

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito
Processual Civil**

RITA MARIA DE LIMA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

**Cuiabá/MT
Abril de 2010**

RITA MARIA DE LIMA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Cuiabá/MT
2010**

RITA MARIA DE LIMA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedicatória

*Dedico este trabalho ao meu companheiro **Renato**, pela dedicação e incentivo aos meus estudos.*

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar saúde, capacidade e, sobretudo, perseverança para atingir meus objetivos.

Agradeço a minha família, pela colaboração e apoio que tem me dado.

Agradeço a todos meus amigos e companheiros de curso, que de alguma forma contribuíram para que eu concluísse mais essa etapa da minha formação profissional.

Agradeço aos professores, pela valorosa contribuição no processo de aprendizagem.

Agradeço finalmente, à Administração do Poder Judiciário de Mato Grosso, pela oportunidade que me foi dada.

Epígrafe

*“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça
qualificada e manifesta.”*

Rui Barbosa

RESUMO

A quantidade de pessoas que procuram o Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos de interesse é cada vez maior, causando um aumento exacerbado no volume de processos à espera da prestação da tutela jurisdicional, tanto na instância singular como na superior. Essa demanda processual justifica a escolha do tema, vez que o instituto da tutela antecipada tem o objetivo precípua de simplificar e agilizar o procedimento, evitando os males provocados pelo decurso do tempo na entrega da prestação jurisdicional e conferindo maior efetividade ao provimento jurisdicional. Para esse fim, é importante a análise da doutrina e da jurisprudência que vêm nos orientando no sentido da utilização cada vez maior do instituto da tutela antecipada, cuja criação, mediante a celeridade que imprime ao processo, beneficia tanto as partes envolvidas no litígio, como todo o Poder Judiciário, pois a Justiça precisa envidar todos os esforços para recuperar o respeito e a credibilidade em relação à sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: direito processual civil, tutela antecipada.

ABSTRACT

The number of people seeking the Judiciary to resolve their conflicts of interest is increasing, causing an exaggerated increase in volume of cases awaiting the delivery of judicial protection, both in singular and in the upper body. This procedural demand justifies the choice of topic, since the institution of injunctive relief is the ultimate goal to streamline and expedite the procedure, avoiding the evils caused by the passage of time in delivery of adjudication and greater effectiveness to the court upheld. To this end, it is important to analyze the doctrine and jurisprudence that have guided us towards the increasing use of the Institute of injunctive relief, which was created by the speed that prints the process benefits both parties to the dispute, as the entire judiciary because the Court must make every effort to regain the respect and credibility in relation to society.

KEY WORDS: civil procedural law, injunctive relief.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I NOÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL	12
1.1. Teoria geral da antecipação de tutela de mérito no processo civil brasileiro...	12
CAPÍTULO II A TUTELA ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO	16
2.1. Conceito e natureza jurídica.....	16
2.2. Cabimento e pressupostos.....	18
2.3. Momento processual para o requerimento da tutela antecipada.....	25
2.4. Ações que admitem a antecipação de tutela.....	28
2.5. A concessão de liminar de antecipação de tutela antes da ouvida do réu	31
CAPÍTULO III A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	34
3.1. Antecipação da tutela, princípios constitucionais e processo.....	34
3.2. A tutela antecipada e o princípio constitucional da proporcionalidade	44
CAPÍTULO IV A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO E A QUESTÃO PROCESSUAL	49
4.1. A tutela antecipada em face dos princípios fundamentais e princípios informativos do direito processual civil	49
4.2. A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro e a antecipação da tutela de mérito	51
4.3. O problema da eficácia e dos efeitos na perspectiva da tutela antecipatória ..	53
4.4. A tutela antecipatória e a efetividade do processo	55
4.5. O julgamento antecipado da lide em face da antecipação de tutela	57
4.6. Distinção entre os casos de tutela antecipada e os de tutela cautelar	61
CAPÍTULO V A TUTELA ANTECIPADA E OS PROVIMENTOS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIOS, CAUTELARES E LIMINARES	74
5.1. As espécies de tutela jurisdicional e sua classificação tradicional	74
5.2. A tutela antecipada e os provimentos liminares	76
5.3. A antecipação de tutela com e sem liminar	78
CAPÍTULO VI A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	80
6.1. A controvérsia na doutrina e na jurisprudência	80

CAPÍTULO VII	
MODIFICAÇÕES DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	88
7.1. A implementação do § 6º.	88
7.2. A implementação do § 7º.	89
CONCLUSÃO	91
BIBLIOGRAFIA	94

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade pressupõe a existência de normas reguladoras das relações entre as pessoas, com o objetivo de estabelecer parâmetros para que sejam atingidos o equilíbrio e a ordem. Para fazer valer tais normas, o Estado, enquanto organismo político-administrativo dotado de soberania, representa, por uma tênue via, a própria Justiça, cumprindo-lhe, por consequência, assistir e zelar coletivamente de seus membros, como verdadeiros partícipes da convivência harmônica.

Ocorre, todavia, que, na prática, nem sempre o Estado-juiz distribui uma justiça eminentemente justa, e faz, por consequência, germinar o empobrecimento “lícito” e o transtorno nos indivíduos, causando, assim, prejuízo por vezes irreparável. Uma decisão injusta ultrapassa, em significado, sua aplicabilidade; atinge muito mais que aquilo que está sob seu julgamento, ferindo de morte todo o princípio organizacional do Estado.

Ainda assim, o processo, através do qual o Estado-juiz exerce a jurisdição, é o único meio concreto que legitima o detentor do direito a exercê-lo apropriadamente, solucionando as lides e restabelecendo o *status quo* nos conflitos entre os cidadãos.

Não obstante, é esse mesmo processo que, em face dos “essenciais” prazos processuais, acaba por contribuir com a injustiça. Isso é assim porque o processo é uma seqüência de atos, onde um ato só poderá existir após o outro, o que evidentemente, leva à fixação de prazos.

Entretanto, algumas vezes, o transcurso do tempo através dos prazos ocasiona mudanças irreparáveis nas coisas, nas pessoas ou nas relações jurídicas envolvidas no litígio. Diante disto, a fim de garantir a harmonia social e visando a celeridade processual, introduziu-se no ordenamento processual brasileiro o instituto da tutela antecipada.

Por se tratar de um tema polêmico, nota-se a necessidade de se realizar um estudo mais aprofundado sobre a tutela antecipada, objetivo esse a que se propõe a presente monografia.

Para tanto, o Capítulo I apresentará noções gerais a respeito do instituto em debate e a sua evolução no direito processual até os dias atuais.

Por sua vez, no Capítulo II, sobre a tutela antecipada de mérito, será estudado o instituto propriamente dito, observando-se as suas peculiaridades, segundo a legislação, doutrina e jurisprudência.

O Capítulo III, que tratará da tutela antecipada sob a ótica constitucional, analisará o instituto frente aos dispositivos constitucionais em vigor.

Já o Capítulo IV, abordará o referido instituto sob a ótica exclusivamente do direito processual, analisando as diversas “nuances” pelas quais é vista a tutela antecipada pelos mais renomados doutrinadores e pela jurisprudência.

A seu turno, o Capítulo V, que cuidará dos provimentos judiciais antecipatórios, fará um enfoque do instituto da antecipação da tutela, distinguindo-o das cautelares, através da investigação das peculiaridades de cada instituto.

Finalmente, o Capítulo VI, abordará a questão da tutela antecipada em face à Fazenda Pública.

Por conseguinte, tem a presente monografia o objetivo de discorrer sobre o instituto da tutela antecipada, enfocando suas características e aplicabilidade no mundo jurídico, bem como algumas questões que suscitam polêmica, sem a pretensão, evidentemente, de exaurir o assunto, mas apenas de proceder a uma análise crítica e delimitada sobre o referido instituto.

Para tanto, utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo, analisando a legislação, a doutrina e a jurisprudência que tratam do instituto da tutela antecipada. Da mesma forma, será usado o método de procedimento histórico, diante da necessidade de analisar as notícias históricas de legislações em vigor, bem como daquelas anteriores, mas não menos importantes.

CAPÍTULO I

NOÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL

1.1. Teoria geral da antecipação de tutela de mérito no processo civil brasileiro

Como é notório, o Brasil exhibe, atualmente, um poderoso arsenal legislativo no tocante ao Direito Processual Civil, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, que patrocinou a ampliação dos instrumentos de tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Entretanto, por várias razões, ganha terreno a insatisfação com a ineficácia dos serviços prestados pela Justiça, na solução das lides, sobretudo sob o ângulo do binômio celeridade/efetividade, sendo relevante trazer à lume, nesse contexto, a célebre frase de Rui Barbosa no sentido de que *"a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"*, por condensar a idéia fundamental, no âmago da sociedade, de buscar-se uma rápida composição das lides, pois, da mesma forma que o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo também desempenha idêntico, dramático e perverso papel.

É por essa razão que, atualmente, nas tensões entre a segurança jurídica e a efetividade do processo, a preocupação, que antes restringia-se à esfera da segurança e do formalismo, passou para a órbita da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional.

Por conseguinte, busca-se, atualmente, a celeridade da justiça, com a realização da prestação jurisdicional em tempo breve, de forma a torná-la efetiva.

Com esse objetivo, constitui-se a tutela antecipatória no mais festejado instrumento para a efetividade do processo e a tutela dos direitos, sendo um remédio jurídico capaz de afastar a influência maléfica do tempo no processo, mormente no denominado processo comum ordinário, cuja duração exacerbada conduziu a uma verdadeira crise na justiça civil.

Com a introdução desse instituto, além de serem neutralizados expedientes protelatórios ou o abuso do direito de defesa do demandado, visando ao retardamento da tutela jurisdicional, poupa-se o demandante de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

O texto do art. 273, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, autoriza nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Assim, pode ser a tutela antecipada conceituada como um instrumento processual pelo qual o juiz concede um provimento liminar que, provisoriamente, assegura ao autor (ou réu em ações dúplices) o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada na relação jurídica envolvida no litígio.

Em outras palavras, o instituto da tutela antecipatória é um instrumento a serviço daquilo que Cândido Rangel Dinamarco chamou de processo civil de resultados, porque sem resultados efetivos o sistema processual não se legitima, máxime na civilização brasileira, repleta de situações de emergência.

Por ser, a tutela antecipatória, um provimento jurisdicional cujo objetivo é o de fornecer, ao demandante, os efeitos da tutela pretendida em juízo, foi-lhe atribuída, em sede doutrinária, a natureza jurídica de *execução lato sensu*.¹ A rigor, não há como se antecipar os efeitos da sentença: não se constitui, declara, condena, de plano; isso só será possível com o advento da sentença. O que ocorre é que o juiz *antecipa* efeitos fáticos inerentes à tutela jurisdicional pretendida, fornecendo-se ao autor uma situação jurídica que, conquanto talvez não seja a própria tutela pretendida, equivale aos efeitos que terá ou teria a tutela jurisdicional postulada, se de plano concedida. Assim, não se pode entender que a decisão que antecipa a tutela tenha o mesmo conteúdo da sentença pretendida.

O direito de ação, garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXV, é instrumentalizado pelas normas processuais. Dentre tais normas, incorporou-se as

¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista Tribunais, 1996. p. 66.

relativas à tutela antecipatória, que, assim, tornou-se meio através do qual, mais efetivamente, se obtém a tutela jurisdicional. De nada adianta um princípio constitucional que não pode ser alcançado. Daí a razão de ser da tutela antecipatória: antecipar para melhor tutelar, posto que possui a técnica de distribuir o ônus do tempo no processo. Tanto é assim que, antes do seu advento, a lentidão na outorga da prestação jurisdicional causava sérios transtornos e prejuízos ao autor, já que o réu se valia de todos os meios inerentes ao processo comum ordinário para procrastinar o andamento do processo.

A tutela antecipada deve ser interpretada de conformidade com o espírito que presidiu a chamada Reforma do Código de Processo Civil. Inclusive, para Athos Gusmão Carneiro e Sálvio Figueiredo Teixeira, a principal preocupação foi a de tornar o processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, uma vez que somente procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade, já que o processo de conhecimento, ainda que aliado ao processo cautelar, não serve para a tutela efetiva de muitas situações conflitivas².

Não se ignora que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida vinha sendo largamente praticada por juízes e tribunais, com a utilização dos expedientes das denominadas cautelares satisfativas, com fundamento nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Esse desvio e abuso na utilização da ação cautelar inominada distorceu a finalidade do instituto, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa do processo principal, e não simplesmente acautelatória.

Tal fenômeno, excluídos os casos manifestamente abusivos, significava uma compreensiva reação ao deficiente sistema processual e à lastimável organização judiciária, insuficientes para lhe dar uma adequada e tempestiva tutela. Essa ausência de critérios objetivos e claros, por outro lado, estava gerando soluções injustas além da insegurança e intranqüilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito.

² MOURA, Marcelo: *Código de Processo Civil: a história de outras Comissões*. Brasília: Senado Federal - Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho, 2009. p. 2.

Para obviar esse fenômeno das medidas cautelares satisfativas e adaptar o processo civil às exigências da civilização brasileira, industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de urgência, o legislador ordinário decidiu enfrentá-lo sem rodeios, e o fez através das regras estabelecidas no art. 273 do Código de Processo Civil. A partir de então, as ações cautelares, quer nominadas, quer inominadas, se destinariam exclusivamente a salvaguardar o resultado útil e eficaz do processo principal, mantendo sua natureza conservativa e assecuratória de direitos; já as pretensões de natureza satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento, através da técnica da tutela antecipatória.

CAPÍTULO II A TUTELA ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO

2.1. Conceito e natureza jurídica

Consiste a tutela antecipada na possibilidade de, a requerimento da parte interessada, serem antecipados, total ou parcialmente, pelo magistrado, os efeitos da tutela pretendida na petição inicial. Antecipar os efeitos da tutela, portanto, significa adiantar no tempo tais efeitos, fazer antes do tempo previsto.

Nesse sentido, Sérgio Bermudes bem define a tutela antecipada, fixando, com precisão sua natureza jurídica, da seguinte forma:

“Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos de lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incs. e no seu § 2º., o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.”³

A tutela antecipada deve ser requerida por petição, a ser juntada aos autos do processo, sem abertura de apenso. É, portanto, um incidente no bojo do processo de conhecimento, e, embora ligando-se ao mérito da causa, a decisão que concede a tutela antecipada é interlocutória, e não sentença, sujeitando-se ao recurso de *agravo de instrumento*, via de consequência.

A natureza jurídica do instituto da tutela antecipada, é, portanto, sempre satisfativa dos efeitos da tutela veiculada no pedido inicial, com cognição sumária da pretensão reclamada e com matizes de provisoriedade.

³ BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 28.

Como ensina Carreira Alvim, o magistrato está adstrito ao pedido do autor, pois a antecipação da tutela é a concessão dos efeitos da possível sentença, se não, vejamos:

“Em se tratando de antecipação de tutela, que nada mais é do que a outorga, initio litis, de um provimento de conteúdo provavelmente idêntico ao da sentença de mérito, não poderia adiantar ao auctor o que não foi pedido. É que a efetivação de um provimento antecipado gera a responsabilidade objetiva do exequente, cumprindo-lhe, sobrevindo sentença que modifique ou anule a decisão interlocutória, restituir as partes ao estado anterior (art. 273, § 3º, combinado com o art. 475-O, II). Assim é também no campo das medidas cautelares liminares, condicionadas a pedido da parte (art. 798), só sendo facultada ao juiz a sua concessão ex officio nos casos expressos em lei (art. 797).”⁴

Trata-se em suma, de uma tutela sumária satisfativa provisória. Há, inclusive, quem a considera como uma espécie de *execução lato sensu*.⁵

Cumprido observar, nesse passo, que, ao ângulo de sua natureza, o novo instituto da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional, de forma ampla e pormenorizada, não está aprisionado nos moldes das medidas cautelares, outorgadas sob a égide das normas contidas nos arts. 796 e seguintes do CPC⁶. Sendo assim, não se pode identificar o instituto de antecipação de tutela, cujo objetivo é o de tornar efetiva a prestação jurisdicional, com a medida cautelar (de segurança), que, em essência, objetiva resguardar o resultado profícuo do processo principal.

Ao contrário, prevista no Livro I, do Código de Processo Civil, atinente ao processo de conhecimento, a tutela antecipada consagra a prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária (com base em probabilidade) e satisfativa, através da qual, presentes os requisitos legais (art. 273, incisos I ou II, e § 2º, do CPC), se antecipa, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento. É, pois, a provisoriedade que, fundamentalmente, distingue o conteúdo do provimento de antecipação de tutela do conteúdo da sentença a final

⁴ CARREIRA ALVIM, J. E. Tutela Antecipada. 5. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 38.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 66.

