrado apta a otimizar resultados.

CONCLUSÃO

Desde o início do presente labor, tem-se procurado demonstrar a atual preocupação, latente nos operadores do direito pátrio, de imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional, ainda que para tanto tenha de se abdicar de outras garantias que, até bem pouco tempo, eram tidas como de natureza absoluta e impossíveis de relativização, tal como a própria segurança jurídica.

Nesse contexto aflora o instituto da antecipação da tutela, instrumento processual decorrente das reformas no Código de Processo Civil, que teve e ainda tem por principal escopo abreviar o alcance da tutela judicial, tentando otimizar o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, sem olvidar-se contudo da necessária harmonização com o princípio da segurança jurídica. Oportunidade esta em que se faz imprescindível a presença de outro princípio, a saber, o da proporcionalidade, que tem como substrato uma inigualável capacidade de equilibrar valores com assento constitucional, garantindo sempre o máximo de eficiência a cada um dos valores supostamente em conflito.

Destarte, nada obstante a efetividade da tutela judicial, cada vez mais reclamada pelos jurisdicionados, e a segurança jurídica teoricamente pareçam incompatíveis, por assimilarem conceitos aparentemente contraditórios, nada mais relevante do que as próprias decisões de cunho provisório (tutela antecipada e as medidas cautelares) para demonstrar a valiosa e desejada necessidade de convivência parcimoniosa entre os citados princípios.

Até então não se descobriu um princípio constitucional que tenha caráter absoluto, ao revés, mais do que nunca, chegou-se à conclusão de que num ordenamento jurídico, o legislador constituinte ou mesmo infraconstitucional elaborou um sistema repleto de princípios (normas dotadas de maior abstratividade, ao contrário das normas-regras), os quais possuem conteúdo variável em nível de intensidade, ou seja, a depender da situação concreta pode-se exigir a sua maior ou menor atuação, desde que sempre permaneçam em atividade.

As tutelas provisórias (antecipação da tutela e medidas cautelares) decorrem, pois, da atuação conjunta dos princípios da segurança jurídica e da efetividade do processo, tendo sido assim denominadas (“provisórias”) pelo simples fato de estariam passíveis de sofrer modificação a qualquer tempo, exatamente por não se revestirem do manto da coisa julgada material.

É evidente ainda que a própria provisoriedade das medidas cautelares e da tutela antecipada são conseqüências naturais do juízo cognitivo exercido pelo magistrado, possuindo caráter apenas superficial (sumária), ou seja, menos aprofundado no sentido vertical, o que ainda assim é bastante louvável porquanto protege as situações que não podem se sujeitar ao lapso temporal despendido pelo exercício da cognição completa (exauriente).

Conquanto arroladas no gênero tutelas provisórias, a antecipação da tutela não deve ser confundida com as medidas cautelares. Aquela, incluída textualmente no Código de Processo Civil pátrio apenas no ano de 1994, responde pelas situações em que o jurisdicionado necessita da própria prestação jurisdicional antes do tempo regular de espera pelo resultado útil da demanda, ao passo que as medidas cautelares servem às hipóteses em que se pretende tão somente resguardar (garantir) a fruição futura do bem jurídico a ser tutelado.

Os sistemas jurídicos alienígenas, notadamente da Itália (*provvedimenti d'urgenza*), da França (*référé provision*, *référé injonction* e *ordonnances sur requête*), da Alemanha (*einstweiligen Verfügungen* e *Rechtsfriedensfunktion*), da Argentina (*medidas cautelares*, *anticipación de la tutela* e *medidas autosatisfactivas*), do Chile (*medidas provisionales*), do Uruguai (*tutela anticipada* e *medida cautelar*) e dos Estados Unidos da América (*interlocutory injunction*), também estão aí para comprovar a importância de mecanismos processuais que possibilitem a fruição antecipada do resultado esperado da demanda, relativizando até mesmo certos dogmas da processualística, como o postulado do contraditório e da ampla defesa.

O estudo do direito comparado também serviu para afastar qualquer estigma de que o sistema de decisões provisórias pátrio estaria aquém do esperado. Muito pelo contrário, findou por demonstrar que países, como a Argentina e o Uruguai,

utilizam o regramento brasileiro como base de estudos para a implementação de mudanças em suas legislações, enquanto que o sistema italiano continua sendo a fonte inspiradora do regime nacional, ao passo em que a Alemanha e o Chile ainda se encontram na fase inicial de regulação das tutelas provisórias.