⁶ CARREIRA ALVIM, J. E. Código de Processo Civil Reformado. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.95.

prolatada, que, porventura, julgar procedente o pedido deduzido pelo autor, concedendo, em definitivo, a providência jurisdicional almejada.

A tutela antecipatória, consubstanciada em decisão de natureza interlocutória, é sempre satisfativa do direito material reclamado. Antecipa, no tempo, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica final postulada em sede do processo de cognição, sob a inspiração dos princípios de economia, celeridade, justiça e efetividade processual.

Com efeito, a tutela antecipa a satisfação que, ordinariamente, se daria após o tempo necessário para a averiguação da existência do direito, em momento procedimental próprio. O juiz, na antecipação de tutela em ação de conhecimento, empresta eficácia executiva, provisória e imediata, à sua decisão.

Ressalte-se que, mesmo antes da reforma de 1994, no CPC e em leis extravagantes, algumas ações já consagravam, em certa medida, a antecipação da tutela, como, exemplificativamente, ações possessórias, embargos de terceiro, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, ação expropriatória, ação direta de inconstitucionalidade, ações locatícias e nas demandas do Código de Defesa do Consumidor de maneira mais restritiva (art. 84, §3º).

O artigo 273, em suma, consagra a tutela de urgência satisfativa, cujos provimentos surgem durante a tramitação de um processo de conhecimento, antecipando, total ou parcialmente, os efeitos da decisão definitiva.

2.2. Cabimento e pressupostos

Inserida a matéria relativa à antecipação de tutela no art. 273, do CPC, que se integra, por sua vez, no Livro I, que cuida do Processo de Conhecimento, somente neste é que ela terá cabimento, não podendo ser admitida nos processos de execução ou cautelar, porque há evidente incompatibilidade entre o instituto e esses gêneros processuais.

Vale transcrever, nesse diapasão, o disposto no art. 273, do CPC, consoante a redação ditada pelo art. 1º, da Lei n. 8.952, de 13.12.94, com as alterações determinadas pela Lei 10.444, de 07.05.02:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Não é demais enfatizar que o novo dispositivo - consagrador da antecipação de tutela, tutela antecipada ou tutela antecipatória -, agiliza a prestação jurisdicional, antecipando os seus efeitos, e põe uma pedra sobre as questionadas ações cautelares satisfativas, usadas, até então, para contornar a morosidade do processo cognitivo (ordinário ou sumário), atrelado a exagerado formalismo.

Conforme se vê dos dois incisos do art. 273 supratranscrito, há duas hipóteses de cabimento da tutela antecipada, quais sejam, nos casos onde há perigo de dano a um direito plausível em virtude da demora da prestação definitiva, similar ao **periculum in mora** das cautelares; e na hipótese da litigância de má-fé, dispensando a existência de perigo de dano. É uma forma de coibir a utilização do processo para fins contrários aos que são seus, quais sejam a pacificação com justiça e eficácia do litígio.

Em relação à primeira situação da antecipação dos efeitos da tutela de mérito - pertinente ao **periculum in mora**, esta poderá ser deferida quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso decorre da exegese do **caput** do art. 273, CPC, no qual se condiciona a tutela antecipatória fundada em **periculum in mora** à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Daí o acerto da decisão proferida pelo Ilustre Desembargador Orlando de Almeida Perri, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso: “A antecipação da tutela de mérito, caracterizada pela urgência (CPC, art. 273, I), conquanto possível em ação de qualquer natureza, só pode ser deferida à vista de prova inequívoca do provável direito do autor e dos riscos de dano irreparável ou de difícil reparação, evidenciado diante da situação fática submetida a exame do juiz” (MSI 2.037, CCivR do TJMT, in DJMT n. 5.244, de 22/08/97, p. 02).

De qualquer forma, para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, **caput**, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) “*prova inequívoca*”; e
- b) “*verossimilhança da alegação*”.

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e a instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (**fumus boni juris**), reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.

A respeito, entende Kazuo Watanabe o seguinte:

“prova inequívoca não é a mesma coisa que ‘fumus boni juris’ do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.”⁷

A antecipação, portanto, não é de ser deferida com base em simples alegações ou suspeitas; ao contrário, haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

Nesse sentido, é inequívoca a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Dir-se-á que, então, melhor seria decidir de vez a lide, encerrando-se a disputa por sentença definitiva. Mas não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

Portanto, a antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC. *“É que, mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e terá de aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada.”*⁸

O que se procura alcançar com a tutela antecipada do art. 273 é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito da parte. Antes da própria sentença, o que se lhe assegura é, dentro do processo de conhecimento, uma tutela de natureza executiva por

⁷ WATANABE, Kazuo. Reforma do Código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 38.

⁸ *Id. ibid.*

antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito.

Quanto à “*verossimilhança da alegação*”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, quanto ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Exige-se, pois, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande e que sejam verdadeiras as alegações do litigante.

Relativamente aos dois pressupostos supra, prova inequívoca e verossimilhança da alegação, Cândido Dinamarco observa que ambos devem ser entendidos juntamente, pois se entendidos separadamente chegar-se-ia a uma contradição, pois o que é inequívoco é certo e não apenas verossímil, e, de outro lado, se o que é inequívoco é certo, deveria haver o julgamento antecipado e não apenas a antecipação dos efeitos desse julgamento. Assim, ensina o processualista que da junção desses dois pontos se obtém o conceito de probabilidade, que é mais que a verossimilhança e menos que a certeza; é “*a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes*”⁹.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, o art. 273 condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, quais sejam: “*o fundado receio de dano*

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 143.

irreparável ou de difícil reparação”; ou “*o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*”.

“*Receio fundado*” é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitável dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente a satisfação do direito subjetivo da parte.

A segunda situação concessiva da tutela antecipada é a verificação do “*abuso do direito de defesa*”, que ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificações, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela. Especialmente em torno de atos extra-processuais é que se pode falar em caracterização do “*manifesto propósito protelatório do réu*”.

Ainda em exame às hipóteses de antecipação da tutela, é preciso lembrar que, no caso em que “*haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*” a antecipação é assecuratória: antecipa por segurança. Antecipa-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.

Já em relação à outra hipótese, decorrente de “*abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu*”, a antecipação é punitiva, pelo menos para efeitos classificatórios. Embora não se trate propriamente de uma punição, posto que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem

proteções indevidas), a medida assemelha-se com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil.

Outra questão a ser considerada é a possibilidade de reversão da tutela, pois, caso o requerido venha a sofrer com esta um prejuízo irreparável, ela não se justifica, uma vez que se funda em uma cognição sumária, que não conhece a fundo os fatos e por isso não oferece a certeza que legitima a intervenção estatal definitiva. Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni ensina que o princípio da probabilidade, na tutela antecipada, indica que *“deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, em benefício de um direito que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado”*¹⁰.

Cândido Dinamarco (1996), porém, contrapõe-se dizendo que *“o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir”*. Assim, não seria permitido ao juiz exigir sacrifícios irreversíveis do réu, mas ponderar as repercussões na vida e no patrimônio das partes para conceder a tutela antecipada, realizando um juízo equilibrado. Contudo, admite o autor que nem sempre poderão ser eliminados do mundo dos fatos os efeitos da antecipação da tutela, pois a reversibilidade é do provimento e não dos fatos. Por esse motivo, sugere a exigência de caução.

De todo o exposto, constata-se que os pressupostos da tutela antecipada, de acordo com o artigo retro transcrito, são os seguintes: requerimento da parte; produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; convencimento do juiz em torno da verossimilhança do alegado; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; e possibilidade de reversão caso contrária à decisão final.

Finalmente, no que concerne à antecipação dos efeitos da tutela, diz o **caput** do dispositivo transcrito supra, pode ser total ou parcial. Há, todavia, efeitos

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, A antecipação de tutela no código de processo civil, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 107.

que, por natureza, não são suscetíveis de antecipação. Com essa ressalva, o juiz certamente não é livre para estabelecer os limites da antecipação, nem isso depende de seu juízo discricionário (embora haja opinião diversa nesse sentido, como a de Cândido Rangel Dinamarco). Na verdade, para determinar a extensão da antecipação, deve o juiz observância fiel ao princípio da menor restrição possível, visto que, por importar limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação de efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado, no caso, prevalente. Assim, por exemplo, havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela em relação ao outro; da mesma forma, se a antecipação de alguns efeitos da tutela é, por si só, apta a afastar o perigo, não será cabível, mas vedada, a antecipação dos demais. Em qualquer caso, *“o juiz indicará de modo, claro e preciso, as razões do seu convencimento”*.

Essa recomendação, constante do art. 273, §1º, poderia ter sido dispensada pelo legislador, não só porque já consta da própria Constituição como requisito de validade de todas as decisões judiciais (art. 93, IX), mas também pela evidente razão - que a um juiz não poderia passar despercebida - de que não se pode decidir sem prestar contas dos motivos que justificaram sua decisão. O legislador, no entanto, reitera o preceito, numa verdadeira súplica em desespero de causa.

2.3. Momento processual para o requerimento da tutela antecipada

Diferentemente de outros institutos processuais, a legislação civil que trata da tutela antecipada não prefixou o momento adequado ou a fase processual para o seu requerimento perante o julgador.

Nada impede, portanto, que seja postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menor urgência.

Nesse passo, a posição de Calmon de Passos no sentido de que, por depender, a concessão da tutela antecipada, de prova inequívoca, esta somente seria deferível após o encerramento da fase de postulação, com a conclusão do estágio de resposta do réu e depois de cumpridas eventuais medidas de regularização do processo,¹¹ não corresponde aos objetivos visados pelo legislador, nem foi acolhida pela corrente doutrinária predominante.

O que realmente almejou o legislador, ao elaborar o art. 273, do CPC, foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, sem prefixar um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela.

Assim, poderá tal ocorrer tanto no despacho da inicial, como também posteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

Nesse diapasão, pergunta-se: e se a situação de perigo se configurar estando o processo pronto para receber sentença? Há duas soluções possíveis. Se não for caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentenciam-se e executa-se provisoriamente a própria sentença. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela - que nada mais significará senão autorização para execução provisória - será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC).

Poderá, outrossim, ocorrer que a situação de perigo de dano irreparável ao direito se configure quando o processo esteja na sua fase recursal. Se couber medida cautelar, esta deverá ser requerida diretamente ao tribunal (*“interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”*), diz o parágrafo único do art. 800, na sua atual redação), que a concederá ou não à luz dos pressupostos próprios do processo cautelar. Porém, se a única maneira de afastar o perigo ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será

¹¹ CALMON DE PASSOS, *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. Saraiva: São Paulo, 1996. p.193.

apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

E se a situação de perigo ocorrer após a sentença mas antes da subida dos autos ao tribunal? Nesse caso, ressalvada a especialíssima hipótese do art. 296 do CPC, 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. A questão, portanto, é apenas de ordem prática, ou seja, de como levar o pedido ao tribunal se os autos lá não chegaram. Para superar tal dificuldade a solução possível é admitir, em caráter excepcional, o mecanismo até agora utilizado como regra: o processo cautelar.

Com efeito, é pela via da ação cautelar ou do mandado de segurança contra ato judicial que até hoje se postula perante os tribunais a tutela de urgência, inclusive medidas de antecipação satisfativa. Assim, é preciso distinguir as situações: a ação cautelar, como em primeira instância, ficará reservada às hipóteses de tutela cautelar típica. Pedidos de antecipação satisfativa deverão ser formulados ao tribunal nos próprios autos da ação de conhecimento. Porém, excepcionalmente, interposta a apelação e encontrando-se os autos ainda no juízo inferior, poder-se-á admitir, como solução de ordem prática apenas, a utilização da ação cautelar para postular antecipação satisfativa, mas o pedido, mesmo assim, somente poderá ser deferido se o interessado comprovar os requisitos do art. 273, do CPC, não sendo o mandado de segurança apropriado a essa finalidade. Estabelecido que a competência do tribunal para as medidas cautelares se firma após interposto o recurso, conforme dispõe o parágrafo único do art. 800, do CPC, já não há razão para, nestes casos, deixar de utilizar desde logo tal via, que é a adequada.

Assim sendo, mesmo após a sentença e na pendência de recurso será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se demonstrar a urgência da medida e a configuração de seus pressupostos legais.

Cabe aqui a advertência de Carreira Alvim, **verbis**:

“Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o exercício de sua nobre missão de outorgar tutela na forma da nova lei, não devendo o termo poderá ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado”.¹²

2.4. Ações que admitem a antecipação de tutela

A antecipação de tutela pode ocorrer em todas as ações de conhecimento, quer sejam condenatórias, constitutivas (positiva ou negativa), ou meramente declaratórias, mandamental e executiva **latu sensu**. Também, não importa o procedimento, podendo ser o comum (ordinário ou sumário) ou o especial, embora haja vezes autorizadas que não admitem a tutela antecipada nos procedimentos especiais.

Deve-se deixar consignado que existem posições divergentes, a entender que não pode haver antecipação de tutela em ações constitutivas ou mesmo declaratórias, citando exemplos, no sentido de que não se pode anular provisoriamente um casamento, ou qualquer ato jurídico.

Entretanto, os que assim pensam se esquecem da possibilidade de antecipação parcial da tutela, hipótese em que, pedida a anulação de um ato jurídico, pode-se pleitear a antecipação de um dos seus efeitos. Exemplo: pede-se a declaração de nulidade de uma duplicata e, por antecipação de tutela, que se determine sustação de protesto do referido título (antecipação de tutela em ação declaratória).

¹² CARREIRA ALVIM, José Eduardo, Código de Processo Civil Reformado, Belo Horizonte, Ed, Del Rey, 1995, p. 95.

Já João Batista Lopes, a respeito do exemplo citado, sustenta que a sustação de protesto constitui medida cautelar inominada e não efeito antecipado da declaração de inexistência de relação jurídica. Assinala, ainda, que a antecipação de tutela só pode acontecer no procedimento comum ordinário, jamais nos procedimentos especiais, uma vez que nesses o legislador já dispôs sobre tratamento diferenciado, para atender às peculiaridades de cada caso. É o que se passa com as liminares possessórias. Assim, no seu entendimento, no procedimento especial, não há autorização legislativa para a tutela antecipada, a qual, não prevista expressamente, não deve ser admitida.

Imperioso se faz consignar, nesse diapasão, que a antecipação de que cogita o art. 273, CPC, é antecipação dos efeitos, e não antecipação do julgamento, o que autoriza afirmar que as liminares do art. 273, do CPC, nunca poderão antecipar a eficácia declaratória ou constitutiva da sentença, porque antecipá-la seria antecipar o próprio julgamento de mérito, não seus eventuais efeitos.

Assim, como o juiz não poderá, em decisão liminar, declarar “provisoriamente” procedente a ação, pois a declaração provisória, em si mesma, não tem qualquer utilidade processual, do mesmo modo não poderá o provimento liminar, por exemplo, numa ação constitutiva, anular o contrato ou decretar a separação do casal, numa ação de separação litigiosa. Isto porque se presume que há um bem jurídico que não pode ser antecipado: a certeza jurídica, decorrente da sentença meramente declaratória com trânsito em julgado. Uma “certeza provisória”, sujeita a revogação ou modificação “a qualquer tempo” (art. 273, §4º, CPC), simplesmente “não é certeza”.

O alcance de ação das liminares antecipatórias previstas pelo art. 273 do CPC, coincide com os efeitos, nunca com o conteúdo, das ações declaratórias e constitutivas, o que corresponde a afirmar que *“os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que os efeitos normativos da sentença não podem ser provisoriamente antecipados”*.¹³

¹³ SILVA. Ovídio A. Baptista, Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise. Revista AJURIS, n. 70, 1996. p.132.

Assim sendo, com apoio na doutrina dominante, pode-se, em linhas gerais, afirmar que:

Nas ações declaratórias, não pode ser adiantado o elemento nuclear da tutela, ou seja, a certeza jurídica, que não se compadece com a “provisoriedade”, da tutela antecipatória; entretanto, são passíveis de adiantamento os efeitos que decorrerão do “preceito” contido na (provável) futura sentença de procedência.

Nas ações constitutivas, o elemento nuclear do pedido poderá ser adiantado se compatível com a provisoriedade ínsita à tutela antecipatória; assim, não cabe adiantar a alteração de estado civil ou a anulação de um contrato, mas não repugna ao sistema a constituição provisória de uma servidão de trânsito. E, certamente, são passíveis de adiantamento os efeitos de natureza executiva ou mandamental da futura (provável) sentença de procedência da ação constitutiva.

Nas ações condenatórias, são passíveis de tutela antecipatória as prestações de dar, fazer, não-fazer ou pagar, sendo que, relativamente às primeiras, dar-se-á a efetivação da tutela (pela sua urgência ou pela intensidade do juízo de verossimilhança) através de medidas de cumprimento imediato, de ordens executivas **lato sensu** ou mandamentais. As obrigações de pagar, estas sim, submetem-se, “*no que couber*”, às regras da execução forçada como parâmetro. Todavia, é perfeitamente possível o pagamento imediato, determinado na tutela antecipatória, através da inclusão do credor em folha de pagamento da empresa ré, ou através da apropriação de alugueres devidos ao réu, máxime nos casos de pagamento de caráter alimentar.

E, finalmente, nas ações executivas **lato sensu** e nas ações mandamentais, a tutela antecipatória revela-se de imensa utilidade prática e poderá ser usada sem percalços, com a utilização de *astreintes* e/ou dos meios executivos citados no §5º do art. 461, CPC.

Quanto aos demais processos, de execução e cautelar, não se admite a tutela antecipada, em virtude da manifesta incompatibilidade entre o instituto de que se trata e esses dois gêneros processuais.

2.5. A concessão de liminar de antecipação de tutela antes da ouvida do réu

As opiniões doutrinárias em relação à possibilidade ou não de concessão liminar de antecipação de tutela **inaudita altera pars**, tornaram-se bastante controversas. Uns admitem incondicionalmente o deferimento liminar **inaudita altera pars**, dentre eles Nelson Nery Júnior, Rosa Maria Andrade Nery, Luiz Guilherme Marinoni e Humberto Theodoro Júnior. Já em sentido contrário, entendendo não ser possível tal deferimento, tem-se Sérgio Bermudes, Calmon de Passos e Reis Friede, dentre outros.

Diversos são os argumentos de que a tutela antecipatória só pode ser deferida após a citação do réu. O primeiro deles consiste em que o art. 273 do CPC não foi expresso e nem especificou a concessão da tutela liminarmente, ao contrário do art. 461, §3º, também do CPC, que foi taxativo, ao dispor que *“Sendo relevante o fundamento da demanda final, é lícito ao juiz conceder liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”*

Inclusive, pondera Reis Friede, nesse sentido, o seguinte:

“não é lícito a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, na antecipação (de cognição sumária não urgente) de tutela (salvo no caso específico previsto expressamente no art. 461, § 3º, do CPC (Tutela específica), uma vez que tal procedimento resta incompatível com a própria natureza generalizante da previsão normativa ínsita no art. 273 do CPC e, ainda, com a própria sistemática do Código de Processo Civil que nem mesmo admite, salvo condicionalmente, a medida liminar em ação cautelar (de cognição sumária e de urgência), conforme dispõe o art. 804 do CPC, in verbis: “É lícito ao juiz conceder liminarmente [...] a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz...”¹⁴

Sérgio Bermudes, por sua vez, é incisivo, asseverando:

“O requerimento de uma tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a

¹⁴ FRIEDE, Reis, Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 39.

que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do caput, do inciso I e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado, na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa”¹⁵

A jurisprudência, a seu turno, tem se orientado no sentido de que não é possível a concessão liminar **inaudita altera pars** da tutela, porque isso implicaria em vulneração ao princípio do devido processo legal e do contraditório.

Entretanto, com entendimento diferente, alguns autores argumentam que o art. 273 do CPC, ao contrário do art. 461, § 3º, não foi expresso sobre a concessão liminar da tutela **inaudita altera pars**, de modo que, ao dispor que “*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial...*”, autoriza que o juiz antecipe os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, podendo essa antecipação dar-se liminarmente, desde que ocorrentes os pressupostos legais: prova inequívoca, verossimilhança da alegação e **periculum in mora**, posto que é princípio elementar de hermenêutica que onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo. Ora, em nenhum momento a norma inserta no art. 273 do CPC diz que não é possível o deferimento liminar da tutela antecipatória.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma, **verbis**:

“O próprio artigo 273 não poderia vedar a concessão da tutela 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”.¹⁶

No mesmo diapasão, mister transcrever as palavras de Humberto Theodoro Junior, que, com propriedade, asseverou:

¹⁵ BERMUDES, Sérgio, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 60.

“O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória”.¹⁷

Afirmam, ainda, os autores que defendem a possibilidade de concessão da tutela antecipada **inaudita altera pars**, que seu indeferimento não significa violação do princípio constitucional, visto que a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 2v. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 560.

CAPÍTULO III

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

3.1. Antecipação da tutela, princípios constitucionais e processo

À primeira vista, tem-se a noção de ser a tutela antecipada uma providência inconciliável com a garantia do devido processo legal e, especificamente, com a garantia do contraditório e ampla defesa, todas merecedoras de solene consagração entre os direitos fundamentais declarados pela Constituição.

Todavia, as muitas garantias fundamentais nem sempre são absolutas e, muito freqüentemente, entram em atrito umas com as outras, reclamando do aplicador um trabalho de harmonização ou compatibilização para definir, na área de aparente conflito, qual o princípio a prevalecer.

Ao legislar ordinariamente, o Estado procura justamente cumprir a missão prática de superar as colisões de princípios, elegendo em determinadas situações da vida, a garantia constitucional a ser valorizada para predominar.

O ideal é que todos os princípios constitucionais prevaleçam plenamente, sem restrição alguma. Como tal não é possível, dentro mesmo do complexo das normas da Carta Magna, resta lançar mão de princípios como o da necessidade e o da proporcionalidade.

Pelo princípio da necessidade somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete, a anulação de um princípio, para observância de outro. É preciso preservar, o quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privá-las de sua substância elementar.

No caso da tutela antecipada, estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios, o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica. O princípio da efetividade da tutela jurisdicional, que se denomina genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar de forma eficaz no plano dos fatos, significando que o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo.¹⁸ Por sua vez, o princípio da segurança jurídica preconiza que tanto a liberdade como os bens em sentido amplo devem permanecer à disposição do demandado, até que se esgote o devido processo legal.¹⁹

Quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo; o que, na verdade, está sendo garantido é a tutela jurídica do Estado a todos, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, portanto, deve se apresentar como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O devido processo legal, assim, é o processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza prática e real tutela.

Não obstante, a demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo.

O litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Muitas vezes, porém, entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto é preciso aguardar todo o longo processo da ampla defesa, de modo que a tutela que

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da Tutela e colisão de direitos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, p.147.

¹⁹ *Id. ibid.*

a final vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial; torna-se necessário, portanto, que os dois princípios, efetividade da jurisdição e segurança jurídica, sejam harmonizados, a fim de que um não anule o outro.

De conseqüência, para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isso porque, logo que seja assegurado o resultado útil e efetivo do processo, será, em seguida, observado, também, o contraditório, já em segundo plano. Portanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque, depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só ao final dar-se uma solução definitiva à lide.

Segundo Calmon de Passos, *“dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa, ou até mesmo a citação do réu, importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se provisoriamente o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro”*.²⁰

Diante da natureza constitucional do princípio de segurança jurídica contido na garantia do contraditório e ampla defesa, a antecipação de tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição. Este é um dos motivos pelos qual o legislador ordinário, no art. 273 do CPC, procurou definir quando se considera em desprestígio o direito fundamental à justa e efetiva tutela jurisdicional, apontando duas situações excepcionais em que não se poderia, razoavelmente, exigir da parte que aguardasse a longa marcha normal do procedimento, quais sejam, quando estiver configurado *“fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”*; ou quando estiver evidenciado o *“abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu”*

²⁰ CALMON DE PASSOS, Da antecipação de tutela, in FIGUEIREDO, Sálvio, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996, p.189.

(art. 273, I e II). As duas situações têm configuração própria e não são cumulativas. Qualquer delas é suficiente para justificar a antecipação da tutela, dentro da sistemática do art. 273 do CPC.

Nesse contexto, para que a interpretação do direito ordinário seja segura e adequada, impõe-se que seja dada atenção às raízes de natureza constitucional da norma interpretada. Isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar, porque, como é de geral conhecimento, é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, que estabelece seus princípios básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por isso mesmo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quando compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a interpretação e a aplicação delas deverá se dar de forma a que os resultados não só sejam compatíveis com os princípios da Constituição, mas que representem a mais fiel concretização dos valores constitucionais.

Em segundo lugar, porque as normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos (e esse é o caso das normas que disciplinam a antecipação de efeitos da tutela) a função de concretização e de harmonização de direitos fundamentais.

Melhor explicitando esse segundo aspecto: a Constituição consagra um conjunto de direitos fundamentais que, observados abstratamente em sua sede normativa, guardam entre si perfeita compatibilidade, estando todos igualmente aptos a receber aplicação mais plena e eficaz. Todavia, na prática, nem sempre é possível estabelecer a convivência harmônica e simultânea do conjunto de todos os direitos fundamentais. Exemplos freqüentes e corriqueiros são as dificuldades práticas - e, não raro, a impossibilidade mesmo - de assegurar-se convivência plena e simultânea entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, ou a proibição de censura e o direito à qualidade da educação, e assim por diante. Esses são apenas exemplos dos muitos possíveis fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, dos quais podem nascer as chamadas colisões de direitos ou conflitos de direitos.²¹

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 657.

Daí a razão de se afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, dado que sofrem, além de restrições escritas na própria Constituição, também restrições não escritas, mas imanentes ao sistema, já que inevitavelmente impostas pela necessidade prática de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais eventualmente em conflito. É preciso, então, obter concordância prática entre os direitos colidentes, mediante regras de solução estabelecidas ou por via da legislação ordinária (solução legislativa dos conflitos) ou pela via judicial direta.

Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores colidentes, de modo a que se identifique a prevalência de um deles e, com base nessas indispensáveis premissas de natureza constitucional, é que se deve assentar a interpretação dos novos dispositivos do Código de Processo Civil.

Assim, como toda norma que visa solucionar a colisão entre os princípios constitucionais acarreta, em alguma medida, limitações à concretização dos direitos colidentes (um ou outro princípio não será observado), a antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273 do CPC, não foge à regra. Efetivamente, ao dispor que “*o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*”, o legislador ordinário está, sem dúvida, estabelecendo restrição ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição.

Justamente por isso, e conforme evidenciam os incisos do referido artigo, tal restrição somente será admitida quando outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado. O desprestígio pode ocorrer quando “*haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*” (situação que põe em xeque a utilidade prática da futura sentença ante o possível comprometimento do próprio direito afirmado na inicial), ou quando “*fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*” (fatos que comprometem, injustificadamente, a celeridade da prestação jurisdicional). Sendo notória, em casos dessa natureza, a impossibilidade de convivência simultânea e plena entre os dois direitos fundamentais, justificada está,

pelo princípio da necessidade, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção de uma concordância prática. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.

Ainda, atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja prova inequívoca e verossimilhança da alegação. O **fumus boni iuris** deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. 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 do mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. Sob este aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática.

Dir-se-á que é um paradoxo a exigência de fato certo e juízo de verossimilhança do direito: se o fato é certo, o direito existe ou não existe, posto que *jura novit curia*. Na verdade, a referência a "*prova inequívoca*" deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas, pois o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - que não existe nem mesmo quando concluída a instrução - mas uma prova robusta, que aproxime em segura medida o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

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.

Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu são expressões de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses aplicáveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve, sim, obediência estrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que, na fluidez das expressões da lei, somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo. É criticável, sob este aspecto, a expressão “*manifesto propósito protelatório do réu*”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar.

Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, “*propósito protelatório*” é expressão que, na sua abrangência comportaria também os abusos de direitos de defesa. 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 do 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 (por exemplo, os do art. 14, III e IV). 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. Exemplificando, a ocultação de prova; o não atendimento de diligência; a simulação de doença etc.

Em qualquer hipótese, a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda os atos processuais subseqüentes, não legitima a medida antecipatória. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação da tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia.

Conforme adiante se verá, a antecipação da tutela só tem sentido prático nas hipóteses em que comportar antecipação de ato de execução **lato sensu**. Nos demais casos, será inócua e, portanto, desnecessária. E sendo desnecessária é incabível (princípio da necessidade). Isso remete a uma outra indagação: será legítima a antecipação (e, portanto, a execução antecipada) dos efeitos da futura sentença, nas hipóteses em que a própria sentença, porque sujeita a recurso com efeito suspensivo ou a reexame necessário, não tem executividade imediata?

A resposta é certamente positiva e decorre do próprio sistema agora instalado no direito processual. O legislador, ao construir a solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos de prevalência do primeiro. Ora, essa opção do legislador deverá ser considerada, daqui por diante, como princípio de interpretação das demais normas do sistema processual. Ou seja, as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o referido princípio, de modo a que se obtenha, do ponto de vista sistemático, resultados direcionados a alcançar o valor jurídico privilegiado.

Disso resulta ser legítima a antecipação da tutela nos casos focados, e mais: confirmada pela sentença a procedência da tutela já antecipada provisoriamente, o eventual recurso de apelação não poderá ter efeito suspensivo, porque isso é absolutamente incompatível com o sistema adotado. Por idêntica razão, o reexame necessário, nestes casos, deverá ser feito sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados. É, pois, com essa ressalva implícita que se deverá interpretar, a partir de agora, o art. 475, CPC.

Também para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e nesse caso a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos. Quanto à antecipação punitiva, esta certamente supõe a ocorrência de fatos que

emperrem o curso de processo, e dificilmente se poderia imaginá-los praticados antes da citação ou da resposta.

O princípio da necessidade impõe se observe a adequação da medida antecipatória ao fim a que se destina a antecipação, e que outro não é senão o de assegurar a efetividade do processo. Assim, nos casos em que a tutela somente poderá servir ao demandante quando concedida em forma definitiva, não haverá utilidade alguma em antecipá-la provisoriamente. É o caso da tutela meramente declaratória ou meramente constitutiva que, pela própria natureza de cada uma, não se compatibilizam com deferimento em caráter provisório e, por isso mesmo, sua antecipação é medida absolutamente neutra em relação ao desiderato do legislador de alcançar utilidade e celeridade da prestação jurisdicional. Assim, é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos.

Realmente, a antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela sua natureza, se tratar de efeitos que provoquem mudanças ou que impeçam mudanças no plano da realidade fática, ou seja, quando a tutela comportar, de alguma forma, execução, inclusive, em sentido o mais amplo possível: pela via executiva **lato sensu**, pela via mandamental ou pela ação de execução propriamente dita. Somente nesses casos a antecipação de efeitos será compatível com o princípio da necessidade. Aliás, também em se tratando de tutela condenatória, o que se antecipa não é a condenação propriamente (que não comporta provisoriedade), e sim os efeitos executivos que dela decorrem.

Relativamente ao cumprimento da decisão que antecipa a tutela, há de se considerar que qualquer ato de execução terá o caráter de provisoriedade, no sentido de que a decisão executada é suscetível de modificação ou revogação, inclusive antes da sentença, e que o que se antecipa é somente o que poderá, em tese, estar contido na futura sentença. Em outras palavras, não se pode antecipar **extra** ou **ultra** petita.²² Ressalte-se que a decisão (interlocutória) que defere a antecipação constitui título executivo judicial.

No caso de revogação, é cogitável a hipótese de restauração da medida se o risco de dano irreparável (que ensejou antecipação assecuratória) persistir, e de

forma que possa prejudicar ou tornar inteiramente inútil o eventual provimento da tutela jurisdicional.

A viabilidade de antecipar, no próprio processo de conhecimento, os efeitos executivos da tutela de mérito sujeita a risco de dano, tem repercussões profundas no processo cautelar. É que, até então, a ação cautelar vinha sendo utilizada tanto para obter medidas cautelares propriamente ditas (medidas para assegurar o direito, sem satisfazê-lo), como também para obter medidas de antecipação satisfativa (medidas que antecipam a execução como meio de evitar o perecimento do direito). O art. 273 estabeleceu um divisor de águas, alterando essa situação, de modo que, a partir de sua vigência, a ação cautelar passa a se destinar apenas às medidas cautelares típicas, o que significa que a antecipação satisfativa do direito material somente poderá ser deduzida na ação de conhecimento.

O que se operou, portanto, foi a purificação do processo cautelar, que assim ficará restrito à sua finalidade típica: a obtenção de medidas para tutelar o processo e, indiretamente, o direito, sem porém satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecuratórias, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamados na própria ação de conhecimento. Postulá-los em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273, CPC, que, para satisfazer antecipadamente, exige mais que plausibilidade, exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.

De tudo o que se acaba de expor, é certo afirmar, a título de conclusões gerais, que a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento é solução legislativa para o conflito entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, tendo o legislador optado pela prevalência específica do primeiro sobre o segundo; que se trata de mudança significativa do sistema processual civil brasileiro, com repercussões profundas não só no processo de conhecimento, como no de execução e cautelar; e que antecipar tutela é satisfazer antecipadamente, é impor restrição ao direito fundamental à segurança jurídica do demandado e, por isso, deve ser compreendida como forma excepcional

²² DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 140.

de prestar jurisdição, que somente será legítima nos restritos limites admitidos pela lei, cabendo ao Judiciário zelar para que tais limites sejam observados.