A parte central desta pesquisa, no entanto, envolveu o exame de questões pontuais sobre a tutela antecipada, que foram introduzidas pelo legislador ordinário e pelo poder constituinte derivado e que se prestam à condução de um processo sem dilações indevidas, garantindo ao jurisdicionado a efetivação de seu direito.

Para um estudo do atual regramento da antecipação da fez-se mister a análise da sua evolução no direito brasileiro, a partir das crises perpassadas pelo Poder Judiciário pátrio que terminaram por deixar a sociedade desacreditada nessa importante função estatal, especialmente em razão da pouca utilidade das decisões judiciais. Desse contexto, resultaram estudos com a finalidade de implementar reformas no CPC, que priorizaram substancialmente a efetividade da prestação jurisdicional, remodelando consideravelmente o instituto da tutela antecipada (v.g. Lei n. 10.444/2002).

Ao se examinar a forma de exercício do contraditório quando diante de um pleito antecipatório, restou certo que não existe uma fórmula concreta e intangível a ser seguida pelo magistrado, o qual possui uma certa margem de liberdade para examinar como e quando a parte adversa deve manifestar-se frente a um pedido de tutela provisória.

Inexistem dúvidas ainda de que a antecipação da tutela depende necessariamente de requerimento da parte, sendo que não somente o autor (e as suas figuras derivadas, e.g. o reconvinte e o réu que formula pedido contraposto, além do litisdenunciante e do responsável pelo chamamento ao processo), como também o próprio réu está autorizado a formular pedido de natureza antecipatória.

Invariavelmente, qualquer estudo sobre a antecipação da tutela não poderia olvidar-se de buscar uma maior determinação de conceitos ligeiramente vagos, de conteúdo aberto e que possuem íntima ligação com a tutela antecipada, a saber, a

verossimilhança do alegado (relativa certeza sobre a veracidade dos fatos) e a prova inequívoca (conjunto de elementos endo e exoprocessuais capazes de convencer o julgador de um determinado fato), ambos qualificados como requisitos ou mesmo pressupostos do deferimento da medida, conforme dicção do *caput* do art. 273.

A análise acurada de tais pressupostos apresenta-se relevante até mesmo para que seja feito um correto *discrimen* entre as denominadas “tutelas provisórias”, nas quais se enquadram a tutela antecipada e as medidas cautelares.

Ainda na linha dos elementos necessários à concessão da tutela antecipada, e tendo por base o assaz citado art. 273 do CPC, verificou-se ainda que existem duas hipóteses alternativas de deferimento da medida, ou seja, quando diante de um dano irreparável ou de difícil reparação (impossibilidade de postergação da atuação do Poder Judiciário), ou quando do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu (atuações maliciosas e reprováveis que retardam e, por conseguinte, comprometem a boa atividade jurisdicional), situações estas análogas a instrumentos processuais do direito francês e do italiano.

Sabe-se ainda que basta a presença de uma das citadas alternativas para, em conjunto com a verossimilhança do alegado e a prova inequívoca (que na verdade diz respeito ao conjunto de elementos probantes capazes de convencer o magistrado da realidade da situação fática descrita pela parte), possa vir a ser deferida a medida antecipatória.

A antecipação da tutela relativa à parcela incontroversa da demanda também foi objeto de estudo, especialmente por se tratar de alteração propalada pela Lei n. 10.444/2002 e que teve novamente como anseio primordial a ampliação das formas de proporcionar a efetividade do processo.

A parcela do pedido se torna incontroversa quando da falta de contestação e quando do reconhecimento de parte da pretensão do autor pelo réu, e em ambas as hipóteses é cabível a antecipação da tutela através de decisão de cunho provisório, como é da natureza da tutela antecipada, não estando apta a fazer coisa julgada material e, por conseguinte, podendo ser modificada quando do julgamento final de mérito da lide, não podendo ser considerada julgamento antecipado da lide, até

porque a legislação processual não a prevê nas hipóteses do art. 330 do CPC, mas sim como sendo caso apenas de antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

As denominadas “tutelas específicas” (obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa), previstas nos art. 461 e 461-A do CPC, dentro do contexto da efetividade da prestação jurisdicional, tem revelado seus caros valores, porquanto se concentram na produção de resultados equivalentes ao cumprimento espontâneo da obrigação comissiva ou omissiva, utilizando-se de meios dotados de especial carga coercitiva, como é o caso das astreintes, que ficam a cargo do magistrado e permitem a produção de efeitos de alta praticidade às decisões judiciais.