3.2. A tutela antecipada e o princípio constitucional da proporcionalidade

É certo que através do processo e suas formas é que se garante a legalidade, ampla defesa, contraditório e imparcialidade. Por este caminho, os demandantes realizarão suas aspirações e desejos para fortalecer o direito alegado. Para isso, utilizam-se de todos os argumentos e provas ao seu alcance. Ao juiz é dado o dever de bem administrar, através das regras previamente fixadas no sistema legal, o processo, analisando os pedidos e fundamentando todas as suas decisões.

Não menos certo, porém, é que para que toda essa atividade tenha seu curso natural, exige-se tempo. As fases do processo invadem os limites do tempo.

Seria um devaneio, entretanto, supor-se que, ordinariamente, deflagrada a demanda a solução viesse de imediato, mesmo porque não se estaria empregando os princípios constitucionais, especialmente o da ampla defesa e contraditório.

Contudo, o processo não pode ser visto como algo estanque, afastado da essência do conflito de interesses e do próprio direito material que busca realizar. É reconhecido, hoje, que o processo não é um fim em si mesmo e tem seu ponto maior de realce quando o direito material é realizado. Qual o sentido do direito instrumental se o bem da vida não fosse alcançado, rápido e de forma eficaz, pelo litigante?

Nesse diapasão, surge o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que contém uma carga de subjetividade inerente à sua própria essência. Deve buscar sua proteção na ponderação, harmonia e equilíbrio, assentados no entendimento comum, nos valores difundidos na sociedade. Aliás, a mesma carga de subjetividade que acompanha o princípio da proporcionalidade está fundida nos conceitos de paz, moral e justiça e nem por isso deixa de ser sentido e perseguido

pelos cidadãos. O Estado quando se manifesta através das decisões judiciais, deve sempre reverenciá-lo.

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a falta de uma maior solidez conceitual tende a oprimir a aplicação deste princípio. Todavia, enquanto não se encontram elementos objetivos e sólidos em sua caracterização, busca-se na produção normativa do Estado a exata correspondência entre os meios e os fins de sua atividade.

O princípio da proporcionalidade, portanto, se faz no interior do próprio sistema jurídico e não fora dele, porque como já acentuado, trata-se de um princípio jurídico, implícito na Constituição da República. Exige-se, assim, adequação dos meios aos fins, como salienta J. J. Gomes Canotilho. Sustenta o jurista lusitano:

“a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”²³

Assim, pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado; exigível, se causa o menor prejuízo possível; e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Reconhece-se, porém, que é no campo de atividade do Poder Judiciário brasileiro, entretanto, que o princípio sofre mais resistência, notadamente quando está em tela o direito público, através de medidas legislativas ou até mesmo através de atos administrativos (omissivos ou comissivos) emanados do Executivo ou Legislativo. Isso porque, tem-se estabelecido que o Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo, ou seja, na atividade discricionária dessas autoridades que estão dotadas de ampla liberdade de escolha da conveniência e oportunidade para a edição (ou não) de seus atos; compete ao Poder Judiciário, apenas, observar o aspecto da legalidade do ato administrativo ou legislativo, jamais promover valoração subjetiva acerca da matéria, sob pena de invadir seara que não lhe

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.* p. 382/3.

pertence, transgredindo a separação dos poderes estabelecida na Constituição brasileira.

Ora, dentro da moldura teleológica do princípio da proporcionalidade, implícito na Carta Constitucional, a decisão que nega a antecipação da tutela a um funcionário público, quando o o sujeito passivo é um órgão público cujas condenações são pagas somente pelo regime de precatórios, fere de morte esse princípio estruturante da Constituição, na medida em que sua argumentação colide com o juízo de razoabilidade, desde quando permite a um cidadão brasileiro, cumpridor de suas obrigações, seja vilipendiado pelo próprio Estado que se utiliza da sua força de trabalho sem lhe oferecer a necessária contraprestação.

Não obstante, preleciona Luiz Guilherme Marinoni o seguinte:

“a tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado”²⁴.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a doutrina atual não tem hesitado quanto à possibilidade do magistrado correr o risco da irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipatória, desde que esteja embasada em regra proibitiva, nos termos do §2º do art. 273, do CPC.

Estabelecer na lei que o magistrado está impedido de deferir a tutela quando sabidamente acarretará danos irreversíveis ao, **in casu**, servidor público, não só estaria golpeando de morte o princípio da proporcionalidade, mas estar-se-ia impedindo a análise das particularidades do ‘caso concreto’ e permitindo que o julgador promovesse uma decisão injusta e inconstitucional.

Não se pode desprezar que a atividade judicial não pode afastar-se do programa fincado e estruturado na Carta Constitucional de 1988, mormente quando se diz, textualmente, que “*constituem objetivos fundamentais da República*

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 80.

Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). O conteúdo programático deste princípio vetor, não pode ser apenas uma simbologia encartada no papel. Na sedimentação e realização desses objetivos, não se pode olvidar as aspirações e as exigências da sociedade. Portanto, fiel à condição de cidadão, o magistrado deve encontrar nos fins do processo, o meio para realizar eficazmente o direito material pretendido.

Poder-se-ia argumentar, então, que não é conveniente dar ao juiz um poder tão amplo. Entretanto, se o juiz da Itália, da França, da Inglaterra e de outros países - onde os jurisdicionados, em tese, podem suportar com mais facilidade o tempo de demora da Justiça - podem conceder tutelas sumárias que causem prejuízos irreversíveis ao réu, por que o juiz brasileiro estaria impedido de assim proceder? Na verdade, aqueles que temem que o juiz brasileiro tenha o poder necessário para bem cumprir a sua função parte de uma premissa não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura brasileira, qual seja, de que esta não está 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. Ora, se o juiz brasileiro, apenas em virtude da diferença entre a situação social do Brasil e a dos países europeus, não pode ter poder para aplicar um remédio essencial para a boa prestação da justiça, o médico brasileiro (apenas para exemplificar) deveria estar impedido de utilizar instrumentos - que podem trazer riscos aos pacientes quando mal-administrados e que, por isso, também supõem profissionais bem preparados - necessários para a manutenção da vida de milhões de brasileiros.²⁵

Com base nesta argumentação, inquestionável que a tutela antecipatória traz um grau de risco e por isso clama por sensatez. Mas a cautela não pode ser sinônimo de temor e insegurança. Não é possível permitir que ao autor, que possui um direito verossímil, seja relegado todos institutos progressivos do direito processual.

Nessa seara, a antecipação da tutela objetiva não só estancar o uso excessivo, abusivo e muitas vezes inadequado das liminares, mas, também, tornar a

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 84 .

justiça mais efetiva e célere em prol do jurisdicionado, que é o seu beneficiário, posto que a morosidade eliminar o princípio da isonomia, frustra o povo, distanciando-o da justiça, além de servir como instrumento deslegitimador. A antecipação da tutela, como exaustivamente realçada, constitui uma das evoluções do processo, revelando seu papel de contribuir para o banimento das seqüelas geradas pela lentidão excessiva na realização do direito material, ainda que em juízo de tutela antecipatória.

CAPÍTULO IV A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO E A QUESTÃO PROCESSUAL

4.1. A tutela antecipada em face dos princípios fundamentais e princípios informativos do direito processual civil

Para que tenham validade no ordenamento jurídico, as instituições criadas que nele venham a ingressar, devem, necessariamente, atender tanto ao princípios fundamentais quanto aos princípios informativos (regras técnicas que visam a melhoria do sistema processual). A afronta a qualquer deles tem por conseqüência a ilegitimidade do instituto, que deverá ser afastado do ordenamento jurídico por inviabilidade de sua aplicação na sistemática processual vigente, e mesmo a inconstitucionalidade, visto que muitos deles foram alçados a preceitos constitucionais

O instituto da tutela antecipada foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.952, de 13.12.94, com o objetivo claro de atender à necessidade premente de se descobrir novos mecanismos de agilização da prestação jurisdicional. Isso porque o excessivo formalismo do procedimento ordinário dilata o processo, postergando a prestação jurisdicional, o que, hoje, é fator de perturbação da paz social, por não atender aos reclamos sociais de agilidade e eficiência na prestação jurisdicional.

De se notar, contudo, que não se pode, em nome de uma agilização processual, menosprezar princípios como o do devido processo legal, que inclui, em seu bojo, outros princípios, como os do contraditório, da ampla defesa etc.

Via de conseqüência, para minimizar esse aparente antagonismo existente entre a garantia do devido processo legal e a necessidade de celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, a tutela antecipada é considerada o meio ideal.

Nesse sentido, a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem por objetivo entregar ao autor, total ou parcialmente, a pretensão por este deduzida em juízo, ou de apenas seus efeitos.

Inclusive, nos casos onde a citação do réu possa colocar em risco a efetividade do provimento jurisdicional pretendido, ou quando a urgência demonstrar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá concedê-la sem ouvir a parte contrária, sem que tal atitude seja considerada um atentado ao princípio do contraditório, posto que não foi ele excluído do instituto da tutela antecipada, mas apenas postergado a um momento mais oportuno e posterior do procedimento, como já se mencionou anteriormente.

A própria precariedade do provimento antecipado, que ainda não constitui decisão da causa, que só ocorrerá com a sentença de mérito, é garantia do efetivo atendimento ao princípio do devido processo legal. Isto porque o mérito será apreciado apenas após regular instrução do feito, com estrita observância do contraditório, quando então a decisão antecipada poderá ou não se tornar definitiva. Antes de apreciado o mérito, a decisão que concede a tutela antecipada é precária, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, revogar ou modificar, no todo ou em parte, a concessão feita.

Outrossim, por visar, a tutela antecipada, em regra, beneficiar apenas o autor (o réu nas ações dúplices também pode ser beneficiado), com o fito de agilizar a prestação jurisdicional, faz-se necessário um cuidado extremo na sua aplicação, sob pena de se ver ferido o princípio fundamental da igualdade entre as partes. Assim é que para a concessão da antecipação da tutela é indispensável prova inequívoca do fato ensejador do pedido, a fim de que o juiz possa ponderar os “prós e contras” de sua concessão, em confronto aos interesses do réu que serão indubitavelmente atingidos pelo provimento.

Outra garantia ao princípio da igualdade processual é a da concessão da tutela antecipada apenas quando os efeitos do ato concessivo forem reversíveis, posto que assim estão preservados os efeitos da sentença que virá ao final do processo, que ficaria prejudicada caso não fosse possível o restabelecimento à situação primitiva.

Em contrapartida, a tutela antecipada confere ao economicamente mais fraco a oportunidade de ver sua pretensão concedida **initio litis**, o que evita que a demora do processo o faça desistir da ação, face as despesas necessária para garantir uma vitória futura e incerta. Tem-se aí o atendimento ao princípio fundamental da igualdade, oferecendo ao mais fraco a oportunidade de exercer seu direito de ação sem o risco de o aspecto econômico tornar inviável seu acesso à justiça.

O instituto da tutela antecipada se constitui, por conseguinte, em uma forma de agilização da prestação da tutela jurisdicional, não violando qualquer princípio fundamental, atendendo mesmo ao princípios informativos do processo, desde que sua aplicação atenda estritamente às condições e requisitos impostos pela legislação pertinente. Alguns deles, todavia, encontram-se mitigados ou mesmos postergados a um momento tardio do procedimento, o que não implica na sua exclusão ou violação.

4.2. A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro e a antecipação da tutela de mérito

Na reforma do Código de Processo Civil brasileiro, um dos pontos altos foi, sem dúvida, a introdução, mediante novo texto dado ao art. 273, do instituto da antecipação de tutela, que realçou a aplicação do princípio do acesso à justiça.

Como destacou Kazuo Watanabe, um dos membros da Comissão que promoveu a revisão do Código e um dos defensores da ampliação dos mecanismos de tutela provisória e imediata dos direitos subjetivos, toda a recente remodelação do ordenamento jurídico brasileiro parte de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à Justiça, considerado como garantia fundamental. Diz esse autor:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de

ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução”²⁶

Assim, embora seja evidente que os problemas de deficiente prestação jurisdicional não se restringem apenas ao aspecto da legislação processual, pois são notórias as dificuldades dos serviços judiciários, do recrutamento dos juízes e seus auxiliares e de seu “adestramento” para bem desempenhar a difícil missão de fazer justiça, é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos de um procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados à sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo, conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.

Dentro dessa perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela efetividade e tempestividade da tutela, foi que a Lei n. 8.952/94 concebeu a antecipação de tutela.

Inclusive, como bem ponderou Kazuo Watanabe, a inovação em causa não representou uma simples alteração procedimental para agilizar o processo, mas também inovação nos tipos de provimentos jurisdicionais, com repercussão nos poderes do juiz, o qual pode, agora, usar de expedientes executivos, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento e de proferir a própria sentença de mérito.

Está, destarte, credenciado o juiz a executar provisoriamente uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias da causa o autorizam a prevê-la.

²⁶ WATANABE. Kazuo, Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer - Arts. 273 e 461 do CPC, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, Reforma do Código de Processo Civil, 1996, p. 20.

Por conseguinte, não há dúvida de que as alterações que se fizeram e vêm sendo feitas no campo do processo civil são reflexos dos anseios da população por uma justiça mais ágil e eficaz. Só há justiça quando ao Judiciário é dada condição de trabalho, evitando-se a aglomeração de ações de solução simples ou protelatórias do direito da parte, provocando uma demora indesejável na prolação das sentenças e retardando a prestação jurisdicional que, por vezes, quando prestada já é completamente ineficaz.

4.3. O problema da eficácia e dos efeitos na perspectiva da tutela antecipatória

Em primeiro lugar, impõe-se distinguir entre o conceito de eficácia e o de efeito. A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem; os efeitos, à produção de alterações no mundo sensível, como consequência da eficácia. A condenação, por exemplo, constitui eficácia da sentença condenatória, elemento do seu conteúdo; a possibilidade de execução ou a própria execução, efeito dela decorrente. Há, pois, íntima relação entre as duas categorias, não podendo haver efeito sem eficácia, determinando o conteúdo desta a consequência verificada com aquele.

Feitas essas breves considerações, e retornando ao tema, ressalte-se que na tutela antecipatória, tal como se passa com a tutela de conhecimento, a eficácia e o efeito decorrem da lei substancial. O objeto da cognição do órgão judicial gira em torno do direito, do dever e da lesão, e o conteúdo da decisão pode se assemelhar ao conteúdo da sentença definitiva, o mesmo ocorrendo com os efeitos, embora predispostos à prevenção do dano. Assim, na providência antecipatória de alimentos, o órgão judicial, embora em cognição sumária, deve verificar o alegado direito aos alimentos, o dever de prestá-los e a existência de lesão, para autorizar seu pagamento de modo provisório.

A diferença está na extensão da cognição, na provisoriedade da ordem judicial e no efeito dela emergente. A eficácia condenatória existe, embora mitigada em virtude da pouca amplitude da cognição, necessariamente sumária, e o efeito mandamental corresponde, em regra, à solução adequada ao problema prático, por

se apresentar mais eficaz à erradicação da lesão, levando em conta o balanceamento dos valores em jogo. Se o efeito mandamental não encontra campo propício para se realizar (por exemplo, a falta de emprego fixo do devedor dos alimentos obsta a que se proceda desconto em folha), lança-se mão do efeito executivo, extraindo-se até por meio da execução forçada o numerário suficiente para a satisfação dos alimentos. Um e outro efeito decorrem no entanto, insista-se, essencialmente do direito material, em virtude da antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito.

Cumpra ressaltar, contudo, a impossibilidade de serem inteiramente antecipados, em regime de cognição incompleta, todos os efeitos e eficácias da própria sentença de mérito. Se nesta o elemento declaratório almeja, como é pacífico, a obtenção de certeza por meio do provimento jurisdicional, com referência ao direito ou às situações jurídicas deduzidas no processo, salta aos olhos a impossibilidade de semelhante certeza ser alcançada por meio da cognição incompleta estatuída no art. 273. Aí por hipótese não haverá certeza, quando muito meia-certeza, probabilidade, e o provimento judicial assim obtido será incapaz de produzir os efeitos correspondentes a uma sentença normal (seja de força declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva **lato sensu**).

Essa conclusão reforça-se ainda mais se reforçam em face da irreversibilidade reclamada no §2º do art. 273 e da execução provisória prevista no §3º do mesmo dispositivo. Nenhum sentido haveria em falar em irreversibilidade de efeitos ou em execução provisória, em face do mero declarar, condenar ou constituir, que operam apenas no plano do verbo, do dizer do juiz. O que pode provocar irreversibilidade ou dar lugar a execução são propriamente os efeitos práticos antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano. Exemplos de atos materiais vedados pelo §2º do art. 273, em razão da irreversibilidade: a demolição do prédio histórico ou a destruição do documento falso, antes de declarada sua falsidade por sentença transitada em julgado e, portanto, indiscutível e imutável.

Convém advertir, outrossim, que a antecipação deve se comportar nos exatos limites da sua finalidade essencial, qual seja, a prevenção do dano. Excedidos esses limites haverá emprego abusivo, ainda mais por se cuidar de tutela

de aparência, com adiantamento de efeitos práticos. Recomendável, pois, minimizar ao máximo seus inconvenientes. Dentro dessa linha de raciocínio, sempre que possível o juiz deverá restringir a antecipação, buscando algo diverso e menor do que o resultado prático final. Por exemplo: em vez de devolver a posse, depositar a coisa em mãos do autor; não modificar os registros públicos; evitar enfim situações em que os efeitos práticos sejam irreversíveis (requisito negativo da antecipação).

4.4. A tutela antecipatória e a efetividade do processo

Não é recente nem descabida a crítica que o processo de conhecimento recebe por grande parte da doutrina. Embora esse instrumento não possa ser dispensado como meio eficaz de dizer o direito em juízo, o formalismo, a quantidade de atos que comporta e o problema do acesso à justiça fazem do procedimento ordinário objeto constante de críticas.

Tendo em vista que o processo, na maioria dos casos, não mais atende à expectativa que a sociedade espera quanto à satisfação de seus direitos, a possibilidade de acelerá-lo tem sido uma busca constante dos operadores de direito, procurando sempre encontrar fórmulas variadas para uma melhor presteza da atividade jurisdicional. As preocupações se voltam ao encontro de um processo mais efetivo, que possa verdadeiramente realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene.

Assim, toda a problemática do processo passa por um princípio muito discutido e divulgado, que é o princípio da efetividade do processo, e a tutela antecipatória representa uma nova visão do processo que busca essa efetividade, todavia falar da efetividade do processo e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre seu modo de ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso.

O ideal de efetividade é aquele que confere o mais rápido possível àquele que tem um direito, exatamente aquilo que ele tem o direito de obter (Chiovenda). Como disse Dinamarco:

“É preciso romper preceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de 'alterar o mundo', ou seja, de conduzir pessoas a uma ordem jurídica justa. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.”²⁷

A tutela antecipatória, portanto, deve ser interpretada de acordo com o espírito que presidiu a reforma do Código, cuja principal preocupação foi a de tornar o processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, pois somente os procedimentos céleres preenchem a finalidade do mesmo e lhe dão efetividade.

Vale ressaltar, nesse contexto, as palavras do renomado processualista Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma:

“A tutela antecipatória é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia - que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material - de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor”²⁸.

Enfim, a tutela antecipatória representa a nova visão do direito processual que busca a efetividade do processo: um processo de resultados, um processo apto a realizar os objetivos a que se destina.

²⁷ DINAMARCO, Candido R. *op. cit.*, p. 240.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 54.

4.5. O julgamento antecipado da lide em face da antecipação de tutela

A idéia de um processo mais célere não é nova, posto que, no Brasil, com o Código de Processo Civil de 1973, art. 330, foi introduzida uma forma especial de antecipação de tutela, chamada “julgamento antecipado da lide”.

Este instituto - julgamento antecipado da lide - possui um traço comum com a tutela antecipada, consistente em proporcionar aos jurisdicionados uma solução célere do litígio. Ambos têm por escopo a efetividade do processo.

É claro que a tutela antecipada não se confunde com o julgamento antecipado da lide. Neste, o juiz julga o mérito da causa, de forma definitiva proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da **res in iudicio deducta** (CPC, art. 269). Já na tutela antecipada, o juiz antecipa os efeitos executivos da futura sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, de natureza provisória, prosseguindo-se o processo (CPC, art. 273, § 5º).

Portanto, enquanto o julgamento antecipado da lide viabiliza o julgamento final, de mérito, em momento antecipado em relação àquele que, hipoteticamente, seria o momento normal, a tutela antecipada possibilita, além da celeridade normal, uma celeridade especial ou particularizada, à luz das situações previstas no art. 273, I ou II, com vista à produção de efeitos imediatos.

Outrossim, a tutela antecipada não é uma forma de julgamento antecipado da lide, onde a pretensão é julgada definitivamente, com o juiz fazendo sua composição através de uma sentença de mérito e extinguindo o processo. Pela tutela antecipada o juiz aprecia o mérito do pedido, geralmente de modo parcial, sem extinguir o processo, mas em decisão interlocutória, provisória e que pode ser modificada ou revogada.

Resguardadas as diferenças substanciais entre as regras dos arts. 273 e 330, I, do CPC, o instituto da tutela antecipada, trazendo regras mais claras e incisivas, pretende ser mais efetivo, mais prático, mais eficaz que o julgamento antecipado da lide, que, na realidade, revelou-se decepcionante, embora, honra seja feita, não seja pequeno o número de juízes operosos, conscientes e corajosos, que, diante de um quadro de certeza, não hesitam em proferir julgamento antecipado, em

lugar de se deixarem levar por um espírito burocrático, que determina a prática de atos repetitivos e inúteis, numa tentativa de “dar tempo ao tempo”, para que a demanda chegue ao fim por si mesma, vencendo pelo cansaço as partes e seus advogados.

De qualquer forma, a introdução do art. 273 na legislação processual é uma extraordinária inovação no direito brasileiro. Permite-se ao magistrado, caso estejam presentes os pressupostos do **caput** e se caracterize uma das situações presentes nos incisos, que dê o provimento buscado pelo demandante sem haver ainda a cognição exauriente, definida como aquela que realiza o magistrado quando analisa o material fático e jurídico da lide posta em questão da forma mais aprofundada possível.

Nesse sentido, o instituto gerou - como não poderia deixar de ser - bastante polêmica, uma vez que a cultura processual brasileira ainda reluta em aceitar a concessão de provimentos jurisdicionais com base em cognição sumária.

Duas situações relativas ao referido dispositivo são inusitadas e demandam um maior aprofundamento doutrinário. Tais situações podem ser resumidas nas duas seguintes perguntas: É possível haver antecipação de tutela após o término da instrução probatória no processo comum ordinário? A revelia é situação permissiva de concessão de provimento antecipado?

As duas situações, conforme se tentará demonstrar, guardam profunda relação com o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia.”

Com relação à primeira pergunta, pode-se dizer que, muito embora o texto do inciso I do artigo 330 não se refira expressamente ao fim da instrução probatória, a situação é semelhante, haja vista que, tanto na situação exposta na

pergunta quanto no referido inciso I, o juiz estaria “apto” a proferir sentença de mérito.

Relativamente ao inciso II não há qualquer problema, uma vez que o texto versa expressamente sobre a revelia, situação posta no segundo questionamento.

Passa-se, nesse diapasão, à tentativa de resposta à primeira pergunta.

Há quem defenda, no direito brasileiro, dentre os quais cita-se Araken de Assis, Antônio Cláudio da Costa Machado e José Eduardo Carreira Alvim, que o fim da instrução probatória é o momento final para a concessão de antecipação de tutela em primeiro grau de jurisdição, porquanto o juízo de verossimilhança - único possível de se obter por meio de cognição sumária -, previsto no **caput** do artigo 273, já não mais existe, vez que foi substituído pelo juízo de certeza, obtido pelo fim da coleta probatória.

Contrariamente, Jorge Pinheiro Castelo²⁹ observa que aqueles que inadmitem a concessão do provimento antecipatório após o término da instrução estão confundindo a antecipação de tutela com o julgamento antecipado da lide.

Com efeito, quando da entrada de uma ação em juízo, deve-se distinguir os resultados fáticos dos jurídicos esperados pelo demandante. A antecipação da tutela acelera efeitos fáticos da tutela jurisdicional, em nada alterando os efeitos jurídicos, que continuam em sua marcha - lenta - rumo à coisa julgada. O julgamento antecipado da lide, por seu turno, acelera efeitos jurídicos, não modificando os efeitos fáticos, uma vez que a sentença imediatamente prolatada, está sujeita ao recurso de apelação dotado - excetuando-se raros casos - de efeito suspensivo. A eventual execução que se iniciará será provisória, que nada mais é do que uma execução incompleta, como bem já se salientou em doutrina.

Como bem se observa, caso seja inadmitida a hipótese de provimento antecipatório ao fim da instrução processual, o efeito que será obtido pelo demandante é idêntico ao que obtém o favorecido pelo julgamento antecipado da lide, isto é, nenhum.

²⁹ CASTELHO, Jorge Pinheiro. Teoria Geral do Processo, Tutela Antecipada. São Paulo: LTr, 1999. p. 551.

Assim, adotar o entendimento no sentido do descabimento de antecipação de tutela após a instrução probatória significa não dar resposta aos direitos que necessitam urgentemente de tutela satisfativa, uma vez que faticamente nada se altera para o demandante. Portanto, torna-se imperioso o reconhecimento da possibilidade da concessão do provimento antecipatório, mesmo quando já se encontra finda a atividade processual.

No que tange à revelia, objeto do segundo questionamento, ela também traz celeuma quando se analisa o instituto da antecipação de tutela, mormente no que tange ao inciso II, que trata dos chamados direitos evidentes.

Numa leitura do inciso II do art. 273, pode-se afirmar que a revelia não estaria elencada nos casos em que se pode antecipar a tutela jurisdicional, uma vez que o inciso versa acerca da possibilidade de haver abuso do direito de defesa, e, para muitos, para que haja abuso de defesa, é necessária a existência de uma peça de defesa.

Baseando-se nessa premissa, assevera-se que a ausência de contestação e a conseqüente revelia impedem a antecipação de tutela por abuso de direito de defesa, porque esta pressupõe o oferecimento de contestação por parte do demandado. Todavia, nos casos de abuso de direito de defesa, a revelia não pode deter a antecipação de tutela, sob pena de se estar beneficiando o réu que age com abuso.

Desse modo, conclui-se que, presentes os pressupostos do **caput** do art. 273, do Código de Processo Civil, a ausência de contestação se constituiria numa espécie de abuso do direito de defesa qualificado, tornando ainda mais evidente o direito do demandante.

Mister salientar, em conclusão, que a antecipação de tutela para os casos em que há revelia não é a melhor forma de tutelar direitos evidentes porventura em jogo. Na realidade, os direitos evidentes deveriam ser tratados de forma imediata e definitiva também no que tange ao seu efeito jurídico. Entretanto, na falta de um melhor instrumento para a proteção de tais direitos evidentes, opta-se pela aplicação

da antecipação de tutela, que se mostra a única capaz de tutelá-los de forma adequada.

4.6. Distinção entre os casos de tutela antecipada e os de tutela cautelar

Em análise dos pressupostos básicos e fundamentais que balizam a aplicação da tutela antecipada e da tutela cautelar, comumente verifica-se que alguns julgados adotam um excessivo tecnicismo para separar em compartimentos estanques e inflexíveis as hipóteses de tutela cautelar e as de antecipação de tutela, quando a lei não vislumbrou isso, tanto assim que não balizou tais compartimentos.

Faz-se necessário, portanto, urgentemente, que o operador do direito tenha muita prudência no tratamento de matéria tão delicada, como é o caso da prevenção em qualquer de suas modalidades, já que o rigor tecnicista pode, sem qualquer dúvida, anular a conquista instrumental, trazendo com isso irreparáveis males à efetividade da prestação jurisdicional, bem maiores do que os que causava a falta do remédio inovador, máxime porque a antecipação de tutela, no direito brasileiro, não foi adotada com a intenção de diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar. Ela foi inspirada, pelo contrário, na necessidade de suprir deficiências que o sistema preventivo apresentava. Veio, assim, para somar e não para subtrair, daí ser conveniente ponderar que, se resta bem claro no direito brasileiro atual, a diferença técnica ou teórica entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, o mesmo nem sempre ocorre nas situações práticas postas nas mãos do julgador para solução judicial.

Registre-se, por oportuno, que a pretensão de separar em campos diametralmente opostos e bem delineados, as medidas cautelares e as de antecipação de tutela, é tarefa que apenas o direito brasileiro, ambiciosamente, almejou. No direito europeu, o que se fez não foi criar uma nova modalidade de prestação jurisdicional a par da cautelar, pelo contrário, esse direito considera a tutela antecipada e a medida cautelar como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional. Qualquer distinção é feita no plano eminentemente teórico para justificar as dimensões e os fundamentos da tutela em questão.

De notar-se que o operador do direito, segundo entendimento da grande maioria dos doutrinadores, dentre eles o mestre Humberto Theodoro Junior, não deve indeferir o pedido de tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa.

Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares.

O que não é possível tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio. Sem dúvida, em assim acontecendo, estaríamos diante de um **error in procedendo**, com inegável prejuízo à parte.

Não se deve censurar o legislador por ter ampliado os poderes cautelares do juiz permitindo-lhe, inclusive, conceder a antecipação da tutela de mérito, e isto pelo medo de que tais faculdades possam gerar abusos e arbitrariedades. A verdade, porém, é que, universalmente, registra-se uma evolução nas leis processuais civis exatamente na direção de agilizar a prestação jurisdicional e de contornar as crises dos procedimentos clássicos mediante expedientes céleres, mais eficazes e comprometidos muito mais com a garantia de justiça, do que simplesmente com os ritos que sempre representaram, na ordem prática, mais embaraço do que incentivo à real tutela aos direitos subjetivos violados ou ameaçados.

O legislador brasileiro, sem dúvida, tomou conhecimento da dura verdade de que o processo, tal como concebido em seu rito comum ou ordinário, não estava suficientemente aparelhado para enfrentar os problemas de emergência. Do mesmo modo como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, exatamente na busca incessante de meios e técnicas mais ágeis para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber

expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados, sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo, o que, infelizmente, muitos juízes teimam em não querer entender, como se fossem os únicos senhores da verdade e do direito, postados até acima da lei.

Da mesma forma, ainda sob o ângulo da medicina, em que há técnicas e cirurgias para pacientes normais e técnicas e cirurgias de urgência, o mesmo ocorre com a tutela jurisdicional, onde há o processo normal, naturalmente lento e demorado, e há o processo de emergência, para as situações de urgência. Em todos os casos de risco de dano iminente e grave, o processo normal se apresenta como inútil, porquanto a parte não dispõe de tempo para utilizá-lo de forma a impedir a consumação do grave prejuízo que se avizinha.

Um juiz que não esteja provido de preparo técnico e de equilíbrio pode - é verdade -, no uso do poder de criar medidas de urgência, provocar danos incalculáveis e comprometer até mesmo o direito em litígio, ainda que isto pode ser consertado através de remédios de retificação e de recursos também eficazes e rápidos, o que não pode significar a simples eliminação do remédio processual de urgência (tutela antecipada), sob pena de se causar sérios prejuízos ao jurisdicionado. Em outras palavras, do mesmo modo como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser por ele mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas, por temor ao despreparo técnico ou à falta de sensibilidade do julgador, máxime quando a chamada “crise do Judiciário” está centrada no atraso da entrega da prestação jurisdicional.

Assim, a tutela antecipada engloba as situações que envolvem direitos que necessitam de satisfação urgente, que não podem se sujeitar à demora normal que uma cognição profunda acerca dos fatos em questão necessita, sob pena de não poderem mais ser satisfeitos. Poder-se-ia dizer, entretanto, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente, sob pena de relegar o valor certeza que o próprio Estado de Direito pressupõe, como organização que age sob os ditames das regras jurídicas, onde as normas só podem ser aplicadas mediante o perfeito conhecimento

dos fatos. Todavia, é este mesmo Estado que garante a todos o acesso à Justiça ao dispor a Constituição em seu art. 5º, XXXV, que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”*.

Foi enfrentando esse impasse que a teoria processual, procurando adequar as formas de prestação da tutela jurisdicional às variadas situações de direito material, criou, ao lado dos processos de conhecimento e de execução, o processo cautelar, como um **tertium genus** capaz de assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional.

A tutela cautelar se realiza mediante um processo cautelar, que, na lição de Humberto Theodoro Júnior, constitui uma nova face da jurisdição, um **tertium genus** que *“contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, e tem por elemento específico a prevenção”*³⁰. Com isso se percebe que se há um processo cautelar deve haver também uma ação cautelar, pois processo e ação são noções indissociáveis. Essa atividade cautelar, no entanto, como se disse, difere do processo de conhecimento e do execução por ter características que lhe são próprias e exclusivas. Aliás, já foi dito que a ação cautelar busca apenas preservar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, sendo a prevenção seu elemento específico. Assim, embora seja ela uma ação, com todas as características desta, incluindo a autonomia, mantém ela relação de subsidiariedade com a ação de conhecimento ou de execução, que é por isso chamada de principal. É nesse sentido o dispositivo contido no art. 796 do Código de Processo Civil que diz que *“o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”*.