Outrossim, o §2º do art. 273 do CPC, que impede a antecipação da tutela quando os seus efeitos forem irreversíveis, deve ser interpretado de forma relativa e à luz do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser utilizado para fins de balanceamento dos bens jurídicos em jogo, indicando qual deles deve prevalecer em determinada hipótese, ainda que se tenha de correr riscos³⁰¹.

A interpretação literal do referido dispositivo legal não se coaduna com o próprio princípio da efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que em muitas situações o adiamento na outorga do pedido autoral pode implicar a sua inutilidade, e ainda pelo fato do julgador dispor de mecanismos (v.g. prestação de caução) que podem recompor eventuais prejuízos sofridos pela parte adversa, caso, ao final do processo, se verifique o equívoco da decisão provisória.

No ponto relativo à tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sem embargo de alguns obstáculos costumeiramente levantados para impedir as tutelas provisórias contra entes públicos (e.g. as leis que vedam a antecipação da tutela em determinadas matérias; o reexame necessário como condicionante de eficácia das decisões contra a Fazenda; e o sistema dos precatórios como regra de cumprimento das

³⁰¹ Em trabalho específico sobre a questão das tutelas de urgência e os seus riscos, por se tratar de decisão de cunho provisório, Francisco Carlos Duarte, entende, tal como se defende neste trabalho, que na sociedade contemporânea a decisão urgente é um direito fundamental do cidadão, registrando ainda que: “Assim, o único ‘risco’ que a sociedade contemporânea não está disposta a aceitar é o da não-decisão. É que a decisão judicial urgente é vital para a redução da contingência social e medida que ela mesma é posta como um risco aceitável: é preferível o risco de uma decisão urgente equivocada, passível de correção pelos dispositivos recursais, do que a ausência de decisão urgente, que implicaria a impossibilidade de antecipação do risco futuro.” DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). *Direito fundamental à decisão judicial urgente*. In: _____. *Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 92-93.

decisões condenatórias contra os entes públicos), sabe-se que todos são absolutamente transponíveis, até mesmo porque relativos, e portanto passíveis de superação, caso contrário ter-se-ia uma legítima afronta ao postulado da efetividade, que deve ser alcançado independentemente das partes litigantes.

Intimamente relacionado com a tutela antecipada contra entes públicos, o pedido de suspensão de tutelas jurisdicionais se apresenta nos sistema processual pátrio como um instrumento processual eminentemente fazendário (e excepcionalmente utilizado por pessoas de direito privado exercentes de serviços públicos) que tem por capital escopo a preservação do interesse público primário frente a interesses nitidamente privados, sendo que para tanto não se pode simplesmente relegar o princípio da efetividade do processo, que impõe ao julgador a análise ainda que perfunctória da questão de fundo do pedido de suspensão e não só as matérias regularmente observadas (lesão à ordem, economia, saúde e segurança), como já tem entendido o Colendo STF em ações de natureza semelhante (Reclamações).

Demais disso, como refletido anteriormente, o deferimento do pedido antecipatório depende essencialmente do preenchimento dos seus pressupostos legais autorizadores, de sorte que o diploma processual civil não poderia indicar a oportunidade adequada à concessão do pleito provisório, cabendo ao magistrado, diante do pedido da parte, examinar a presença ou não dos requisitos legais para o acolhimento da solicitação do jurisdicionado.

Desta maneira, variam as ocasiões em que os elementos do art. 273, fundamentais à outorga da pretensão antecipada, mostram-se realizados, influenciando diretamente no momento de deferimento da medida, que poderá ocorrer antes da sentença (*inaudita altera parte* ou não), na própria sentença (como forma de afastar o efeito suspensivo da apelação) ou mesmo posteriormente ao decreto sentencial (na fase recursal), garantindo na medida do possível a efetividade do processo, que é totalmente contrária a limitação temporal de decisões antecipatórias.