Com esses dados já podemos chegar ao conceito fornecido por Humberto Theodoro Júnior, que diz:

“consiste, pois, ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, *op. cit.* p.360.

direito de assegurar 'que o processo possa conseguir um resultado útil'³¹

Sua função, portanto, é meramente auxiliar e subsidiária, de sorte que não busca a composição do litígio, não procura satisfazer o direito material dos litigantes, mas apenas garantir o direito a um resultado eficaz que será dado pelo processo principal. Para o atendimento dessa função possui as seguintes características peculiares:

- a) *Instrumentalidade* - significa que a cautelar não tem um fim em si mesma, mas é apenas um meio para que se efetive o objetivo da prestação jurisdicional que é a justa e útil satisfação do direito material. Por esse motivo é que Humberto Theodoro Júnior afirma que “*enquanto o processo principal busca tutelar o direito, cabe ao processo cautelar tutelar o próprio processo principal*”³², já que não declara o direito nem o realiza, mas apenas atende, de forma provisória e emergencial, uma necessidade de segurança que possui relevância para a futura solução do litígio.
- b) *Provisoriedade* - indica que a cautelar tem uma duração limitada no tempo, que pode ter seu marco final na entrega da tutela definitiva; na perda do prazo de ingresso para a ação principal, no caso de ser preventiva; ou mesmo na revogação ou modificação pelo juiz.
- c) *Revogabilidade* - a cautelar não faz coisa julgada material, já que não decide do mérito da lide, não gera uma situação estável para as partes, antes existe enquanto é necessária, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo pelo juiz, a requerimento da parte interessada.

Ainda, têm as cautelares dois requisitos específicos, resumidos nos seguintes brocardos latinos: **fumus boni juris** e **periculum in mora**, que compreendem respectivamente a probabilidade do direito material alegado realmente existir e o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide,

³¹ *Id. ibid* p.362.

³² *Idem.* p. 363

cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798, CPC), de modo que haja risco de ineficácia da futura tutela jurídica.

Com relação ao primeiro requisito, Humberto Theodoro Júnior observa que a fumaça do bom direito não implica na certeza do direito material, pois assim já se poderia ter o julgamento definitivo e não uma simples cautelar, e que essa plausibilidade do direito material não significa que os fatos que o fundamentam serão profundamente analisados, mas apenas e tão somente que o autor da cautelar tem direito ao processo de mérito com possível provimento favorável. Assim, uma vez demonstrado que o autor da cautelar possui todas as condições do direito de ação que lhe permitirão ingressar com o processo principal, ou seja, que este é viável e não lhe será claramente adverso, terá ele direito ao processo cautelar, pois o **fumus boni juris** consiste na existência do interesse que justifica o direito de ação, sendo que, na prática, só não existe quando a pretensão do requerente configurar caso de inépcia da inicial.

Quanto ao perigo da demora, Humberto Theodoro Júnior esclarece que se refere ao interesse processual na justa e eficaz composição do litígio, sendo que o dano corresponde a uma possível alteração prejudicial na situação de fato existente ao tempo da propositura da ação, devendo o receio do autor da cautelar ser demonstrado por algum fato concreto (fundado) que possa gerar dano durante o processo principal (seja próximo) e que esse dano não permita uma reparação específica e nem uma indenização, inclusive por falta de condições econômicas da outra parte³³.

Prosseguindo, as cautelares podem ser instauradas antes do processo principal, sendo que este deve ser proposto dentro de trinta dias (art. 808, I, CPC), quando, então, serão precedentes ou preparatória, ou podem, ainda, ser ajuizadas no curso deste, sendo então incidentes. Podem ainda ser inominadas, quando derivam do poder geral de cautela concedido ao juiz pelo art. 798 do Código de Processo Civil, ou nominadas, quando especificadas por este, sendo subdivididas estas nas que recaem sobre bens, sobre provas e sobre pessoas.

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 429.

No que tange às medidas cautelares disciplinadas pelo art. 813 e seguintes, que são as nominadas, não há dúvidas; são cabíveis nos casos especificamente determinados e seguem a disciplina desses artigos. Importa, porém, ainda, observar a possibilidade de ser a tutela cautelar concedida **ex officio**, possibilidade essa prevista no art. 798 do CPC, pelo qual é permitido ao juiz “*determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*”, quando estiverem presentes os requisitos do **periculum in mora** e, apesar de não mencionar o artigo, também, é lógico, o **fumus boni juris**, pois a existência desses dois requisitos, de forma concomitante é que permite a concessão da cautelar.

Evidentemente que, em vista do princípio da inércia da jurisdição que informa o sistema processual brasileiro, não se pode conceber que ao juiz seja permitido intentar qualquer ação. Porém, no campo da tutela cautelar, tal princípio é abrandado, ou talvez adequado aos seus fins em nome da efetividade, de sorte que aquela possibilidade de tutela cautelar **ex officio** não compreende a possibilidade de o juiz abrir um verdadeiro processo cautelar, mas apenas lhe permite tomar medidas cautelares avulsas dentro de um processo já existente, mas isso em situações de expressa permissão legal, como o caso do arresto na execução onde o devedor não é encontrado. Essas medidas são anômalas, não formam um novo processo em autos apartados, mas são procedimentos incidentais acessórios ao processo principal.

O poder geral de cautela também é algo de peculiar na tutela cautelar, pois, por ele, pode o juiz criar providências de segurança fora dos casos típicos de cautelares determinados por lei, pois a tutela cautelar visa a evitar situações de perigo que possam prejudicar a eficácia do processo principal e, por vezes, demandam medidas específicas para o caso concreto. Essas medidas terão de ser requeridas pelo interessado que, como já dito, terá de demonstrar a existência daqueles dois requisitos típicos de todas as cautelares.

Ainda, essas medidas têm limites além dos comuns à qualquer ação, em vista de sua função altamente específica. Assim, a necessidade da medida vai estar presente no **fumus boni juris**, podendo, nunca, pretender ser definitiva ou satisfativa, pois, como o processo de liquidação, deve ser fiel ao seu fim específico que é a mera conservação de um estado de coisas. Por isso sua prestação não deve

ter conteúdo igual ao da do processo principal, logo, não deve influir no julgamento da lide, conforme dispõe expressamente o art. 810 do CPC.

Por ser processo, a cautelar só pode se encerrar através de sentença. Mesmo que a medida cautelar seja conferida em liminar, é a sentença que entregará a tutela cautelar. Mas, como a cautelar não decide sobre o mérito, essa sentença não fará coisa julgada material, só formal. Logo, poderá ser revogada ou modificada pelo juiz se, depois, este a julgar inadequada ou inútil, por exemplo. Apenas no caso de se acolher prescrição ou decadência é que pode a cautelar fazer coisa julgada material.

É de se ressaltar que a referida possibilidade de modificação está inclusa na fungibilidade das medidas cautelares, pela qual pode o juiz determinar concretamente qual a medida mais adequada ao caso, de sorte que o requerente não pode exigir a que pediu se a determinada pelo juiz assegura a eficácia do processo principal, visto que o requerente não tem, como no processo principal, o direito subjetivo a uma prestação determinada; não há o direito à uma tutela específica. O princípio da fungibilidade está fundamentado no art. 805 do CPC, que prevê a possibilidade de substituição de ofício ou a requerimento da parte, da medida cautelar por outra menos gravosa para o requerido.

Por fim, a medida cautelar extingue-se por revogação, falta de ajuizamento da ação principal em 30 dias, falta da execução da medida deferida em igual período, extinção do processo principal e por desistência do requerente.

Como já se disse de início, a existência da tutela cautelar não foi o bastante para a efetividade do processo nos casos em que o direito reclamado só pode ser satisfeito por uma prestação urgente, rápida, de forma que o legislador processual, ante essa realidade, trouxe, em 1994, a figura da tutela antecipada através do novo art. 273.

Assim, buscando acelerar os resultados do processo, permitiu-se a antecipação dos efeitos da tutela definitiva por liminar satisfativa, que, diferente das liminares de feição satisfativa já existentes (ações locatícias, por exemplo), sendo é aplicável, em tese, a qualquer processo de conhecimento.

Como é satisfativa, por ela se concede o exercício, ainda que provisório, do próprio direito afirmado pelo autor, de maneira que a decisão que a concede terá o mesmo conteúdo da sentença definitiva, sendo que a diferença será a provisoriedade. Por ser provisória, não pode ser confundida com a antecipação da própria tutela, o que representaria um julgamento antecipado da lide. O que é antecipado são só os efeitos da tutela definitiva, por isso é que a decisão concessiva da tutela antecipada não faz coisa julgada material, podendo ser modificada depois em vista da própria provisoriedade que deriva de uma cognição sumária.

A tutela antecipada não é uma ação, mas a lei não especifica o modo de sua concessão, que poderá assim, se dar sob a forma de liminar, e, conforme o caso, através de provimentos executivos. Inclusive, o §3º do art. 273 permite a aplicação dos procedimentos da execução provisória, no que couber. Note-se, entretanto, que tal não significa que a antecipação da tutela seja uma forma de execução, pois esta pressupõe a existência de título executivo.

Cândido Dinamarco ensina que, pelo princípio da adaptabilidade da tutela jurisdicional, dependendo da finalidade, a antecipação da tutela pode se dar por “*declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguração*”³⁴. Já o juiz João Batista Lopes entende que esta não se coaduna com todos os tipos de processo de conhecimento; quanto às ações condenatórias não haveria dúvida em ser aplicável, mas nas ações declaratórias, não se poderia antecipar a própria declaração, no máximo poder-se-ia antecipar alguns de seus efeitos; nas constitutivas alega que não se pode constituir uma situação de forma provisória, mas apenas suspender seus efeitos, o que é sede das cautelares, pois essa suspensão é de natureza diversa da prestação definitiva, só é preventiva, não satisfativa como a tutela antecipada exige.³⁵

De posse das noções gerais acima expostas, pode-se traçar um quadro objetivo das diferenças dos dois institutos, nunca se perdendo de vista que o ponto central reside na diferença de função e de objetivos, que redundam na diferença de

³⁴ DINAMARCO, Cândido R., *op. cit.*, p. 143

³⁵ LOPES, João Batista, O juiz e a tutela antecipada *in* Tribuna da magistratura, Caderno da doutrina, jun/1996, p. 17.

naturezas. Portanto, todos os outros pontos diferenciadores são decorrências destes e estão intrinsecamente relacionados.

- a) De início pode-se observar que a tutela cautelar é preventiva, tendo como função única e específica garantir o resultado útil do processo principal, de modo que não decide o mérito da lide, não podendo influir nessa decisão. Já a tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado como a cautelar, mas satisfaz esse direito.
- b) A tutela cautelar tem como características a instrumentalidade, a referibilidade a um processo principal e a dependência, que não estão presentes na tutela antecipada.
- c) A cautelar é uma ação, com todas as características desta, é autônoma, pressupõe a existência das condições da ação, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário; pode ser intentada antes mesmo de existir um processo principal e forma novos autos. A antecipação da tutela se dá mediante uma simples decisão interlocutória que resolve um incidente processual, não se formando autos apartados e, dessa decisão cabe agravo.
- d) A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**, enquanto que na tutela antecipatória a probabilidade de existência do direito material é mais forte que a mera plausibilidade desse direito, que na prática reside no próprio direito ao processo principal e na simples aparência de que poder-se-á dele sair vencedor. Além dessa, abriga ainda a hipótese de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu, independente da existência de perigo na demora da prestação definitiva. Assim, como ação autônoma, a cautelar pode ocorrer na execução, sob a forma de incidente ou mesmo de forma preparatória, e a tutela antecipada só ocorre no processo de conhecimento.
- e) A tutela cautelar pode ser concedida de ofício ou a requerimento de qualquer das partes e a antecipatória somente com requerimento do autor.

- f) A tutela cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, para não ter caráter satisfativo, concedendo justamente aquilo que se pede, inclusive não incide o direito à tutela específica. A antecipação da tutela tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, logo, incide o direito à tutela específica, ficando a cargo do juiz apenas a “escolha” dos atos que se mostrem mais adequados, à semelhança do que permite o art. 620 do CPC com relação à execução.

Essas são as diferenças básicas, mas relevante é ter em vista que a cautelar visa a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, enquanto que a antecipação dos efeitos da tutela incide sobre o próprio direito pleiteado satisfazendo-o provisoriamente, não se buscando, nesta, a mera preservação da situação através da conservação de bens, provas e mesmo da proteção de pessoas, como ocorre na cautelar, mas a satisfação do próprio direito pleiteado.

Porém, há, entre os dois institutos, além de várias semelhanças, um ponto claro de contato: as medidas cautelares satisfativas, das quais é exemplo o pedido de busca e apreensão de menor quando este é mantido em poder do pai, tendo sido concedida sua guarda pela mãe. Nesse exemplo, a mãe não precisa de nenhuma ação de conhecimento, já que seu direito está certificado, por isso, ela só pede uma medida cautelar satisfativa, que, liminarmente ou apenas sumariamente, restabelecerá o estado de coisas a que tem direito. Nessa situação, observa Calmon de Passos, a tutela cautelar *“é satisfativa porque há tutela definitiva, insuscetível de ser posta como objeto de um processo de conhecimento, visto como a certificação já ocorreu.”*³⁶

É, no entanto, o próprio Calmon de Passos quem observa que, na medida cautelar, a satisfatividade é uma anomalia, de forma que a satisfatividade da cautelar é uma exceção que *“só é admissível quando não exista outro meio de assegurar a*

³⁶ CALMON DE PASSOS, Cautelares e Liminares - Catástrofe Nacional, *in* Revista de Processo. n. 71, p. 230.

*efetividade da futura tutela fora da antecipação dessa tutela*³⁷. Com isso a questão se desfaz, pois em vista da característica genérica, “*é inquestionável que a antecipação da tutela deverá cobrir extensa área, ocupada antes pelas impropriamente denominadas 'cautelares satisfativas'*”³⁸. Com isso, sendo cabível a tutela antecipada não se concederá a cautelar satisfativa mas aquela, de forma que essa cautelar excepcional perdeu sua razão de ser. Quanto às demais cautelares, não foram modificadas pelo novo instituto.

Ressalte-se que a tutela antecipada e a tutela cautelar ainda apresenta outro ponto em comum: nenhuma delas é definitiva. É o que se vê dos arts. 273, §4 e 807, do CPC, que trazem a possibilidade de revogação ou modificação dos dois institutos:

“Art. 273. (...)

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

“Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

Quanto à provisoriedade, importante ainda tecer breve comentário. É que, contrariamente ao que ocorre na medida cautelar, que conserva a sua eficácia pelo prazo de trinta dias e na pendência do processo principal cognitivo ou executivo (arts. 806 e 807, do CPC), a antecipação da tutela, conquanto também concedida provisoriamente, produz efeitos duradouros, através da sentença transitada em julgado, uma vez que traduz a própria providência jurisdicional de mérito postulada. Em outras palavras, enquanto a medida cautelar, necessariamente provisória e efêmera, tem a finalidade de garantir, na prática, a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução), a antecipação da tutela materializa a própria prestação jurisdicional de mérito postulada no processo de cognição, e, embora também seja provisória, tem a vocação para, no futuro, ostentar eficácia permanente, com o advento do trânsito em julgado da sentença.

³⁷ Idem, p. 231.

³⁸ LOPES, João Batista, *op. cit.*, p. 19.

Por fim, registre-se que a tutela antecipada, no direito brasileiro, não veio para diminuir ou enfraquecer a tutela cautelar, mas para diminuir as deficiências do sistema preventivo, ou, na feliz síntese de Humberto Theodoro Junior, “*veio para somar e não para subtrair*”.³⁹

³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada, *in* RT 742/54.

CAPÍTULO V

A TUTELA ANTECIPADA E OS PROVIMENTOS JUDICIAIS ANTECIPATÓRIOS, CAUTELARES E LIMINARES

5.1. As espécies de tutela jurisdicional e sua classificação tradicional

Quando se vai a juízo em busca da declaração do direito que se pensa ter (quanto à sua existência, sua configuração, seu alcance, seu modo de ser), é instaurado um processo de conhecimento, essencialmente (quando não exclusivamente) declaratório, no sentido de que se busca espancar dúvida ou incerteza quanto à pertinência subjetiva de um determinado bem da vida juridicamente protegido. Aí se exerce, em regra, o máximo de cognição possível, dado que se trata de apurar se, o que e quanto alguém deve a outrem, ou a quem pertence a posse ou o domínio de alguma coisa, ou como e em que medida determinados fatos produzem certas conseqüências jurídicas, e assim por diante.

Nesse processo, o autor se atribui uma posição de supremacia jurídica que o réu se recusa a admitir, enquanto o Juiz possui total neutralidade relativamente às posições sustentadas por cada um dos litigantes; seu espírito está inteiramente livre de inclinação ou tendência, pronto a ser convencido a qualquer dos sentidos possíveis. À formação desse convencimento é que se há de orientar todo o esforço processual dele mesmo e das partes. Os meios postos à disposição de todos para a busca desse objetivo hão de ser os mais amplos; o debate o mais aberto; as vias de impugnação as mais variadas. Trata-se de conhecer, isto é, de apreender a realidade fática e jurídica do litígio para resolvê-lo segundo o Direito, atribuindo a cada qual o que lhe corresponda. A declaração é o produto final por excelência do trabalho jurisdicional, embora se possa apresentar acrescida do elemento condenatório ou do constitutivo.

Em contraposição, quando o socorro judicial é procurado com o fim de tornar efetivo e concreto no mundo dos fatos o comando contido na sentença (ou em documento outro ao qual a lei atribui equivalente poder de submeter o sujeito passivo), já não se cuida de declarar ou conhecer, pois, de antemão já se sabe qual

é o direito do caso concreto, e tudo o que se quer é realizar esse direito, estabelecendo correspondência entre o estado jurídico previamente definido e o estado fático. As técnicas adequadas à busca desse objetivo são profundamente diversas daquelas pertinentes à atividade jurisdicional de conhecimento: apreendem-se valores ou bens e transferem-se de um para outro patrimônio; exercem-se pressões psicológicas e até físicas sobre a pessoa do executado para que se submeta ao comando; utiliza-se a atividade de terceiros para produzir a situação fática que o executado deveria ter produzido. O promovente da ação acha-se em posição superior àquela do demandado; a situação inicial relativa não é de igualdade ou equilíbrio, mas de superioridade e submissão. A lide se traduz em pretensão já definida como indubitosa, mas ainda assim insatisfeita. O órgão jurisdicional não parte de uma condição de incerteza e neutralidade dialética, mas do pressuposto de que o exequente deve ser satisfeito em sua pretensão. O processo é de execução.

Uma terceira possibilidade é a da formação de processo cautelar, onde não se busca a declaração do direito, nem a realização prática de um direito que já é certo, mas a tutela da segurança como um valor em si mesma. O ofício judicial é invocado para prover, no sentido de garantir que o resultado útil de um processo (de conhecimento ou de execução; em andamento ou a instaurar-se) seja assegurado contra os riscos decorrentes da demora na sua ultimação ou das alterações que se possam introduzir, maliciosamente ou não, no estado de fato sobre o qual a futura prestação jurisdicional deverá influir. O processo assim instaurado supõe, ao menos hipoteticamente, um outro processo, cujo resultado se trata de resguardar, podendo suceder, todavia, que este processo, dito principal, sequer venha a ter existência efetiva, seja porque as partes se compõem, seja por desinteresse do sujeito ativo ou por qualquer outra razão.

Entretanto, isso não afasta a realidade de que, ao instaurar-se o processo cautelar, isso só se admitiu em contemplação de processo principal que se esperava sobrevir. O Juiz, também aí, parte de uma situação de incerteza quanto ao cabimento, ou não, do provimento acautelador, devendo analisar sua necessidade e conveniência. Para tanto, necessariamente deverá examinar a lide principal, mas não para decidir sobre ela e sim para verificar, em termos de probabilidade, se há mesmo o que acautelar (**fumus boni iuris**). De outro lado, terá de avaliar se o

resultado prático esperado no processo principal corre efetivamente algum risco relacionado ao correspondente tempo de tramitação (**periculum in mora**). Não é difícil perceber que também no processo cautelar desenvolve-se típica atividade judicial de conhecimento, mas com a particularidade de voltar-se ela apenas para esses aspectos particulares da plausibilidade da pretensão principal e do perigo na demora. A cognição exercida quanto à lide principal é imprescindível, mas superficial e não-exauriente, já que o juízo a emitir-se será de probabilidade e não de certeza.

Como em quase todas as classificações, o critério há que ser o de predominância de um desses três componentes, nunca o de sua exclusividade. O processo de conhecimento pode agregar elementos de cautela (como o embargo liminar nas ações de nunciação de obra nova) e de execução (ações executivas **lato sensu**: despejo, reintegração de posse etc.). No processo executório há também cognição, mesmo que superficial: basta lembrar a chamada exceção de pré-executividade e o exame que se faz da solvência, ou não, do devedor, bem como elementos cautelares, como a caução exigível na execução provisória. De resto, incontáveis situações existem em que se adotam, seja no processo de conhecimento, seja no de execução, medidas cautelares sem processo cautelar. Nem falta, aliás, quem negue a autonomia do processo cautelar, exatamente a partir da idéia de serem os provimentos acauteladores passíveis de emissão no âmbito de qualquer processo não-cautelar.

5.2. A tutela antecipada e os provimentos liminares

Antes de tudo, mister esclarecer que o adjetivo liminar não designa uma categoria pertencente à mesma ordem de idéias das expressões cautelar e antecipação de tutela. Embora pareça comum a todas essas denominações a idéia de provisoriedade, nem mesmo isso é verdade, pois pode haver provimento judicial liminar sem esse caráter transitório, como é o caso do indeferimento da petição inicial **in limine litis**: se irrecorrida ou confirmada, a correspondente sentença exaure a jurisdição possível no processo em questão.

No sentido comum dos dicionários leigos, liminar é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o

provimento judicial emitido **in limine litis**, isto é, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não importa indagar se diz, ou não, com o mérito da causa, nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é simplesmente em relação ao momento em que se é proferido o provimento jurisdicional.

Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite **inaudita altera pars**, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a constatação que se extrai dos próprios textos legais, que, em numerosas passagens, autorizam o Juiz a decidir liminarmente ou após justificação. Assim formulada alternativamente, a proposição já sugere que, na segunda hipótese, não se trata de liminar, pelo menos em estrito sentido. Certo é, entretanto, que se tem usado, sem maiores inconvenientes e sem prejuízo da clareza das idéias, a designação de liminar também para os provimentos judiciais proferidos após justificação, na qual se tenha inclusive ouvido o demandado. O que se não pode tolerar é o alargamento do conceito ao ponto de confundir com liminar toda providência antecipatória anterior à sentença.

Ocorre que a maior parte das antecipações de tutela guarda essa característica de situar-se no limiar do procedimento. Assim, a liminar cautelar, a liminar possessória, a liminar em mandado de segurança etc. Por aí talvez se possa explicar a tendência a crer que antecipação e liminar sejam noções correlatas e inseparáveis. Basta, porém, que se examine mesmo superficialmente a inovação introduzida pelo atual art. 273 do CPC para perceber-se o equívoco dessa suposição. A antecipação de tutela da qual se cuida aí pode tomar a forma de uma liminar (vale dizer, conter-se em decisão proferida no limiar do procedimento), mas de modo algum é obrigatória essa localização, ou inerente à natureza da antecipação. Portanto, é de se ter em conta que um dos fundamentos possíveis da decisão antecipatória regulada pelo referido texto normativo é o abuso do direito de defesa, que evidentemente pressupõe já havê-lo exercitado o réu e, por conseguinte, achar-se o processo em fase mais adiantada do que aquela onde

podem ter lugar as verdadeiras liminares. Conclui-se, destarte, que é possível haver antecipação de tutela até mesmo em fase recursal.

5.3. A antecipação de tutela com e sem liminar

Ficou visto, pois, que toda liminar é antecipatória de tutela; que nem toda antecipação de tutela é liminar; e que a antecipação de tutela pode ser ou não cautelar. Esclarecido também que o conceito de liminar diz respeito apenas à cronologia do processo, e não à sua substância ou função, resta tratar ainda sobre cautela e tutela antecipada.

No processo cautelar, mais do que em outros, abre-se margem à emissão de provimentos liminares. Processo particularmente impregnado da preocupação com a urgência, abre espaço necessariamente maior à antecipação dos efeitos do provimento buscado, vale dizer, antecipação da cautela. É possível que essa realidade tenha contribuído para a tendência errônea de se supor que toda liminar é cautelar, quando, em realidade, essas duas qualificações correspondem a diferentes critérios classificatórios.

De se considerar, agora, os dois momentos do processo cautelar: o de sua instauração, quando o Juiz apenas recebeu a petição inicial; e quando já se completou o processamento e os autos estão em condições de receber sentença. Se o Juiz examina os requisitos e se convence de sua presença no primeiro daqueles momentos, deferirá a cautela em caráter liminar (e provisório). Se se convence apenas ao final, prestará a tutela no momento “normal”, como definitiva. A eficácia prática da medida é a mesma nos dois casos; varia apenas o momento e a definitividade.

Pode, também, suceder que o deferimento da liminar venha a ocorrer em outro momento qualquer da tramitação do processo. Também nessa hipótese ocorre antecipação da tutela, porque o ato judicial faz recuar para um momento anterior ao ordinário a eficácia que, em regra, seria da sentença apenas. Vale dizer, a sentença do processo cautelar ainda não existe, mas sua eficácia já se opera como se ela existisse.

O mesmo pode suceder no processo de conhecimento, nos casos em que a lei autoriza decisão antecipatória. Liminarmente, ou não (no momento inicial do processo ou em qualquer outro anterior ao da sentença), constatando a presença dos requisitos legais e do correspondente requerimento do interessado, o Juiz entrega ao autor prestação antecipada da proteção por ele pretendida a seu invocado direito, a título provisional. Tal como na hipótese antes considerada, de antecipação da cautela, o provimento destina-se a duração limitada no tempo, não maior que a do próprio processo.

Daí se vê que, com ou sem a concessão de liminar, seja em processo cautelar ou no de conhecimento, a tutela antecipada, sem ser substancialmente diversa da definitiva, dela se distingue pelas notas da provisoriedade e do adiantamento temporal em relação ao momento ordinário da prestação jurisdicional. Mais uma vez, pode-se dizer que a questão é apenas de momento processual.

CAPÍTULO VI

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

6.1. A controvérsia na doutrina e na jurisprudência

A expressão “Fazenda Pública” é utilizada, genericamente, de molde a abranger as pessoas jurídicas de direito público interno - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios -, bem como as suas autarquias e fundações públicas. Estão fora do conceito de “Fazenda Pública”, no entanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pois possuem personalidade jurídica de direito privado.

O objetivo da presente exposição relaciona-se à possibilidade de requerer-se e de deferir-se a antecipação da tutela em face das pessoas jurídicas de direito público interno e de suas autarquias e fundações públicas.

Neste particular, há duas vertentes doutrinárias: uma que considera cabível a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, da qual é representante, entre outros, Luiz Guilherme Marinoni, e outra que, entendendo de forma oposta, sustenta a inadmissibilidade do instituto da antecipação da tutela contra a Fazenda, sendo seus representantes Antonio Raphael Salvador, Antonio Carlos Cavalcanti Maia, e outros.

A primeira corrente, que considera cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda, sustenta, em essência, que, se a lei criou o instituto da antecipação de tutela, com o objetivo primordial de assegurar a execução imediata, embora provisória, não teria sentido, em perspectiva sistemática, deixar de assegurar à decisão interlocutória concessiva da antecipação de tutela, eficácia para instaurar aquela execução, independentemente de reexame obrigatório pela instância superior.

Ainda, na ótica dessa corrente permissiva, o duplo grau obrigatório de jurisdição, assegurado às entidades públicas (art. 475, CPC), nesse contexto, não

seria incompatível com a execução provisória da decisão concessiva da antecipação de tutela.

O precatório judicial, nessa visão doutrinária, também não se constituiria em óbice ao deferimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por exemplo, numa ação condenatória de restituição de indébito, uma vez que, como preconiza essa corrente, semelhante decisão poderá ser executada, provisoriamente, *“mediante expedição de precatório, cujo pagamento deverá ser colocado à disposição do juiz que, porém, apenas determinará sua liberação em favor do autor quando transitar em julgado a sentença que julgar procedente a ação.”*⁴⁰

A segunda corrente, por sua vez, inadmitindo a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, ressalva ser possível tal antecipação somente quando requerido pela própria Fazenda. Em outras palavras, quando a pessoa jurídica de direito público interno, suas fundações e autarquias estão no pólo ativo da demanda, jamais no no pólo passivo, vez que se a sentença proferida contra estas entidades, como garantia constitucional do devido processo legal, está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC).

Ademais, a medida antecipatória, por ser concedida mediante mera decisão interlocutória, e não sentença, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia da decisão interlocutória não pode ser maior que a da sentença, máxime quando essa sentença, no caso da Fazenda, só produz efeitos após a confirmação pelo Tribunal. Nesse ponto, de se ressaltar, inclusive, que o art. 273, CPC, que consagra a tutela antecipada, não faz qualquer ressalva ao art. 475, que estabelece o duplo grau obrigatório, sendo justo afirmar, portanto, que ambos coexistem no ordenamento processual civil.

É em razão da necessidade do duplo grau obrigatório, inclusive, que não se admite a execução provisória de condenações impostas à Fazenda Pública, salvo em se tratando de decisões contra as quais foram interpostos os recursos

⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito, Tutela Jurisdicional Antecipada na Repetição do Indébito Tributário, Revista Dialética do Direito Tributário n. 5, p. 46.

extraordinário e/ou especial, pois, sendo um ato complexo a sentença proferida contra a Fazenda Pública, só se aperfeiçoa depois do julgamento de segundo grau, sendo, portanto, inaceitável a instauração de uma execução de natureza provisória, fundada na sentença de primeiro grau. Ora, se as condenações contra a Fazenda Pública não podem ser objeto de execução provisória sem que a sentença seja confirmada pelo Tribunal, inexecutíveis, com maior razão, serão as condenações oriundas de simples decisão interlocutória, que, sabe-se, não é passível de reexame necessário, isto é, não está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

É interessante observar que, na espécie, a decisão interlocutória, concessiva da antecipação de tutela, exhibe a particularidade de adiantar a própria tutela de mérito, vale dizer, concede o direito subjetivo material postulado na demanda e que o autor afirma ser titular, adiantando os efeitos da sentença de mérito, em momento processual diverso daquele estabelecido no ordenamento processual civil.

Em semelhante contexto, o magistrado tem o poder de emprestar imediata eficácia executiva, embora provisória, à sua decisão de antecipação de tutela. Contudo, ante a necessidade da confirmação da decisão singular, pelo Tribunal, para que o julgado torne-se exequível, não se pode utilizar a antecipação da tutela contra entes públicos.

Nessa trilha, segue fragmento do acórdão, unânime, da colenda Quarta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento n. 4.116/97, sendo relator o Des. Fernando Whitaker, **verbis**:

“Como essa Câmara tem entendido, o exame da tutela antecipada pressupõe o respeito ao artigo 5º, LV, da Constituição federal, que assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ademais, in casu, descabia, em princípio, a tutela antecipada, pelo que dispõe o artigo 475, do Código de Processo Civil, uma vez que a sentença é inexecutível antes do reexame necessário.”

O próprio Superior Tribunal de Justiça, na Primeira Turma, no julgamento do Recurso Especial n. 148.072/RJ, sendo relator o Ministro José Delgado, admitiu,

expressamente, que, via de regra, não se revela cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, valendo destacar o seguinte fragmento do aresto:

“Não deve, portanto, ao meu pensar, prosperar a tutela antecipada, não só por causa da ausência dos pressupostos acima especificados, mas, também, pelo fato de ter sido concedida contra a Fazenda Pública em situação não excepcional e vinculada à necessidade alimentar ou o posicionamento jurídico já definido pelos tribunais, como tenho definido.

A tutela antecipada, na forma concedida, desconheceu os efeitos do duplo grau de jurisdição obrigatório, quando vencido o Estado, produzindo conseqüências muito mais elásticas de que a própria sentença e o seu trânsito em julgado.

Esse fundamento é suficiente, na minha compreensão, para reformar o acórdão hostilizado.”

Ressalte-se, nesse passo, que, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 04, o Supremo Tribunal Federal, em 05.02.1998, por votação majoritária, sendo relator o Ministro Sydney Sanches, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia **ex nunc**, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97 (*“Aplica-se à tutela antecipada previstas nos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”*), sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda.

Com fulcro nessa decisão, foram deferidas medidas liminares em inúmeras reclamações (por exemplo, n. 739-6), com o escopo de ter garantida a autoridade da decisão do Supremo, proferida na referida ADC n. 04, para suspender a eficácia de decisões concessivas de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

Não obstante, sob o ângulo do cabimento da tutela antecipada face à Fazenda Pública, afirma Juvêncio Vasconcelos Viana:

“os efeitos da sentença condenatória da Fazenda Pública, sujeita ao reexame, são idênticos ao de uma sentença contra a qual foi interposta apelação, a admitir-se o argumento sob comento, com a amplitude que se lhe deseja atribuir, teríamos de entender, no final, incabível a antecipação de tutela em qualquer caso, posto que sempre poderia haver a interposição de apelo voluntário com efeito suspensivo contra futuras sentenças.”⁴¹

Isto porque, por exemplo, numa demanda entre particulares, o vencido, no exercício de faculdade processual, pode, ou não, no momento processual próprio, interpor recurso de apelação.