As maneiras de efetivação da tutela antecipatória, ou melhor, as formas de concretização do mandamento judicial devem procurar promover ao beneficiário da medida a sua real utilidade, evitando-se ainda que a parte prejudicada pela decisão tenha margens para descumpri-la, ao seu bel-prazer, fazendo-se muitas vezes

imprescindível o manejo das regras dos arts. 461 e 475-O do CPC, a depender da natureza da decisão antecipatória.

Quando da efetivação das decisões judiciais, o julgador também não deve se olvidar de que a parte ré, ao final da causa, pode demonstrar estar com o direito, sendo-lhe permitido o estabelecimento de caução a fim de garantir o ressarcimento de eventuais danos sofridos pela parte, evitando-se ainda um novo processo com o objetivo de reparar prejuízos.

Conclui-se, portanto, que existe uma real e inevitável conexão entre a antecipação da tutela e a efetividade do processo, sendo aquela uma manifestação concreta e extremamente útil dessa garantia processual, tão almejada na atualidade e com status constitucional.

Ocorre que a tutela antecipada para alcançar o seu objetivo fundamental necessita de uma compreensiva atuação do exegeta, que deve ter sempre como foco o princípio da efetividade do processo, especialmente para evitar interpretações isoladas que releguem a segundo plano essa norma principiológica, atentando ainda contra antigos anseios da sociedade contemporânea.

Ademais, sem embargo da enorme utilidade do instituto da tutela antecipada e do empreendimento de constantes reformas na legislação processual, estas ainda não se mostram suficientes ao atingimento da atividade fim do Poder Judiciário, a saber, tutelar os direitos dos jurisdicionados de maneira efetiva.

Urge, pois, que haja esforços para o melhor aparelhamento das estruturas do Judiciário, o treinamento dos profissionais que lidam diuturnamente com a função judicante e a realização de estudos que tendam a simplificar o andamento interno dos processos judiciais, extirpando atos meramente burocráticos e que retardam a marcha processual³⁰².

Pode auxiliar e muito nessas questões o Conselho Nacional da Justiça (CNJ), inserido como órgão do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45/2004

³⁰² Em matéria de antecipação da tutela, válido registrar a existência do Projeto de Lei de n. 186/2005 (Senado Federal), elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), visando modificar os §§ 4º e 5º, do art. 273 e o acréscimo dos arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D, todos do CPC, a fim de permitir a chamada “estabilização” da tutela antecipada. CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Reforma infraconstitucional do processo civil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005, p. 75-79.

(Reforma do Judiciário) e que terá dentre as suas atribuições (art. 103-B, §4º, inc. VII, da CF/88) a de “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

Sem maiores delongas, de tudo quanto exposto, sobressai com relevo o fato de restar pacífico o entendimento de que da forma como está não devemos permanecer. Modificações precisam continuar a ocorrer não só interna como externamente ao Judiciário³⁰³, pois, *verbi gratia*, as partes devem ser cômicas de que a sua condição de litigante importa a observância de condutas responsáveis e moralmente aceitas, sob pena de atentar-se contra a dignidade da própria Justiça e este é o valor que se busca preservar com a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

A Reforma do Judiciário, pois, deu apenas o seu pontapé inicial³⁰⁴.

³⁰³ Não é, no entanto, o propósito desta pesquisa elaborar prognósticos acerca da sistemática processual pátria, até mesmo porque Norberto Bobbio ao ser indagado sobre o futuro da democracia, já retrucava: “A dificuldade de conhecer o futuro depende também do fato de que cada um de nós projeta no futuro as próprias aspirações e inquietações, enquanto a história prossegue o seu curso indiferente às nossas preocupações, um curso aliás formado por milhões e milhões de pequenos, minúsculos, atos humanos que nenhuma mente, mesmo a mais potente, jamais esteve em condições de apreender numa visão de conjunto que não tenha sido excessivamente esquemática e portanto pouco convincente.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio N. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.

³⁰⁴ Comentando a EC n. 45/2004, que trata da Reforma do Judiciário, Pietro de Jesús Lora Alarcón alerta que “um renovado esquema de funcionamento para garantir a presteza da tutela jurisdicional requer uma simultânea recomposição dos papéis do Executivo e do Legislativo para dar efetividade à reforma e outorgar-lhe o suporte necessário, fortalecendo um Judiciário atuante, capaz de defender os direitos fundamentais e a cidadania diante de fortes esquemas de corrupção e criminalidade.” ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 31.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lota. Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do código de processo civil. *Revista de processo*, n. 80, São Paulo: RT, p. 103-110, out./ dez. 1995.

ALVIM, José Eduardo. Carreira. *Tutela antecipada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E. Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1982.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBERO, Osvaldo; CARBONE, Carlos A. Crônica sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (uma tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BERIZONCE, Roberto Omar. La tutela anticipatória em Argentina. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O futuro da democracia*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo (fund.). *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. Introducción al estado sistemático de las medidas cautelares. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.
- CALMON FILHO, Petrônio (Org.). *Reforma infraconstitucional do processo civil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed.rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- CARBONE, Carlos Alberto. Consideraciones sobre el nuevo concepto de “fuerte probabilidad” como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.
- _____. *Como nace el derecho*. 3. ed. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- CARPI, Frederico. *La tutela d’urgenza*. Bari: Atti del XV Convegno Nazionale, 1985.
- CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso de direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva 1999.

_____. _____ . São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2005.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O §6.º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado da lide. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo: Oliveira Rocha, v. 1, 2003.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Antecipação e antecipações. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001b. v. I, II e III.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed.rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DUARTE, Francisco Carlos. Direito fundamental à decisão judicial urgente. In: _____ (Coord.). *Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. v. I.

FERRAZ, Sérgio. Regime jurídico da liminar em mandado de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed.rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCIULLI NETO, Domingos. *A prestação jurisdicional – o ideal idealíssimo, o ideal realizável e o processo de resultados*. Campinas: Millennium, 2004.

FUX, Luiz. *Tutela de urgência e plano de saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GINESINI, Rita. Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREIF, Jaime. Procesos urgentes. Anticipación de la tutela. Procesos monitorios. In: _____ (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA*, n. 215, p.151-179, 1999.

_____. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 533-542, 2003.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria del proceso cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e antecipação dos efeitos da tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEGRAND. *A utopia do Brasil*. Belo Horizonte: Soler, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudo sistemático da tutela antecipada: os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à jurisdição nas ações contra o poder público*. Fortaleza: Nacional, 2003a.

_____. *Estudos processuais sobre o mandado de segurança*. 3. ed. Fortaleza: Imprece, 2003b.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: _____ (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; DIDIER Jr, Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Gilson Delgado; MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORELLO, Augusto M. *Anticipación de la tutela*. La Plata: Libreria Editorial Platense S.R.L, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 5, n.29, p. 28-29, maio/jun., 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed.rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista de Processo*, n. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 183-194, jan./mar. 2000.

OLIVEROS, Raúl Tavorlari. Medidas provisionales en el derecho procesal chileno. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III: arts. 270 a 331.

PEYRANO, Jorge W. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. In: _____. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

PHILIPPE, Xavier. *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Aix-Marseille, 1990.

RICCI, Edoardo F. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual civil italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Tutela no futuro direito italiano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIOL, Maria I. La cosa juzgada em relación a las medidas autosatisfactivas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

RIVAS, Adolfo A. La satisfacción anticipada de la pretensión. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.

ROCHA LIMA, Tiago Asfor. A lei nº. 11.187/2005, a nova disciplina dos agravos e a era da efetividade do processo. *Revista dialética de direito processual (RDDP)*, n. 38. São Paulo: Dialética, p. 113-118, 2006.

_____. E o interesse público? *Diário do Nordeste*, seção Opinião. Fortaleza, 08.05.2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALES, Deborah; ROCHA LIMA, Tiago Asfor. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2006.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1.

SHIMURA, Sérgio. Problemas relativos à Fazenda Pública, tutela antecipada e execução provisória. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Alexandre Barbosa da. Tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela específica, execução imediata da sentença e a execução fundada em título provisório nos anteprojetos de reforma do código de processo civil – uma análise inicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie. *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Luiz da; SANTOS, Paulo Sérgio Puerta dos. *Reforma processual civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TAVARES, André Ramos (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TREPAT, Cristina Riba. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VARGAS, Abraham Luis. Teoría general de los procesos urgentes. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

VENTURI, Elton. A natureza jurídica dos pedidos de suspensão da eficácia de liminares e sentenças contrárias ao poder público. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1985.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3. ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *A cognição no processo civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

WHITE, Inês Lépori. Apuntes sobre valoraciones legales em la medida autosatisfactiva. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed.rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.