Outrossim, Hugo de Brito Machado, ante a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, preconiza a seguinte solução, **in verbis**:

“... determinar a expedição do correspondente precatório, com a particularidade de que o valor respectivo, se o pagamento pelo Presidente do Tribunal ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença final, ficará à disposição do Juízo. Transitada em julgado a sentença, determinará, então, a liberação do depósito para o autor, que terá sido, assim, poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública. (...) É certo que a Fazenda Pública não pode ficar desprotegida. O valor a ser pago ao contribuinte, autor da ação de repetição de indébito tributário, em cumprimento do precatório, deve permanecer depositado até que se transite em julgado a sentença final. Esse depósito será a garantia de que não se criou uma situação irreversível”⁴²

Essa solução dada pelo insígne Professor da Universidade Federal do Ceará, porém, não se afigura possível, uma vez que, ao ângulo jurídico, ela não se harmoniza com os princípios orçamentários, e tampouco se compadece com as regras inerentes à despesa pública, pois, em razão de precatório expedido com base em decisão interlocutória, o dinheiro público ficaria depositado aguardando o trânsito em julgado da sentença, e nem se coaduna com a sistemática constitucional

⁴¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, Revista Dialética de Direito Tributário n. 30, p. 62

⁴² MACHADO, Hugo de Brito, *op. cit.*, p. 47

estabelecida no preceito ínsito ao art. 100, da Constituição da República, que exhibe a formulação seguinte:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

A disciplina constitucional do precatório, contida no citado art. 100, **caput**, submete, de forma incondicional, o Poder Público ao dever de respeitar a precedência cronológica de apresentação dos precatórios, com a correspondente preferência jurídica no recebimento, a quem tiver precedência cronológica.

Sob outro prisma, ao ângulo prático, no terreno da execução, se a pretensão visar ao pagamento em dinheiro (pedido condenatório em pagamento de quantia certa), a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública seria inútil, pois esta modalidade de execução contra aquelas entidades públicas (cujos bens são impenhoráveis) faz-se através do instituto do precatório, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe sentença judiciária, na dicção do **caput** do art. 100, da Constituição (e não decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória). É de afastar-se, na espécie, de modo inequívoco, a possibilidade de execução antecipada, por vias transversas, fundada no novo instituto.

Permitir-se a expedição de precatório, com base em mera decisão interlocutória, é violar o princípio constitucional da igualdade, visto que se estaria outorgando tratamento diferenciado e privilegiado ao beneficiário da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, em ostensivo detrimento do universo de seus demais credores, que esperam o trânsito em julgado das sentenças que lhes foram favoráveis, e já submetidas ao reexame necessário, para a expedição do precatório.

Não bastasse isso, a reversibilidade dos efeitos do provimento antecipado erige-se em pressuposto, inafastável, para a concessão da tutela antecipada, a teor do §2º, do art. 273, do CPC. Nessa linha de raciocínio, antes de instrução exauriente, se antecipada a tutela contra a Fazenda Pública, e sendo permitido à

parte receber, de imediato, os numerários, na hipótese de improcedência do pedido, por ocasião da prolação da sentença, haverá o fundado perigo de irreversibilidade - **periculum in mora inversum** -, qual seja, não mais reaver a entidade pública os valores adiantados, por força de execução provisória do provimento antecipado, ficando, pois, o erário desprotegido. Na ponderação da irreversibilidade, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, o magistrado deve considerar a prevalência do interesse público sobre o particular.

Assim, mesmo havendo doutrinadores favoráveis à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, aqueles que se manifestam contrariamente, apresentam dois principais argumentos: o reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC e a inexorabilidade do pagamento através de precatório requisitório, conforme exige o art. 100, da Constituição da República.

Em contrapartida, os primeiros, favoráveis à concessão, rebatem essa impossibilidade também com argumentos fortes. A respeito da exigência do duplo grau de jurisdição, asseveram que os efeitos de uma sentença proferida contra a Fazenda não é diferente daqueles produzido por outras sentenças: a única distinção reside no fato de que enquanto as sentenças, em geral, podem ou não ser submetidas ao duplo grau, dependendo da vontade da parte vencida, a proferida contra a Fazenda sempre será reapreciada, por força da vontade da lei, para evitar prejuízos ao Estado em decorrência do descaso ou do descuido de seus representantes judiciais. Em suma, o duplo grau representa para a parte, Estado ou particular, apenas a certeza de reapreciação de um ato decisório, mas não, obviamente, a imunidade contra a antecipação da tutela, que visa justamente impedir que a tardia reapreciação da causa signifique injustiça para o autor.

Outrossim, é cediço que o impedimento decorrente do art. 100, da CF, não incide nos casos em que a prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação e a iminência de perigo de dano irreparável digam respeito a obrigações do Poder Público atinentes a prestação de dar, de fazer ou de não-fazer, como é o caso, de concessão de liminar determinando à administração a matrícula provisória de aluno em estabelecimento público, a entrega de remédios para tratamento de aidéticos etc.

Verifica-se, por conseguinte, que há entendimentos fortes e sólidos tanto admitindo a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, como inadmitindo essa medida, não obstante a doutrina dominante pender pela impossibilidade da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

De qualquer forma, espera-se que, no balanço final de todos os argumentos expendidos por ambas as correntes, que todas as dificuldades que o texto do art. 273, possa apresentar - máxime no atinente à sua coexistência com o reexame necessário, estabelecido no art. 475, do CPC -, sejam superadas pelos aspectos positivos da tutela antecipada, que devem ser preservados, com prudência e cautela, na prática forense, a fim de que o processo civil possa garantir o acesso efetivo a uma justiça célere e justa.

CAPÍTULO VII

MODIFICAÇÕES DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 273 do CPC sofreu importantes alterações pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

7.1. A implementação do § 6º.

A primeira delas diz respeito ao § 6º, cuja nova redação rompeu com o princípio da unidade de julgamento de mérito, ao permitir o julgamento definitivo, e não mais provisório, nos casos em que um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Para Cândido Rangel Dinamarco é perfeitamente possível o julgamento parcial do mérito com fundamento na parcial incontrovérsia dos fatos constitutivos. No caso, não haverá julgamento com juízo de probabilidade (comum à tutela antecipada), mas sim com juízo de certeza, pois o julgamento terá sido feito de posse de todos os elementos probatórios suficientes ao convencimento do juiz.

Como já dito, neste caso, a tutela antecipada é prestada com base em cognição exauriente. Sendo assim, o provimento jurisdicional que a concede, embora seja uma decisão interlocutória, é apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material, não podendo ser revogada nem modificada posteriormente, haja vista sua definitividade.

Diz-se composto o objeto do processo quando é representado por pretensões autônomas reunidas. Ele é decomponível nas hipóteses de pretensão a coisas fungíveis porque a instrução pode revelar ao juiz que o autor tem parte do direito que alega, mas não direito a tudo quanto pede. O § 6º do art. 273 não se restringe à cumulação de pedidos, abrange também aqueles processos cujo objeto é único. Nas hipóteses trazidas pelo §6º não há exigência de periculum in mora e de efeitos reversíveis, é suficiente a incontrovérsia.

7.2. A implementação do § 7º.

Outra inovação importante foi o § 7º, que estabeleceu a fungibilidade entre os pedidos cautelar e da tutela antecipada. O acréscimo desse dispositivo foi motivado pela constante confusão entre aqueles institutos pelos operadores do direito, o que prejudicava sobremaneira o direito pleiteado. Essa confusão tem sua origem no fato de, até o advento da nova redação do art. 273, a medida cautelar ter sido utilizada como instrumento para concessão de tutela antecipatória, o que desvirtuava sua natureza.

A tutela cautelar tem natureza eminentemente instrumental, pois seu escopo é resguardar a efetividade do processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução. Daí porque alguns a chamam de tutela de segurança ou garantia.

A tutela antecipada é caracterizada pela provisoriedade, já a cautelar caracteriza-se pela temporariedade, que se distingue daquela pelo fato de não ser substituída posteriormente. A tutela antecipada será posteriormente substituída pela tutela definitiva, que até pode coincidir com ela no seu conteúdo, mas dela se distingue por representar a decisão final. Há exceção no caso do n. II do art. 273, que dá ensejo a uma decisão final quanto à parte incontroversa do(s) pedido(s) e não a uma tutela antecipada, substituível por natureza.

O provimento cautelar não enfrenta o mérito da ação principal, razão pela qual, em regra, não faz coisa julgada material. A exceção fica por conta das decisões que reconhecem a decadência do direito ou a sua prescrição.

A tutela cautelar foi concebida para ser um processo autônomo, devendo dar ensejo à sentença independente do processo principal. Contudo, a natureza instrumental da cautelar restringiu muito essa autonomia, podendo-se afirmar que, hodiernamente, a regra é a medida cautelar incidental. A previsão de fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada só veio corroborar essa afirmativa.

Os requisitos da tutela cautelar são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Não há exigência de prova inequívoca, razão pela qual alguns doutrinadores

entendem que a fungibilidade prevista no § 7º não é recíproca. Argumentam que para concessão de tutela antecipada há exigência requisitos mais rígidos.

Entendemos que o escopo do § 7º não foi o de restringir a fungibilidade apenas entre a tutela antecipada e a cautelar, nesse sentido. Devemos compreendê-la reciprocamente, pois só assim atingiremos a finalidade da norma, que foi a de evitar prejuízos a direitos que precisam de proteção no decorrer da ação, independentemente do instrumento jurídico utilizado (tutela antecipada ou cautelar) para protegê-lo.

Em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo ao demandado, invadindo sua esfera jurídica. Contudo, do ponto de vista do autor, há distinção. A cautelar não lhe acrescenta, de imediato, nada ao ativo jurídico, salvo a segurança; já a antecipatória outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou do direito.

Outra confusão bastante comum no manuseio das tutelas jurisdicionais diz respeito ao alcance do provimento liminar, que muitos confundem com a tutela antecipada ou com a cautelar. A liminar nada mais é do que o provimento judicial emitido no momento em que o processo se instaura, ou seja, in limine litis.

A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza do provimento, mas somente pelo momento de sua prolação. A liminar deve ser analisada no início do processo e não simplesmente antes da sentença. Neste caso poderemos estar diante de provimentos antecipatórios.

CONCLUSÃO

O direito não é uma ciência estática, mas dinâmica. Está o tempo todo em constante mutação. E não poderia ser diferente, tendo-se em vista que o mundo globalizado atual tem como principal característica as modificações, a todo momento, no campo da medicina, dos transportes, da engenharia e da comunicação. Junto com todas essas inovações, problemas, conflitos novos foram surgindo, sendo necessário que o direito, em sua função precípua de aplicar a lei ao caso concreto, compondo as lides, teve que se adaptar a essas modificações. Para tanto, legislações inteiras foram modificadas e novas foram criadas. Entretanto, se, porém, o direito preocupou-se em editar novas leis para atender a esses novos problemas, descuidou-se da rapidez em resolvê-los; descuidou-se da forma com que os problemas seriam resolvidos, no menor tempo possível.

É certo que a relação tempo que permanece no dia-a-dia dos atos forenses, é fator preponderante ao andamento processual. A prática de atos processuais somente é possível mediante a ação do tempo, máxime porque o processo, por sua própria definição, é uma seqüência de atos.

Entretanto, o lapso de tempo gasto na resolução de um conflito colocado à apreciação do Estado-juiz por seus jurisdicionados, embora necessário, não deve conduzir à injustiça.

Por esse motivo, em busca da prestação da tutela jurisdicional diferenciada, efetiva e célere, capaz de conduzir à pacificação social, objetivo precípua do direito, diversas tentativas vêm sendo feitas no sentido de reverter e melhorar o andamento processual, tornando-o mais célere e eficaz, como se verifica da Reforma do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, da adoção de procedimentos especiais, do julgamento antecipado da lide e da tutela antecipada, entre outros.

Sendo assim, todos esses instrumentos e mais precisamente a tutela antecipada, objeto do presente trabalho, foi introduzida no mundo jurídico pelo legislador no intuito de agilizar a tutela jurisdicional, sob pena de, até que a solução

da lide ocorra, o detentor do direito sofra danos irreparáveis, tornando inócua a tutela pleiteada. Nesse diapasão, é de ser lembrada a célebre frase de Rui Barbosa no sentido de que ***“a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”***

Exatamente com vistas a impedir essa “justiça tardia”, permitiu o legislador, mediante requerimento da parte ao juiz, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Permitiu, o legislador, a tutela antecipada, desde que presentes os requisitos necessários para tanto e constantes do art. 273 do Código de Processo Civil, com a nova redação introduzida pela Lei n. 8.952/94.

Vale ressaltar, nesse diapasão, os dizeres de Calmon de Passos sobre a tutela antecipada, com o seguinte teor:

“Dentre as modificações que a lei nº 8.952, de 13.12.1994, introduziu no CPC, nenhuma se reveste de maior relevância que a disciplinada com a nova redação que se deu ao seu art. 273. Prevê-se, agora, a possibilidade de antecipação da tutela em qualquer procedimento, o que significa obter-se decisão de mérito provisoriamente exequível, mesmo antes de cumpridos todos os trâmites do procedimento que a ensejaria em condições normais, isto é, se ausentes os pressupostos autorizadores da antecipação.”⁴³

Não obstante, há quem censure o legislador por ter ampliado os poderes do juiz até o ponto de permitir-lhe a antecipação da tutela de mérito, pelo medo de que tais faculdades venham a gerar abusos e arbitrariedades.

A verdade, porém, é que universalmente há uma evolução nas leis processuais civis na direção de agilizar a prestação jurisdicional e de contornar as crises dos procedimentos clássicos mediante expedientes expeditos, comprometidos muito mais com a garantia de justiça do que simplesmente com os ritos que sempre representaram, na ordem prática, mais embaraço do que incentivo à real tutela aos direitos subjetivos violados ou ameaçados, máxime atualmente, em que há um aumento progressivo da quantidade de processos em andamento no

⁴³ CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 270 a 331*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 3.v. p. 9.

Poder Judiciário, tornando a solução dos litígios demasiadamente demorada.

Constata-se, portanto, a necessidade e a importância de medidas jurisdicionais urgentes, através das quais seja possível se obter um provimento liminar, de molde a garantir a eficácia da decisão judicial final, impedindo que o decurso do tempo venha a frustrar ou obstruir a tutela jurisdicional.

Afinal, se todos confiam no médico para o atendimento do filho enfermo; no engenheiro, para o cálculo da resistência do edifício ou da ponte, é preciso confiar também no juiz, na sua experiência, sua boa vontade, sua capacidade de discernimento, e antes de tudo em seu idealismo e no desejo de dar a cada um o que é seu de forma justa e satisfatória.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Direito processual (estudos e pareceres)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; **BATALHA**, Sílvia Marina Labate. *Cautelares e liminares*. São Paulo: LTR, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada; tutelas sumárias de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

_____. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª edição, Lumem juris; 2002.

CANOTILHO, João J. *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Código de processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Tutela Antecipada*. 5. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTELHO, Jorge Pinheiro. *Teoria Geral do Processo, Tutela Antecipada*. São Paulo: LTr, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COUTURE, J. Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A Reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES, João Batista, *O juiz e a tutela antecipada* in Tribuna da magistratura, Caderno da doutrina. São Paulo: Associação Paulista de Magistrados, jun/1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário*. Revista Dialética do Direito Tributário n. 5, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A antecipação de tutela no código de processo civil*, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOURA, Marcelo: *Código de Processo Civil: a história de outras Comissões*. Brasília: Senado Federal - Biblioteca Acadêmico Luiz Viana Filho, 2009.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista Tribunais, 1996.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, 2. v.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil, lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 270 a 331*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 3.v.

_____. *Inovações no Código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____, *Cautelares e Liminares - Catástrofe Nacional*, in *Revista de Processo*. n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Ações cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise*. *Revista AJURIS*, n. 70. pp. 84 e ss, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Primeira Turma. Recurso Especial nº 148072. UF: RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Distribuidora de Bebidas Botafogo Ltda. Relator: Min. JOSÉ DELGADO. Publicado no Diário da Justiça da União de 23/03/1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. Saraiva: São Paulo, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Curso de direito processual civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 2v.

_____. *Processo cautelar*. 20. ed. São Paulo: LEUD, 2001.

_____. *A fazenda pública e alguns aspectos da execução forçada*. Revista Forense vol. 281, p.71, 1995.

_____. *Tutela Antecipada*. Revista dos Tribunais, vol. 742, p.54, 1997.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. Câmeras Cíveis Reunidas. Mandado de Segurança nº 2.037. Impetrante: João Gomes da Silva. Impetrado: Secretaria de Estado de Fazenda. Relator: Des. Orlando de Almeida Perro. Publicado no Diário da Justiça de Mato Grosso de 22/08/1997.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública* in Revista Dialética de Direito Tributário nº 30. São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1v.

WATANABE, Kazuo. *Reforma do Código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO