

A TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO PARA A JUSTIÇA DO TERCEIRO MILÊNIO

*Fernanda Duarte Spindola Veiga
Soraya Regina Gasparetto Lunardi
Rossana Teresa Curioni*

Advogadas e Magistrada, Mestrandas em Direito, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru – ITE, sob orientação e coordenação da professora e doutora Iara de Toledo Fernandes.

"Certo dia, um menino caminhava por uma praia muito grande, repleta de estrelas do mar. Uma a uma o menino ia devolvendo para o mar. Nesse momento, chegou um adulto e disse: por que fazes isso? Que diferença faz se sabes que não vai conseguir devolver todas? O menino se abaixa, pega uma estrela marinha, joga de volta para o mar e diz: para essa fez diferença."

NOÇÕES GERAIS DO INSTITUTO FRENTE À NOVA PROCESSUALÍSTICA E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

O jurisfilósofo Márcio Sotelo Felipe analisa bem o sentimento Rossineano da angústia humana frente aos problemas, através do qual o homem expressa o sentimento de inadequação, de mal-estar, de incômodo em face do que encontramos no mundo no momento em que ganhamos consciência de estar no mundo e a consciência de estar mal no mundo.

E, principalmente, a inquietação e o desassossego diante da realidade que nos vitima e da qual nos tornamos simultaneamente agentes por ação ou omissão no momento em que se nos oferece a possibilidade de, como indivíduos, intervir no mundo.

O direito é um instrumento do homem na busca da paz, mas o mesmo direito não se esquivava de lutar. E, se o caminho for a guerra, atacará a injustiça bravamente, e o fio da sua espada será o contorno da balança.

Hoje, o que encontramos é uma sociedade complexa e perplexa de um universo globalizado, extremamente veloz, mutante e agressivo, onde as informações se multiplicam e, em segundos, realidades se transformam, e o direito, desesperadamente, busca mecanismos eficientes para acompanhar essa realidade.

Os nossos legisladores de 1.994, responsáveis pela grande reforma realizada no Código de Processo Civil, foram sensíveis aos sinais da sociedade. Instituíram, de uma maneira geral no sistema processual brasileiro, a Antecipação de Tutela do art. 273 do CPC que veio como uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo, pois como ensina Carnelutti, em seu magistral magistério: "*A justiça tardia não é senão uma justiça pela metade*".

É, portanto, a antecipação de tutela uma medida provisória, em que se busca a antecipação dos efeitos da sentença.

Como todos nós sabemos, os efeitos da sentença num processo de cognição são: meramente declaratório, constitutivo, condenatório e, ainda para quem como nós aceita a classificação de Pontes de Miranda¹, mandamentais e executivas *lato sensu*.

A antecipação de tutela é uma medida provisória, mas que não se confunde com as medidas cautelares do livro III, *Do Processo Cautelar* a antecipação de tutela, uma vez que tem como objeto a própria tutela pedida total ou parcialmente, enquanto que a medida cautelar tem por escopo garantir a eficácia de um outro processo, seja esse de conhecimento ou de execução.

Assim, podemos rapidamente, de maneira singela, traçar um paralelo entre as cautelares e as antecipatórias para podermos afirmar que cautelar é garantia, ao passo que antecipação é satisfação.

Com relação ao fundamento constitucional, na verdade, a antecipação de tutela, bem como as várias espécies de tutela provisória, justifica-se constitucionalmente como um mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. E sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade enfim, decorrem não de um ou outro dispositivo específico, mas sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado.

A antecipação de tutela tem como princípio estruturante o princípio da efetividade e, como princípios específicos, os princípios da mitigação, da necessidade, da menor restrição e o da proporcionalidade.

¹In Tratado das Ações, tomo I, § 37, 2.

CAPÍTULO PRIMEIRO

PRESSUPOSTOS - PROCEDIMENTOS E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA

1.1. PRESSUPOSTOS

O processo civil vive tempos de mudança. A grande preocupação atual dos processualistas é a efetividade da prestação jurisdicional e que esta prestação seja justa. Ocorre que é cediço no meio jurídico que a prestação jurisdicional atual é lenta e, muitas vezes, não satisfaz às pretensões das partes em razão da demora. O processo ordinário é, na maioria das vezes, injusto às partes mais pobres², que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade³. Assim, vem a antecipação de tutela para buscar proporcionar essa efetividade.

Como bem assevera Iara de Toledo Fernandes, "*ares novos, venturosos ares novos impulsionaram a Ciência do Direito Processual Civil pátrio*".⁴ Trata-se da nova visão do Processo Civil, que deixa de ser considerado como a forma em si, vazia de direito material, passa-se à busca de um processo civil social, apto a proporcionar decisões justas e efetivas, com o escopo de "*dar vida ao direito material*".

Nas palavras de Marinoni "*o processo é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem*".⁵ Cumpre, pois, a redistribuição do tempo no processo, o que se busca através da antecipação de tutela.

Para compreendermos as características e melhor abordar, especificamente, os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 8.952, é fundamental a análise do sistema processual brasileiro adotado.

A legislação brasileira pertence à família da civil law, de origem romano-germânica. Tem como uma das bases fundamentais do sistema processual o enunciado no art. 583, que estabelece que "*não haverá execução sem prévia cognição*" - *nulla executio sine titulo*⁶.

²CAPELLETTI observa que "Estes aspectos negativos (demasiada duração do processo), mormente para os litigantes desprovidos de patrimônio, constituem fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor que o do rico". Idéia extraída da obra "El Proceso como fenómeno social de masa" in Proceso, Ideologias, Sociedad, pp. 133-134.

³ARRUDA ALVIM assevera: "A demora dos processos é um mal universal que contamina a administração da justiça mesmo em países mais desenvolvidos com antiga e respeitável cultura jurídica". in Manual de Direito Processual Civil 6ª Ed., vol 2, p.384.

⁴FERNANDES Iara de Toledo A Advocacia Pública do Processo Civil in ITE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos n° 23, agosto a novembro de 1998.

⁵MARINONI, 'Tutela Antecipatória', Julgamento antecipado e Execução imediata da Sentença' ed RT, 1997, p. 23.

⁶WATANABE 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, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 21.

É um sistema processual extremamente protetor de direitos, principalmente do direito de defesa do réu⁷. Com a introdução do dispositivo da antecipação de tutela no processo de conhecimento, o que se operou foi uma notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional, atribuindo ao juiz o poder de já no curso do processo de conhecimento, deferir medidas típicas de execução:

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 (...) ⁸

O legislador da reforma, ao redigir o art. 273, dispôs sobre a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos, entendidos estes como as conseqüências geradas pela sentença que acolher o pedido formulado pelo autor⁹.

As atuais modificações de nosso ordenamento jurídico formal integra a tomada de consciência o que realmente deve ser o acesso à Justiça, previsto em nossa Carta Magna como garantia fundamental. O espírito dessa nova forma de pensar o processo, foi muito bem ilustrado por Chiovenda, quando afirma que "o processo *dever dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter*"¹⁰.

"O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. 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

⁷Nos tempos atuais, em razão da situação em que se encontra a organização judiciária nossa, em vários níveis, em vários Estados, em várias áreas, e tendo-se em conta também as profundas modificações pelas quais o mundo está passando, em termos de velocidade da história, velocidade das decisões, decisões essas tomadas inclusive com auxílio de computador, tudo isso exigindo, evidentemente, uma resposta mais rápida da Justiça, o modelo processual que adotamos, fundado no referido princípio e no procedimento comum, ordinário ou sumariíssimo, de pouca eficiência, tornou-se inadequado à efetiva tutela de direitos." KAZUO WATANABE, Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer - Arts. 273 e 461 do CPC, in SÁLMIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 22.

⁸Define-se a Tutela antecipatória dos efeitos da sentença como: "providência de natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento." Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª Ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.748,

⁹Toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumado, a ponto de atingir níveis alarmantes a insatisfação, por assim dizer, universal com o rendimento de justiça civil." José Carlos Barbosa Moreira. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, in RePro, vol. 31, São Paulo, jul./set., 1993, p. 199.

¹⁰CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de direito processual civil, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. Guimarães Menegale.

*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*¹¹.

Diante da natureza constitucional do princípio de segurança jurídica contido na garantia de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inc.), a antecipação de tutela somente será admissível quando estiver em risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição¹².

Dáí ter o legislador ordinário, no art. 273 do CPC, procurado definir quando se considera em desprestígio o direito fundamental à justa e efetiva tutela jurisdicional. E o fez apontando duas situações excepcionais em que não se poderia, razoavelmente, exigir da parte que aguardasse a longa marcha normal do procedimento. São elas:¹³

- a) quando estiver configurado "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"; ou¹⁴
- b) quando estiver evidenciado o "abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu" (art. 273, incisos I e II)¹⁵.

No primeiro caso, a injustiça que se visa a coibir decorre da inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional. No segundo, a injustiça está na demora em coibir o flagrante atentado ao direito subjetivo da parte que tem razão, cometido por quem usa da resistência processual apenas por espírito de emulação ou abuso de defesa¹⁶.

As duas situações têm configurações próprias e não são cumulativas. Qual-

¹¹WATANABE Kazuo, Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer - Arts. 273 e 461 do CPC, in SÁLVIO DE FIGUEIREDO TELXEIRA, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 20.

¹²Ver BARBOSA MOREIRA José Carlos O novo processo civil brasileiro, 19ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

¹³Ver NERY JUNIOR Nelson e Rosa Maria Andrade Nery (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª Ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.749, "

¹⁴AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - FÉRIAS, LICENÇAS-PRÊMIO E APIPS NÃO GOZADOS - NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu tutela jurisdicional antecipada em ação ordinária visando a abstenção do recolhimento do imposto de renda na fonte quando do pagamento das verbas indenizatórias recebidas em decorrência da não fruição das férias, licenças-prêmio e APIPs. Presença dos pressupostos do art. 273 do CPC: prova inequívoca do direito invocado e verossimilhança das alegações. Precedente da Eg. 3ª Turma. (AGTR nº 10588/CE). Receio de dano de difícil reparação consubstanciado na situação crítica por que passa o funcionalismo público e pelo caráter alimentar dos valores reclamados. (TRF 5ª R. - AI 17.505 - AL - (98.05.11230-6) - 3ª T. - Rel. Juiz Rivaldo Costa - DJU 21.08.1998 - p. 623)

¹⁵MARQUES José Frederico, entende que se o legitimado passivo faz uso abusivo dos meios processuais de defesa e ainda mais, vislumbrando-se a "verossimilhança do direito material do legitimado ativo cabe a antecipação da tutela jurisdicional, ainda que inexistente o pressuposto de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação." In Manual de Direito Processual Civil, 1ª Edição atual. Por Vilson Rodrigues Alves, Vol. 2, Campinas: Bookseller, 1997, p.22.

¹⁶Ver BAPTISTA DA SILVA Ovídio Araújo, Curso de Processo Civil, vol. 1, 3ª Ed., Porto Alegre: S.A. Fabris Editora, Ed. 1997 p.111.

quer delas é suficiente para justificar a antecipação de tutela, dentro da sistemática do art. 273 do CPC¹⁷.

Justamente porque não se trata de mero poder discricionário do magistrado¹⁸, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre fundamentada, cabendo-lhe enunciar, "de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento" (CPC, art. 273, §1º)¹⁹.

Ao traçar os requisitos da tutela antecipada e ao exigir do juiz que a aprecie em decisão fundamentada, "de modo claro e preciso", o legislador não só revelou o caráter excepcional da medida como impôs rigor e cautela no seu emprego. Incumbirá ao juiz cumprir o encargo que lhe atribuiu o art. 273, §1º, do CPC, de modo objetivo, isso é, deve a decisão expor os fatos que acenam para a plausibilidade do direito e para a probabilidade da ocorrência de dano de, ao menos, difícil reparação, ou, se caso, deve ela mencionar de que modo se revela o abuso de direito ou o propósito procrastinatório por parte do réu²⁰.

Não basta mencionar a decisão que é manifesto o propósito procrastinatório ou aquele abuso por parte do demandado; mas será imprescindível dizer que sua recalitrância se revela por tal ou qual atitude. Enfim, deverá a decisão mencionar por que, nas circunstâncias, a antecipação de tutela não se mostra irreversível, para ser deferido provimento antecipatório, ou, para ser negado, deverá ser esclarecido em que medida se mostra presente o *periculum in mora inversum*²¹.

Qualquer modalidade de pedido pode ser objeto de tutela antecipada,²² inclusive as relativas a obrigações de dar, como as de fazer e não fazer.²³ Com relação às

¹⁷ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PRESSUPOSTOS - A antecipação da tutela pressupõe prova inequívoca, convincente da verossimilhança da alegação de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273 do CPC), ausente no caso. (TJDF - AI 7.805/97 - 4ª T. - Rel. Des. Jair Soares - DJU 20.08.1997).

¹⁸Desde que preenchidos os requisitos do CPC 273, é dever imposto ao juiz a concessão da tutela antecipada, não havendo, portanto, discricionariedade. "(1º TACivSP, Ag 824085-1, rel. Juiz Rizzato Nunes, v.u., j. 4.11.1998. Apud Código de Processo Civil Comentado Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, ob. já citada, p. 753).

¹⁹AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - DECISÃO DESPIDA DE FUNDAMENTAÇÃO - MERA REFERÊNCIA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE A CONTEMPLAM - INADMISSIBILIDADE - O art. 273, par. 1º, do CPC, é explícito quanto ao dever do Juiz de motivar, de modo claro e preciso, as decisões concessivas de antecipação da tutela, não podendo prevalecer o despacho que a defere sem a fundamentação adequada, fazendo mera referência aos dispositivos legais que contemplam o novel instituto processual. (TJSC - AI 96.004893-6 - Lages - Rel. Des. Eder Graf - 3ª C.C. - J. 10.09.1996)

²⁰Ver ALVIM WAMBIER Tereza Arruda, Da Liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, na coletânea Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 483 e ss.

²¹FRIAS J. E. S. "Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública". RT 728, p. 69

²²Não cabe tutela antecipada em ação cautelar por falta de interesse processual (Conforme Código de Processo Civil Comentado Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery ob. Já citada, p. 748. O 2º TACivSP, 4ª Câmara, ag. 486941, rel. Juiz Antonio Vilenilson, j. 10.6.1997, BoIAASP 2076, p. 3 Supl. Entende também pela impossibilidade de concessão em casos de ações de despejo. Em sentido contrário, Luiz Fux, Tutela Antecipada e locações.

²³WAMBIER Luiz Rodrigues, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, em sua obra, Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento 3ª Ed. 1999, p.356, assim dispõe "A lei não distingue tipos de ação em que a antecipação de tutela pode ser concedida. Por isso, e para dar maior rendimento ao instituto, deve-se, em princípio considerar possível a antecipação de tutela em toda espécie de processo de conhecimento: condenatória, constitutivo, declaratório mandamental, etc". Entendem os autores ser possível a antecipação dos efeitos da tutela, inclusive na ação rescisória (art. 489 do CPC).

duas últimas, caberá tanto a imposição de prestações principais, positivas ou negativas, como a aplicação de meios sub-rogoratórios, a exemplo das multas (CPC, art. 461, § 3º).

1.1.1. PRESSUPOSTOS SEMPRE CONCORRENTES

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".

Prova inequívoca.

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em "prova inequívoca"²⁴.

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente que, todavia, não precisa ser necessariamente documental²⁵.

Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.²⁶

É inequívoca, em outros termos, 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 logo²⁷. 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 exauridos todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor.

²⁴Ver FUX Luiz Tutela de segurança e tutela de evidência, fundamentos da tutela antecipada, São Paulo: Saraiva, 1996.

²⁵O termo prova inequívoca deve ser interpretado no contexto do relativismo próprio do sistema de provas conforme assevera Teori Albino Zavaski, em obra monográfica sobre o tema, (ob. Já citada, p.76) de acordo com o pensamento de Calamandrei, estudiosos sobre el procvwso civil, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa Americana, 1986, p. 317 e 319.

²⁶AGRAVO - ORDINÁRIA - TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO - QUESTÃO CONTROVERTIDA NA JURISPRUDÊNCIA - RECURSO PROVIDO - Para a outorga da antecipação da tutela não se contenta a lei com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impondo-se a existência de prova inequívoca, a fim de que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. Não há falar em prova inequívoca, aquela que se encontra desfigurada do requisito da probabilidade, haja vista a controvérsia que paira sobre a referida questão. (TJMS - Ag - Classe B - XXII - N. 51.206-1 - Campo Grande - 1ª T.C - Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto - J. 21.10.1997)

²⁷ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - COMPENSAÇÃO - 1. O insútilo da antecipação da tutela (art. 273, CPC) deve ser homenageado pelo Juiz quando os pressupostos essenciais exigidos para a sua concessão se tornarem presentes. 2. A prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão.(...) Recurso parcialmente conhecido e provido. (STJ - REsp 133.219 - PR - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 17.11.1997).

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 autor²⁸.

De outro lado, antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330 do CPC²⁹. 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 forçada³⁰.

Já 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 antecipação. Isto, como é óbvio, jamais seria alcançável com a simples prolação da sentença antecipada de mérito³¹.

Dessa forma, ainda que se mostre cabível o julgamento de mérito previsto no art. 330 do CPC, mesmo assim poderá haver interesse da parte na obtenção de liminar dentro dos moldes do art. 273 do mesmo Código.

Verossimilhança da alegação.

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, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu³².

Exige-se, em outros termos, 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 são apreciáveis fatos dessa espécie. Mas a lei não se contenta com a simples 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" de que sejam verdadeiras as alegações do litigante³³.

²⁸A exemplo do que ocorre com as medidas cautelares, (art. 807 do CPC), também as medidas antecipatórias podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo (art. 243 § 4º). A precariedade com efeito, é elemento característico de toda a decisão sobre tutela provisória. ZAVASKI Teoni Albino, antecipação da Tutela p. 113, ob. Já citada.

²⁹Do Julgamento Antecipado Da Lide - Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: WATANABE, ob. cit., pág. 38.

³⁰Ver sobre execução provisória - José Carlos Barbosa Moreira, ob. Já CITADA, P. 87.

³¹THEODORO JUNIOR Humberto, in Curso de direito processual civil, 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.369.

³²ALVIM J. E. Carreira, CPC Reformado, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, pág. 145; J. E. S. FRIAS, ob. cit., pág. 65; DINAMARCO Cândido, A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 143.

1.1.2. OUTROS PRESSUPOSTOS

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) "o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (inc. b); ou
- b) "o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu" (inc. II).

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

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 grave³⁴.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás, inevitáveis, dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela³⁵. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte³⁶.

O abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor totalmente infundada ou contra direito expreso 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 notificação, 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 tutela³⁷. Especialmente em torno de atos extraprocessuais é que se pode falar em caracterização do "manifesto propósito protelatório do réu"³⁸.

³⁴ZAVASCKI Teori Albino, ob. cit., págs. 75/76.

³⁵ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - COMPENSAÇÃO - 1. A antecipação de tutela, instituto de aplicação excepcional, não pode ser ministrada sem que haja o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em razão da espera natural da prestação jurisdicional. 2. O pleito de compensação, mesmo juridicamente relevante, não deve ser atendido antecipadamente, por ausência dos referidos requisitos (art. 273 - CPC). 3. Agravo de instrumento improvido. (TRF 1ª R. - AI 1998.01.00.010104-2 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Olindo Menezes - DJU 06.11.1998 - p. 193).

³⁶ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ART. 273 DO CPC DISCUSSÃO DA DÍVIDA - SUSPENSÃO DE INFORMAÇÕES NEGATIVAS - A provisoriedade é inerente à tutela antecipada, que se funda em cognição sumária, que não prevalecerá ao reconhecimento de realidades antes não conhecidas com a instrução. Com esta, poderá, em qualquer tempo ser revogada ou modificada a antecipação. As matérias propostas em juízo são discutíveis, tendo decisões favoráveis nesta Corte à tese dos devedores, o que já é motivo para antecipação parcial de tutela por fundado receio ou dano irreparável. O débito esta sendo discutido em juízo. Conhecidos os efeitos da negatização do devedor em órgãos de que se valem os comerciantes e instituições financeiras para buscar informações sobre os pretendentes a um crédito justifica-se a concessão da liminar pleiteada. (TARS - Ag. 195.168.331 - 5ª C. Civ. - Rel. Juiz João Carlos Branco Cardoso - J. 30.11.1995).

³⁷J. E. S. FRIAS, ob. cit., pág. 66.

³⁸TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., págs. 153/154.

1.2. PROCEDIMENTO

1.2.1. O PEDIDO

A concessão da medida pressupõe pedido da parte interessada,³⁹ a ser formulada com a petição inicial ou no curso do processo, mesmo em fase recursal, tão pronto se fizerem os pressupostos ensejadores da medida⁴⁰. Sobre o pedido, deverá ser ouvido o demandado, em prazo a ser fixado pelo juiz, atendendo as circunstâncias do caso concreto⁴¹.

Assim, não é de se admitir a busca de medidas satisfativas "preparatórias", não existindo, conforme lição de Nelson Nery Junior e Teori Albino Zavascki⁴², com a instituição da antecipação dos efeitos da sentença de mérito, precisamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, como tutela antecipatória, a utilização inadequada das denominadas "cautelares satisfativas". Ora, certamente uma cautelar, se denominada cautelar, não pode ser satisfativa, sob pena de incorrerem em contradição⁴³.

Entretanto, salientamos que sempre é necessário, não obstante a posição rígida dos mestres monografistas sobre o tema, termos em mente a superioridade dos princípios constitucionais vigentes⁴⁴, como o da proporcionalidade. Já asseverou Evilásio Correia de Araújo Filho⁴⁵ *"Nunca é demais lembrar que as decisões judiciais não podem tomar o processo como unidade autônoma dentro do sistema jurídico. Qualquer contorno interpretativo da legislação ordinária deve buscar assento nas normas e princípios constitucionais, também, aqui, eleitos à qualidade de regras positivadas, ainda que não sejam explícitas"*⁴⁶.

³⁹É considerada "parte" quem está postulando a tutela definitiva cujos efeitos se busca antecipar, ou seja, o autor, o reconvinte, o oponente, o substituto processual.

⁴⁰No que diga respeito à legitimidade para requerer a medida antecipatória, somente o autor pode beneficiar-se da mesma. Quando o CPC autoriza os efeitos contidos no "pedido", está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver deduzido, em forma de pedido, na ação judicial. Em tese se estende a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, como por exemplo o denunciante, na denunciação na lide, ao oponente na oposição, ao autor na declaratória incidental. A redação do caput merece reparo, pois refere-se à pedido inicial. Conforme Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria ANDRADE JUNIOR em ob. Já citada. P. 748.

⁴¹Dispensa-se a prévia audiência da parte contrária quando essa providência estiver incompatível com a urgência da situação, ou quando a cientificação do réu possa tornar inútil a medida pretendida.

⁴²Obras já citadas.

⁴³In obras já citadas Teori Albino ZAVASKI, fl. 104.

⁴⁴MEDIDA CAUTELAR - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - PROCESSUAL CIVIL - 1. Não poderia a Caixa Econômica Federal pretender garantir execução futura por meio de uma cautelar inominada, caso típico de arresto, sem preencher os requisitos previstos nos arts. 814 e 813 do CPC. 2. Trata-se, pois, de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que a pretensão da CEF tem o nítido caráter de execução provisória. 3. O presente instrumento, no entanto, merece parcial provimento a fim de que seja mantida a liminar deferida, como antecipação de tutela. (TRF 4ª R. - AI 97.04.28728-3 - PR - 4ª T. - Rel. Juiz José Germano da Silva - DJU 10.06.1998).

⁴⁵CORREIA, de Araújo Evilásio Filho "Paradigma De Uma Efetividade Possível - A Posituação Da Tutela Antecipada Na Lei Processual Civil E O Princípio Constitucional Da Proporcionalidade" - Matéria publicada na Internet - endereço <http://www.datavenia.inf.br/frame-artig.html>

⁴⁶O Princípio da razoabilidade é tido como princípio implícito em nossa Constituição Federal.

Assim nos parece, a impropriedade técnica encontrar-se em confronto com algum direito fundamental, como o da vida, a decisão deve encontrar-se baseada no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. O princípio da razoabilidade⁴⁷ apresenta-se como poderosa arma uma vez que, segundo o mesmo, deve ser aplicado justamente quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro também digno de tutela, ou porque não, da precisão da técnica processual. Assim, entendemos que poderia o juiz determinar a adequação da petição inicial de cautelar para uma ação principal, com pedido de antecipação de tutela, em homenagem ao princípio de economia processual, bem como com base no art. 5º da LICC. Entendimento diverso, nos parece, autorizaria a idéia do formalismo prevalecendo sobre o direito material.

1.1.2. MOMENTO OU OPORTUNIDADE

A lei não prefixou, rigidamente, o momento adequado para a antecipação de tutela. Nada impede, portanto, que seja postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes⁴⁸ ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menor urgência⁴⁹.

A posição de Calmon de Passos⁵⁰ de que a tutela prevista no art. 273 do CPC, por depender de prova inequívoca, somente seria deferível após o encerramento da

⁴⁷Existem duas correntes hermenêuticas sobre a construção constitucional do princípio da razoabilidade. A primeira versão, originada do direito alemão, entende que o princípio da razoabilidade é inerente ao Estado de Direito; a segunda, sob a influência norte-americana, é extraída da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), sustentando que a razoabilidade da lei é obrigatória por força do caráter (*substantive due process*) substantivo da cláusula (Luís R. Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 217 e Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 357 e segs.) Nota extraída da matéria do Dr. Evilásio Filho "Paradigma De Uma Efetividade Possível - A Positivização Da Tutela Antecipada Na Lei Processual Civil E O Princípio Constitucional Da Proporcionalidade" - Matéria publicada na Internet - endereço <http://www.datavenia.inf.br/frame-artig.html>

⁴⁸A antecipação de tutela (CPC, art. 273), deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado. Se a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas limitação imane do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria ANDRADE NERY). É possível, em sede de ação revisional de contrato, promover o devedor o depósito por consignação incidente, desprezado o rito especial da ação de consignação em pagamento, verificada a unidade de competência e observado o procedimento ordinário. Inteligência do art. 292 do CPC. Expungida a mora por depósito incidente de valor razoável, consideradas as peculiaridades do caso concreto, é possível obstar-se a inscrição do nome do devedor em banco de dados de consumo (SPC, SERASA), assim como mantê-lo na posse do bem objeto do arrendamento mercantil, ainda que aforado interdito de reintegração. Pena de ofensa ao princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), não pode o juiz, acolhendo pedido de antecipação de tutela, impedir o direito de ação, que pode ser exercido livremente por quem tenha ou não razão. Só a Constituição pode, válida e expressamente excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual (AI nº 96.003846-9, de Balneário Camboriú, Rel. Pedro Manoel Abreu). (TJSC - AI 96.009136-0 - 4ª C.C. - Rel. Des. Pedro Manoel Abreu - J. 10.04.1997).

⁴⁹ALVIM J. E. Carreira, *CPC Reformado*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, pág. 145

⁵⁰PASSOS J. J. Calmon de. *Da antecipação de Tutela, Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

fase de postulação, com a conclusão do estágio de resposta do réu e depois de cumpridas eventuais medidas de regularização do processo⁵¹ não corresponde aos objetivos visados pelo legislador, nem foi acolhida pela corrente doutrinária predominante.

Com efeito, a providência de que se cuida pertence ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas de longa data em nosso processo civil e que sempre admitiram deferimento *in limine litis*⁵². O que fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes os requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei.

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 antecipatória⁵³.

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 puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.

1.1.2.3. EXTENSÃO

Permite, a lei, a antecipação total ou parcial. Vale dizer: a medida antecipada pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas de parte daquilo que se espera alcançar com a futura sentença de mérito.

⁵¹"Da antecipação da tutela", in SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ob. cit., pág. 193

⁵²Admite-se inclusive dilação probatória específica para o incidente desde que destinado à comprovar, não os pressupostos para a concessão da tutela definitiva, mas os relativos ao direito de antecipá-la provisoriamente.

⁵³Após o término da fase de Instrução - Araken de ASSIS entende que não pode nesta fase se conceder a AT, sustentando inclusive que esta nesta fase não seria "antecipada" a tutela uma vez que já se trata da sentença Luiz Guilherme MARINONI discorda "no mesmo instrumento em que é proferida a sentença, o juiz poderá, antes da sentença, e através de decisão interlocutória, conceder a tutela antecipatória." Recurso da AT: agravo sem efeito suspensivo, para a sentença - apelação. José Roberto BEDAQUE admite a AT na própria sentença tendo como consequência "retirar o efeito suspensivo da apelação"; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maia ANDRADE NERY entendem que não se pode antecipar a tutela na sentença ob. Já citada p. 752. Luiz Rodrigues WAMBIER em ob. Já citada p. 355, admite a concessão da medida antecipatória na sentença para o fim de não se conceder o efeito suspensivo em razão de recurso (possibilitando a execução provisória).

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica) nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional. Apenas, portanto, quando houver comprovado risco de inutilização da prestação esperada pela parte é que será cabível a inversão da seqüência natural e lógica entre os atos de debate, acerto e execução⁵⁴.

Se, por exemplo, estiverem cumulados vários pedidos e apenas o atendimento de um deles se encontrar sob risco de dano, não se poderá, por liberalidade, estender a antecipação de tutela a todos eles. O poder antecipatório terá de ser exercitado apenas em relação ao pedido que suporta o perigo de frustração⁵⁵.

1.3. CARACTERÍSTICAS

1.3.1. NATUREZA VINCULADA

Como já aqui asseverado, a decisão do pedido não tem natureza discricionária, mas vinculada aos pressupostos legais, devendo o juiz, obrigatoriamente, deferi-los se presentes os pressupostos ou indeferi-lo se ausentes, mediante circunstanciada fundamentação⁵⁶.

1.3.2. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Não se trata, na definição legal, de antecipação da tutela, mas sim dos efeitos da tutela, sem questionar a estrutura elementar do Processo de Conhecimento, o que significa preservar incólume o procedimento ordinário. Assim, não havendo juízo capaz de dirimir a controvérsia, não houve julgamento, menos ainda de mérito. Cabe assim da decisão agravo de instrumento⁵⁷.

⁵⁴Ver sobre este assunto, obra já citada: Tereza Arruda ALVIM WAMBIER, Da Liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, na coletânea Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁵ZAVASCKI Teori Albino, ob. cit., págs. 151/152.

⁵⁶Ver ALVIM Arruda Manual de direito processual civil, 6ª edição, vol 2, , São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 384.

⁵⁷A via estreita do agravo limita-se ao âmbito da decisão interlocutória vergastada, o que torna defesa a discussão relativa à natureza do arrendamento mercantil e seus encargos contratuais. 2. "Pressupõe a tutela provisória cognição sumária, passível de antecipar apenas o efeito fáuico, nunca o jurídico, que depende de sentença. Logo, o campo de maior incidência é a actio condenatória. Em se tratando de ações declaratórias e constitutivas, o conhecimento é exaustivo, necessitando fase instrutória em audiência, ressalvadas hipóteses excepcionais, em que não se enquadra a espécie, a medida autorizada no art. 273 do Código de Processo Civil, não pode ser deferida, porque inaceitável como prova apenas as alegações do requerente." (AI nº 96.004288-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho). (TJSC - AI 96.009099-1 - 1ª C.C. - Rel. Des. Orli Rodrigues - J. 13.05.1997)

1.3.3. MEDIDAS QUE ANTECIPADAMENTE SATISFAZEM A PRETENSÃO

São sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa; portanto, realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência.

1.3.4. A DIFERENÇA ENTRE CAUTELARES E ANTECIPAÇÕES DE TUTELA

As cautelares visam apenas a garantir a justiça e a eficácia prática da futura (provável) sentença, enquanto a antecipação trata-se de providência que realiza desde logo, embora provisoriamente, a pretensão contida no processo "*Por isso a tutela antecipada apenas precipita no tempo o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que seja alcançado*"⁵⁸.

1.3.5. PROVISORIEDADE

Tanto a decisão concessiva da medida, quanto a denegatória, poderão ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo durante o *iter* processual, conforme o art. 273, § 4º, sempre que a mudança do estado de fato ou o aprofundamento do nível de cognição evidenciarem situação diversa da que primitivamente se supôs verificada⁵⁹.

A lei sujeita a antecipação de tutela ao regime das "execuções provisórias" (art. 273, § 3º), revestindo-a do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).

Desse regime decorrem as seguintes conseqüências:

- a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;
- b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contracautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC, analogicamente, aplicável à tutela antecipada;
- c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência do domínio do bem litigioso, nem levantamento de dinheiro, sem prévia caução (CPC, art. 273, § 3º);
- d) em qualquer dos casos, a decisão está sujeita a recurso de agravo de instrumento;

⁵⁸José Roberto BEDAQUE, art. In "Aspectos Polêmicos" ob. Já citada p.226.

⁵⁹Ver Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria ANDRADE NERY, in ob. Já citada, p.753.

1.3.6. REVERSIBILIDADE

Determina o art. 273 do CPC, em seu § 2º, que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória⁶⁰.

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso, afinal, seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra⁶¹.

Sem embargo da previsão categórica que impõe a reversibilidade como condição indispensável à medida do art. 273 do CPC, forçoso é reconhecer que "casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. "Em tais casos", adverte Ovídio A. Baptista da Silva, "se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo, como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima"⁶².

É, aliás, o que sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares no âmbito do direito de família, onde o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível⁶³.

⁶⁰ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INTELIGÊNCIA DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - Se a antecipação da tutela traz consigo a marca da irreversibilidade, é quanto basta para que seja indeferida. E, antes de ouvir a parte ré, não há como se falar em procrastinação da defesa a justificar a medida em apreço. (TJDF - AI 98.00.2.000553-4 - 5ª T. - Rel. Des. Romão C. Oliveira - DJU 03.06.1998).

⁶¹Ver FIDÉLIS DOS SANTOS Ernane, *Novos Perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1996.

⁶²"A antecipação da tutela na recente reforma processual", in Sálvio De Figueiredo TEIXEIRA, ob. cit., pág. 142.

⁶³ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONCESSÃO CONTRA ENTE DE DIREITO PÚBLICO - IRREVERSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - 1. Malgrada a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos no provimento antecipatório, à luz do princípio da proporcionalidade, mesmo contra a Fazenda Pública, podem ser antecipados os efeitos da tutela se dentre os valores jurídicos colidentes no caso concreto, avultar que mal maior se produzirá pelo seu indeferimento. 2. Na hipótese, entretanto, restaram observados os ditames do art. 273 do CPC, não se fazendo presente a vedação do parágrafo segundo do mesmo dispositivo, a ensejar a cassação da antecipação da tutela, pela possível irreversibilidade da medida. 3. Mesmo contra a Fazenda Pública é possível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela requerida na petição inicial do processo de conhecimento. Precedente do STJ (RESP 0113368-2/96, PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, in DJU d 19.05.97). 4. Agravo Regimental improvido. (TRF 4ª R. - AgRg-AC 96.04.00112-4 - SC - 6ª T. - Rel. Juiz Carlos Sobrinho - DJU 12.08.1998 - p. 907).

"O que" conclui Ovídio A. Baptista da Silva - "em tais casos especialíssimos", não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática"⁶⁴.

O que a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a irreversibilidade, como regra da antecipação. Portanto, somente concebível em casos extremos, especialíssimos, que justificam sua inobservância.

Segundo palavras de Athos Gusmão Carneiro⁶⁵, "Cuida-se de requisito negativo que não pode ser aplicado "sempre e indiscriminadamente", sendo, portanto, regra de "validade relativa", principalmente em tema de direito de família.

Autores como Sérgio Bermudes⁶⁶, no que diga respeito à reversibilidade mediante reparação pecuniária, entende que não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro⁶⁷. Nestes casos, em comentário muito feliz já dispôs Alexandre de Freitas Câmara "*proteger o interesse preponderante, aplicando o **princípio da proporcionalidade** ainda que isto implique conceder a antecipação de tutela mesmo que com efeitos irreversíveis*".

⁶⁴ob. cit., loc. cit

⁶⁵Matéria apresentada no congresso Ibero Americano de Processo Civil, 1998 citando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e José Miguel Garcia Medina.

⁶⁶Sérgio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

⁶⁷Da mesma forma entende Arruda Alvim, "só deve ser assumida naqueles casos em que isso seja necessário para a sobrevivência da pretensão do autor".

CAPÍTULO SEGUNDO

QUESTÕES EMBLEMÁTICAS E FÁTICAS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1. QUESTÕES EMBLEMÁTICAS

2.1.1. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS TRIBUNAIS

Nesta fase, também a antecipação de tutela pode ser requerida, a teor do disposto no artigo 272, parágrafo único do Código de Processo Civil, pois as disposições do artigo 273 do Estatuto Processual são aplicáveis a todos os procedimentos especiais, inclusive aos processos de competência originária dos tribunais. Esta é a posição de Teori Albino Zavascki⁶⁸.

Os tribunais poderão ser chamados a pronunciar-se sobre a antecipação de tutela em três situações, a saber:

- a) *Originariamente*: nos processos de sua competência inicial, v.g., ações rescisórias e mandados de segurança, sendo que, no caso do mandado de segurança, o procedimento especial já prevê a concessão de liminar e; nos processos em fase de recurso.
- b) *Mediante recurso* das decisões dos juízes de primeiro grau, que concedem ou não concedem medidas.
- c) *Mediante ação direta*, em casos especiais, v.g., mandados de segurança contra ato judicial e ações cautelares no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

PROCEDIMENTO

Não havendo disposição em contrário, na Lei de Organização Judiciária ou no Regimento Interno do Tribunal, o pedido será dirigido ao relator que, após o processamento, aprecia e decide. Dessa decisão caberá agravo regimental, ou agravinho, ao órgão competente para o julgamento da causa, no prazo estabelecido no Regimento ou no silêncio, em cinco dias, conforme artigo 185 do CPC.

A recorribilidade dos atos do relator decorre da natureza colegiada das decisões dos tribunais, não podendo ser afastada, senão por lei expressa.

2.1.2. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS PROCESSOS EM FASE RECURSAL

Pode ocorrer que os pressupostos para a antecipação de tutela somente surjam, na fase recursal. Possível então várias hipóteses, que passam a ser analisadas.

- a) No caso de a *sentença* ter sido *procedente*, com *recurso* recebido somente no

⁶⁸Teori Albino Zavascki, in *Antecipação da Tutela*, Editora Saraiva, 1997, p. 117.

efeito devolutivo - neste caso, a parte pede a extração da carta de sentença e promove a execução provisória, desnecessário, portanto, o pedido específico de antecipação dos efeitos da tutela, vez que já autorizada pela não-suspensividade do recurso⁶⁹.

b) No caso de *sentença de improcedência ou meramente terminativa* (extingue o processo sem julgamento do mérito), ou se o *recurso* interposto da *sentença de procedência* tiver sido recebido no *duplo efeito*, pode, a parte demonstrar os pressupostos do artigo 273 do CPC e requerer e ter atendido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. É perfeitamente possível tal pretensão, vez que, *o que se busca não é antecipar uma sentença e sim os atos executivos dela*. Neste sentido: "AGRAVO - TUTELA ANTECIPADA - CONCESSÃO APÓS A SENTENÇA - POSSIBILIDADE - PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E DA PROBABILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO - Ainda que a regra seja a concessão da tutela antecipada antes da prolação da sentença, perfeitamente possível seu deferimento posterior, uma vez reconhecido o direito do autor e presente a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação justificador da necessidade da execução provisória. Escorreita a decisão que concede antecipação da tutela diante da presença da verossimilhança da alegação e da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. (TJMS - Ag - Classe B - XXII - N. 54.753-7 - Corumbá - 1ª T.C - Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto - J. 21.10.1997)

Busca-se a efetividade e não seria razoável sacrificá-la, apenas e tão-somente, por já ter sido proferida sentença em primeiro grau.

Por esse mesmo entendimento, é possível também a antecipação da tutela nos casos em que o processo se encontra em instância especial (STF ou STJ), se presentes os requisitos do artigo 273 do CPC.

O pedido, nestes casos, será formulado perante o órgão competente para o julgamento do recurso, nos termos previstos para as cautelares em geral (parágrafo único do art. 800, CPC)⁷⁰. Como ação originária, caberá ao relator receber, processar e decidir o incidente, podendo a parte que se sentir lesada, por uma decisão nesta fase, apresentar recurso ao colegiado.

2.1.3. RECURSOS DAS DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU

Da decisão (interlocutória) do juiz de primeiro grau que concede ou indefere o pedido de antecipação de tutela, cabe o recurso de agravo, geralmente, por instrumento.

A atual disciplina deste recurso confere, ao relator, poderes para antecipar os

⁶⁹Neste sentido a posição de Teori a. Zavascki, obra citada, p. 119.

⁷⁰Idem, p. 120.

efeitos da tutela recursal, conforme dispõe o artigo 558 do Código de Processo Civil. Caberá, portanto, ao relator, se for o caso, suspender a execução da medida deferida pela decisão agravada ou conceder a medida indeferida pela decisão agravada. Em qualquer situação, estará antecipando os efeitos da tutela recursal.

Com o novo perfil do recurso de agravo de instrumento, interposto diretamente no tribunal e com os poderes que o art. 558 do CPC, ao relator, numa interpretação sistemática e teleológica, que autoriza a ampliação de resultados, dificilmente será necessária a via alternativa acima mencionada, circunstância visada pela reforma, conforme o próprio coordenador da comissão que elaborou o anteprojeto. Sálvio de Figueiredo Teixeira admite⁷¹.

As dificuldades do sistema, assim foram reduzidas, vez que, para obtenção dessas medidas, anteriormente, era utilizado o mandado de segurança contra ato judicial, alternativa não bem compreendida por algumas correntes da doutrina ou jurisprudência.

É oportuno, porém, ressaltar que algumas situações ainda restam, em que os instrumentos ordinários são insuficientes, podendo ser usado o Mandado de Segurança para resguardar a parte de riscos de lesão aos seus direitos no curso de um processo.

2.1.4. MANDADO DE SEGURANÇA COMO VIA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL ORDINÁRIA

Não obstante o avanço legislativo, no intuito de tornar efetivo processo, há casos que ainda persistem situações em que não é imediato o acesso à instância recursal, pelas vias ordinárias oferecidas pelo sistema, conforme se vê atuando o Mandado de Segurança, como substitutivo.

a) Pedido de antecipação de tutela negado ou deferido em *audiência de processo sumário*. O artigo 280, III, do CPC diz que o agravo será sempre retido. Neste caso, a parte somente poderia ter acesso à Segunda Instância por ocasião da subida do recurso de apelação, o que poderia ensejar um prejuízo ao seu direito. Assim, perfeitamente possível a impetração de mandado de segurança, ação de cunho constitucional, se presentes os requisitos legais (art. 7º LMS).

b) Pedido de antecipação de tutela for *decidido na própria sentença que julgar a causa, ou quando extinto o processo sem apreciação sobre aquele pedido*, com ou sem julgamento do mérito.

No caso de a antecipação de tutela ser decidida na própria sentença, Paulo Afonso Brum Vaz entende ser possível a interposição de agravo de instrumento contra a parte de decisão interlocutória e apelação contra a sentença propriamente dita, sustentado que se "*é verdade que a introdução dos provimentos antecipatórios*

⁷¹In "A efetividade do processo e a reforma processual", Ajuris, 59:261.

*provocou reflexos na estrutura do Código de processo Civil, por certo os princípios que o informam devem ser analisados sob nova perspectiva*⁷².

Têori A. Zavascki, por outro lado, entende que nestas hipóteses, o recurso será o de apelação, que, ao contrário do agravo de instrumento, é processado no juízo de origem, demandando tempo até chegar no tribunal e, assim, viável seria o mandado de segurança.

c) No caso de *sentença procedente, com recurso recebido apenas no efeito devolutivo*⁷³, permitindo a execução provisória, e a decisão que recebeu o recurso só é atacável por agravo retido, por força do § 4º, do art. 523 do CPC.

d) Quando a *situação de urgência*, que impõe a necessidade de antecipar a tutela, se verificar no período de tempo que medeia entre a interposição do recurso de apelação e a chegada dos autos ao relator.

Neste caso, a competência não mais será do juiz de primeiro grau, que cumpriu sua função jurisdicional (CPC, art. 483) e sim do tribunal, que poderá, no entanto, deferir a medida antecipatória, pelas vias ordinárias, quando distribuído o processo.

Nas hipóteses acima mencionadas, a tão falada demora do pronunciamento do tribunal pode ser incompatível com a urgência de evitar o dano ao direito, que, se consumado, acarretaria, na prática, a vitória da parte recorrida, tornando inútil o futuro julgamento⁷⁴. Nas hipóteses das letras a e c, poder-se-á admitir o cabimento do agravo de instrumento, ao invés do retido, fundado no princípio da instrumentalidade do processo, ainda que contra a letra da lei⁷⁵.

2.1.4.a. FUNDAMENTO, OBJETO E NATUREZA DA AÇÃO MANDAMENTAL

Nos casos postos acima, o Mandado de Segurança contra ato judicial tem por **objeto** a defesa do direito ao devido processo legal, nele compreendido o direito à efetividade das sentenças e dos recursos assegurados pelas leis processuais. Não visa à anulação ou reforma de ato judicial, mas assegurar a eficácia prática da tutela definitiva. Busca a proteção do direito à utilidade do processo, de não sofrer prejuízo irreparável.

O direito de não sofrer, no curso do processo, dano irreparável ou de difícil reparação, decorre da Constituição, pois que a Jurisdição, poder estatal de tornar efetiva a ordem jurídica, exercido em forma monopolizada, enseja, em relação ao jurisdicionado, duas ordens de consequência: o dever de submissão e o dever de fazê-la atuar (direito de ação). Nas duas situações, direito e dever submetem-se ao

⁷²in artigo publicado na Revista Consulex, ano II, nº 20, Agosto/98, ps. 42/43.

⁷³Considerando cabível, neste caso, mandado de segurança: Bol. AASP 2.019/281, j. maioria,

⁷⁴Teori A. Zavascki, obra citada, p. 122.

⁷⁵No sentido do texto Athos Gusmão Carneiro, in O novo recurso de agravo e outros estudos, São Paulo, Forense, 1996, p. 29 e Amir José Finochiaro Sartú, Do agravo, Ajuris, n. 67, p. 157.

processo, que é o instrumento de prestação jurisdicional pelo Estado e segundo o mandamento constitucional previsto no **art. 5º, inc. LV**, "aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recurso a ela inerentes". Assim, se os litigantes devem submeter-se às vias processuais estabelecidas, têm também, com amparo no texto constitucional, o direito de não sofrer danos irreparáveis, no curso do processo, enquanto não esgotados os recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa. Dessa submissão, decorre o direito à utilidade da decisão.

Conclui-se, portanto, que o objeto da ação mandamental assim utilizada não é a reforma da decisão judicial de primeira instância, mas sim a proteção do direito à utilidade do processo, na fase de recurso, do direito de não sofrer prejuízos irreparáveis enquanto não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada pela Constituição, ou seja, que se chegue a uma sentença potencialmente efetiva, conforme precedente do STF⁷⁶. A finalidade do mandado de segurança, dessa forma, utilizado como via de antecipação da tutela recursal ordinária, portanto, é idêntica à da ação cautelar, que consiste, em obter segurança para que o processo de conhecimento ou de execução leve a uma proteção jurisdicional útil⁷⁷.

Com relação à **natureza** desse mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo, apresenta ele pontos de identificação com a ação cautelar que era utilizada para obtenção de tutela antecipada. O que se exige para a concessão da cautelar, exige-se para mandado de segurança contra ato judicial, ou seja, presença do perigo a demora e da fumaça do bom direito. Vê-se também que ambos buscam afastar o perigo que ronda a tutela de outro processo principal, razão pela qual se entende que tecnicamente adequada seria a ação cautelar e não o mandado de segurança para estes casos.

A posição jurisprudencial do STF, antiga e tranqüila, a partir do RE 76.909-RS⁷⁸, com apoio na doutrina, é no sentido favorável da utilização do mandado de segurança como medida autônoma apropriada para obtenção do direito em risco. Em favor dessa posição, ou seja, da utilização do mandado de segurança e não ação cautelar, milita o fato de que o perigo que se busca debelar decorre da execução de um ato judicial, pelo que resultaria inadequado submeter, ao próprio prolator desse ato, o exame da pretensão destinada a neutralizar os respectivos efeitos. Ocorreria, no caso de processo em curso no juízo de primeiro grau, e o próprio juiz seria competente para processar e julgar ações cautelares correspondentes (CPC, art. 800) e somente após ter acabado sua função jurisdicional, com a prolação de sentença (CPC, art. 463), após interposição de recurso (CPC, par. único, art. 800) é que as medidas passam para a competência do tribunal.

⁷⁶In RTJ 118/743 - "o mandado de segurança contra decisão judicial representa um expediente interino para assegurar o estado de coisas até que o recurso cabível pudesse ser examinado".

⁷⁷Teori A. Zavascki, A função cautelar co mandado de segurança contra ato judicial, *Ajuris* 50/83-4.

⁷⁸Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 5/12/73, in Teori A. Zavascki, obra citada, p. 125.

O princípio da adequação, portanto, pende a favor da utilização do mandado de segurança e não da ação cautelar, nos casos tratados.

De qualquer forma, nenhum prejuízo terá a parte beneficiada com o ato judicial atacado, pois o beneficiário do ato impugnado, segundo o Superior Tribunal de Justiça, é convocado para integrar o pólo passivo, como litisconsorte necessário⁷⁹.

Assim, a natureza do Mandado de Segurança nessas circunstâncias, segundo o Superior Tribunal de Justiça, seria cautelar⁸⁰.

2.1.4.b. CAUTELARES COMO VIA AUTÔNOMA PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA

Não obstante a posição acima e contrariando o curso da história processual, na busca cada vez maior de tornar efetiva a ordem jurídica, há ainda posicionamento no próprio Superior Tribunal de Justiça, entendendo ser ação cautelar a adequada, para dar efeito suspensivo ao recurso ordinário, conforme acórdão proferido pela 3ª Seção do STJ, nestes termos: "*Para obter efeito suspensivo em recurso especial interposto, a medida específica é a prevista no art. 288, e não o mandado de segurança ao STJ*" (MS 2.221-8-PR, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.8.93, não conheceram, v.u., DJU 30.8.93, p. 17.262, 1ª Col., em.⁸¹). Assim, o Mandado de Segurança como meio de antecipação da tutela recursal, segundo a jurisprudência que vem dominando, só diz respeito às instâncias ordinárias, pois os tribunais superiores, a cautelar seria a medida adequada, tão-somente para dar efeito suspensivo aos recursos, o que estaria se afastando do espírito reformista.

Em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, pode o tribunal não só dar efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, mas também, antecipar, provisoriamente, os efeitos da tutela recursal, se preenchidos os requisitos legais. "*De nada adiantaria ter a Constituição assegurado à parte o direito de acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de*

⁷⁹STJ – ROMS 473-90, 2ª T, rel. Min. Athos Carneiro, DJ, 24/08/92, p. 12.973, segundo o qual "impõe-se o litisconsórcio passivo quando a concessão da segurança importar em modificação da posição de quem juridicamente beneficiado pelo ato impugnado".

⁸⁰RMS n. 1.624-9-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ, 21/02/94 – "Processo Civil. Mandado de Segurança contra ato judicial recorrível. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Natureza cautelar. Requisitos. Recurso desprovido. I – Em face da ausência em nosso sistema processual de mecanismo que possibilite a suspensão dos efeitos do ato judicial, o mandado de segurança, por construção da doutrina e da jurisprudência, tem sido admitido para evitar a ocorrência de lesão dificilmente reparável. II – Assumindo o "mandamus" a natureza cautelar para assegurar o êxito e a eficácia do processo principal, além do "fumus boni iuris" se impõe ao impetrante a demonstração do "periculum in mora", fazendo prova, de plano, das suas alegações de probabilidade de dano de impossível ou difícil reparação. III – Além da demonstração de plano dos fatos incontestáveis, sobre os quais deva incidir a norma jurídica, e dos pressupostos cautelares específicos, imperiosa, salvo casos excepcionais, a interposição do recurso próprio, para que não se substitua esse pelo mandado de segurança nem se alargue o prazo legal do conformismo da parte".

⁸¹in CPC LPV, Theotônio Negrão, Editora Saraiva, 27ª edição, nota ao artigo 288 do RISTJ.

*Justiça, se não lhe assegurasse, também, nos casos focados, que o provimento do seu recurso extraordinário ou especial trará resultados efetivos. Negar medida que garanta virtual utilidade do futuro julgamento é, na prática, o mesmo que negar o próprio direito de recorrer*⁸².

O fundamento da impetração seria a própria Constituição Federal, pois consagra o monopólio da Jurisdição ao Estado e, portanto, a prestação jurisdicional é dever do Estado, assegurados aos jurisdicionados dos princípios do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inc. IV, CF).

Demonstrada, portanto, que a situação fática encontra-se apta a gerar dano ao direito afirmado pela parte interessada, bem como, a plausibilidade dos fundamentos invocados, cabe ao tribunal, quer em mandado de segurança, quer em ação cautelar, determinar a medida adequada para preservar a utilidade do futuro julgamento do recurso, podendo consistir não apenas em outorgar direito suspensivo ao recurso, como também, se indispensável aquela finalidade, antecipar efeitos do seu futuro e provável provimento.

2.1.5. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS

Os requisitos são os mesmos de uma medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, visando a resguardar a utilidade da futura decisão, que se traduziria em liquidez e certeza, demonstrados pela relevância do direito (razoável chance de acolhimento) e risco de ineficácia (risco de dano irreparável ou difícil reparação). Exige-se que haja recurso antecipadamente interposto, vez que há uma Súmula do Supremo Tribunal Federal, nº 268, no sentido de que *Não cabe Mandado de Segurança contra decisão com trânsito em julgado*.

2.2. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA AÇÃO RESCISÓRIA.

2.2.1. ARTIGO 489 DO CPC E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA

Diz o artigo 489 do Código de Processo Civil que a ação rescisória não suspende a execução de sentença rescindenda, seria então preservada, de forma absoluta, a coisa julgada. Por outro lado, o artigo 798 do mesmo Código prevê o poder geral de cautela do juiz, visando a preservar a utilidade da função jurisdicional. São duas regras, em princípio, não incompatíveis; no entanto, haverá casos em que a aplicação de uma delas desprestigiará a outra.

Com a reforma operada em 1994, introduzindo a antecipação de tutela, questiona-se se o artigo 273 do CPC é aplicável à ação rescisória.

⁸²Teori Albino Zavascki, in obra citada, ps. 134/135.

A doutrina é dissidente, conforme traz Teori A. Zavascki⁸³. Humberto Theodoro Júnior⁸⁴ e Sérgio Sabione Fadel⁸⁵ entendem não possível a antecipação de tutela nas ações rescisórias, pois seria ferida a garantia de intangibilidade da coisa julgada. Tereza Arruda Alvim⁸⁶ descarta a viabilidade de ação cautelar, porém admite a possibilidade de suspensão da execução através de mandado de segurança, se presentes os requisitos legais.

Galeno de Lacerda⁸⁷, ao contrário, sustenta que o artigo 489 deve ser interpretado de forma restritiva, de modo a não inibir a eficácia da ação cautelar, possível se presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pois necessária a tornar possível, útil e eficaz o resultado da ação rescisória. Calmon de Passos⁸⁸ também defende a possibilidade de ação cautelar, pois, havendo coisa julgada *sub iudice*, o que passa a ser relevante é a probabilidade da futura sentença favorável ao autor da rescisória. Continua Calmon de Passos, "*Seria incompreensível que numa ação rescisória, mais típica de ação de direito objetivo que de direito subjetivo, vale dizer, mais voltada para afastar o gravame objetivo que o gravame subjetivo, se desprezasse o problema, sempre relevante, da ineficácia da futura sentença possível e provavelmente favorável*".

Com relação à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que a questão relativa à suspensão ou não da execução da sentença submetida à ação rescisória é tema afeto à legislação ordinária e não à seara constitucional, conforme decisão com voto do Min. Moreira Alves⁸⁹. Porém, no mérito, o STF tem entendido ser inadmissível "*medida cautelar objetivando suspender a execução da decisão transitada em julgado, até o final do julgamento da ação rescisória*"⁹⁰.

O antigo Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 234, segundo a qual "*Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada*".

O Superior Tribunal de Justiça, pelos precedentes mais antigos, ratificava a posição da impossibilidade, no entanto, julgados mais recentes, vem apresentando uma posição menos radical, admitindo em casos peculiares ou excepcionais, conforme se vê na decisão da 3ª Turma, em 25/03/93⁹¹. A 6ª Turma do STJ foi além, em ação envolvendo fraude contra a autarquia previdenciária, suspendeu de ofício a execução da sentença, determinando à entidade autárquica que propusesse a ação rescisória em noventa dias, com acórdão da lavra do Ministro Vicente Cernicchiaro⁹².

⁸³In obra citada, p. 181.

⁸⁴In Processo Cautelar, 11 ed., São Paulo, Leud, 1989, p. 109

⁸⁵In O processo nos tribunais, São Paulo, Forense, 1981, p. 86.

⁸⁶In Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 84.

⁸⁷In Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo, Revista de Processo, nº 29, p.

⁸⁸In Comentários ao Código de Processo Civil, v. X, v. X, t. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p.80.

⁸⁹RE 102.638-PR, 2ª T., in RTJ 113/1313.

⁹⁰RTJ 117/1, PET. 143-DF, Pleno, v.u., rel. Min. Oscar Correa.

⁹¹PET 441-93, rel. Min. Nilson Naves, DJ, 14/06/93, p. 11782.

⁹²RESP 35.105-8-RJ, DJ, 28/06/93, p. 12905.

Os Tribunais Regionais Federais evoluíram na mesma esteira do STJ, sendo que em todos (nos cinco tribunais) há precedentes acolhendo a ação cautelar com aquela finalidade⁹³.

2.2.2. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA RESCINDENDA E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Entendemos, com apoio na doutrina de Teori A. Zavaski, na obra citada, que, com a reforma processual de 1994, a suspensão da execução da sentença rescindenda tem natureza antecipatória.

A ordem de sustação determinada pelo tribunal é tipicamente medida com relação de pertinência em face da consequência jurídica resultante do direito afirmado pelo autor da ação rescisória, pois a abstenção do réu é, sem dúvida, comportamento que será imposta, no caso de vitória do autor da ação rescisória. Não visa apenas a "segurança para a execução", mas antecipa um efeito da futura sentença de procedência ("execução para segurança"). Dessa maneira, o pedido de suspensão da sentença rescindenda não está sujeito a ação cautelar autônoma, devendo ser formulado na própria ação rescisória, com estrita observância do procedimento das medidas de antecipação da tutela. Presentes os requisitos legais do artigo 273 do CPC, não há dúvida que o julgado rescindendo pode ter sua execução suspensa, nos mesmos autos, através da antecipação de tutela e em via autônoma, através de ação cautelar. Neste sentido, vem se posicionando a jurisprudência⁹⁴ do Superior Tribunal de Justiça.

Concluimos que o artigo 489 do CPC deve ser interpretado sistematicamente, não inibindo a incidência de outros dispositivos legais, como o artigo 273, superveniente, de modo a não inviabilizar a eficácia concreta do direito à ação rescisória, assegurando na própria Constituição. Essa é a solução conformadora adequada a superar, sem mutilações, o conflito, mais aparente que real, entre a intangibilidade da coisa julgada e a efetividade da função jurisdicional⁹⁵.

3. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO MANDADO DE SEGURANÇA

3.1. INTRODUÇÃO

A ação de mandado de segurança tem sede e natureza constitucional, com

⁹³TRF-1ª Região, AGRMC 274439-93, pleno, rel. Eliana Calmon, DJ 25/04/94, p. 17738; etc.

⁹⁴A partir da Lei n. 8.952, de 1994, a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória deve ser requerida nos respectivos autos, como antecipação da tutela, e não mais como ação cautelar. A regra do art. 489 do CPC cede sempre que, sem a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, se possa prever que o acórdão, mesmo se o pedido for julgado procedente, não terá utilidade" (STJ-2ª Turma, Resp 81.529-PI. Rel. Min. Ari Pargendier, j. 16.10.97, não conheceram, v.u., DJU 10.11.97, p. 57.734).

⁹⁵Teori A. Zavaski, in obra citada, p. 188.

procedimento especial disciplinado, basicamente, na Lei nº 1.533/51 e na Lei nº 4.348/64, com aplicação subsidiária das disposições gerais do procedimento ordinário (art. 272, par. único do CPC).

O mandado de segurança é permeável às regras do procedimento ordinário e, dessa forma, relevante examinar até que ponto foi ele atingido pelas modificações introduzidas, nos últimos tempos, no processo civil.

3.2. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, PONTOS SEMELHANTES COM O ARTIGO 273 CPC

O procedimento especial previa possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, como forma de afastar eventual risco à efetividade da futura sentença concessiva.

No artigo 7º, inciso II, Lei 1.533/51 há dois pontos de semelhança com os pressupostos introduzidas pelo art. 273 do Código de Processo Civil, para antecipação da tutela no procedimento ordinário. Quando o artigo 273 diz que a antecipação da tutela supõe "verossimilhança da alegação", está, na realidade, exigindo que seja "relevante o fundamento" do pedido e quando se diz que o juízo da verossimilhança deve estar amparado em "prova inequívoca", igualmente não se está fazendo exigência diversa da que decorre da lei do mandado de segurança, onde a matéria de fato há de resultar evidenciada por prova reconstituída, acompanhando a inicial. O "fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação" (art. 273, inc. I, do CPC) traduz a mesma realidade referida como a possível "ineficácia da medida", resultante do ato impugnado pela ação de segurança.

Assim, indubitável que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeitos da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil.

3.3. PONTOS DE DESSEMELHANÇA ENTRE A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E O ARTIGO 273 DO CPC

Pelo menos em três pontos o art. 273 do CPC tem disciplina diversa, não incompatível, com a liminar em mandado de segurança. O primeiro seria com relação ao **momento** da antecipação, pois o artigo 273 não prevê um momento específico, enquanto o art. 7º da LMS prevê o pronunciamento, ao despachar a inicial. No entanto, nada impede que o juiz se pronuncie sobre o pedido de liminar em outro momento do processo, por exemplo, após as informações da autoridade impetrada.

O segundo ponto seria o **conteúdo** da medida liminar, vez que o art. 273 diz que são passíveis de antecipação "os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial", ao passo que no mandado de segurança, estabelece o art. 7º, inciso II, que para evitar risco de ineficácia, o juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao

pedido". Portanto, pela literalidade da lei o conteúdo é marcadamente inibitório. Porém, o que prevalece na doutrina e na jurisprudência é a possibilidade da concessão de liminar contra ato comissivo da autoridade impetrada, assim como, contra ato omissivo ou indeferitório. A restrição após a reforma tornou ainda mais insustentável.

Por fim, o terceiro ponto se refere ao **prazo de eficácia** da medida antecipatória. A lei 4.348/64, art. 1º, "b", estabelece o prazo de 90 dias, prorrogável por mais 30 dias, para as liminares concedidas em mandados de segurança e no procedimento ordinário não há regra semelhante. A questão do prazo foi tida como constitucional pelo STF, pois o dispositivo teria como objetivo evitar-se procrastinação do julgamento definitivo. Assim, a limitação do prazo de eficácia, da mesma forma as demais restrições às medidas de tutela provisória deve ser interpretada e aplicada sem perder de vista a natureza e a função constitucional dessa espécie de medida. Em circunstâncias normais, justificar-se-ia a restrição do prazo; no entanto, em circunstâncias anormais (excesso de processos a cargos de um único magistrado), a questão deve ter tratamento especial.

3.4. LACUNAS DA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Os pontos relevantes que merecem lembrança são: a)- necessidade ou não de pedido da parte impetrante; b) forma de decisão; c) exigência ou não de contracautela; d) hipóteses e condições para revogação ou modificação da medida; e) execução; f) recorribilidade.

Desde logo fica consignado que as lacunas são da lei do procedimento especial e não do sistema de processo, sendo aplicável, no caso de lacunas, as normas do procedimento ordinário, subsidiariamente (artigo 272, CPC). Persistindo as lacunas, recorre-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126 do CPC e art. 4º da LICC). Quanto à concessão da liminar, se o caso, somente a pedido da parte, encontra respaldo nas normas de procedimento comum (arts. 272 e 797 do CPC) e nos princípios gerais de direito processual, principalmente o princípio dispositivo (arts. 2º e 128 do CPC), pois cabe à parte avaliar os riscos decorrentes dessa medida, sendo dela a responsabilidade e não do juiz, caso seja revogada futuramente a liminar (arts. 588, inc. I e 811 do CPC).

A fundamentação é requisito constitucional de sua validade (art. 93, IX, da CF) e garantia de justiça. Cabe ao juiz demonstrar, circunstanciadamente, o porquê da decisão, inclusive com relação aos conceitos indeterminados, pois o magistrado deve dizer o direito, função dos órgãos jurisdicionais, de forma que todas as decisões devem ser fundamentadas, havendo ou não disposição expressa, na lei específica.

Com relação à imposição de contracautela, há controvérsia na jurisprudência. O STJ em uma de suas correntes opina no sentido de que a exigência não se ajus-

taria à índole dessa ação de natureza constitucional⁹⁶, enquanto que a outra corrente entende ser lícita a exigência⁹⁷, com respaldo no poder geral de cautela que a lei processual civil confere ao magistrado.

Zavascki entende ser cabível a exigência nas mesmas hipóteses e com a mesma finalidade que impõem sua exigência nos casos de antecipação de tutela em procedimento comum⁹⁸, ou seja, quando o conteúdo da liminar for diverso da simples suspensão do ato impugnado, com o que também concordamos, visto que se invoca o poder de geral de cautela para ampliar o conteúdo material da liminar de mandado de segurança, não é razoável que se impeça invocar o mesmo poder para exigir a contracautela⁹⁹.

Falando-se em revogação ou modificação da liminar, é cabível também no mandado de segurança, nos mesmos casos e sob as mesmas condições em que ocorrem no procedimento comum ordinário. A revogabilidade e a modificabilidade são providências inerentes à natureza dessa espécie de tutela, provisória e precária. É assim que se dá também com relação às liminares em ação cautelar (CPC, art. 807). No caso de a liminar se manter até a sentença e essa for denegatória, a revogação ocorre implicitamente e sua eficácia será *ex tunc*. É essa a orientação do Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 241 – "*Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo (atualmente, apelação) dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária*".

Finalmente, com relação à recorribilidade, frente à nova realidade processual, não há como sustentar a irrecorribilidade da decisão que aprecia o pedido de liminar, no mandado de segurança. O recurso adequado é agravo de instrumento¹⁰⁰, mormente hoje, com a nova feição dada pela reforma, é a via mais afinada com a celeridade que se pretende impor à ação constitucional.

No entanto, o entendimento predominante até o momento é no sentido de serem irrecorríveis as decisões interlocutórias proferidas nessas ações, sendo utilizados os mandados de segurança, como via autônoma, alternativa, que também encontra resistência de forte corrente jurisprudencial.

⁹⁶STJ, 2ª T, ROMS 324-90, m.v., rel. Min. José de Jesus Filho, DJ, 22/11/93, p. 24922.

⁹⁷STJ, 1ª T, Resp 46.919-94, v.u., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ, 28/11/94, p. 32576; STJ-2ª T, ROMS 1.700-92, v.u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ, 28/11/94, p. 32598.

⁹⁸In obra citada, p. 206.

⁹⁹Posição adotada pela 2ª T do TRF, 4ª Região, considerando legítima a exigência de contracautela, "na concessão de mandado de segurança, na hipótese em que a providência requerida for de conteúdo diversos do previsto no art. 7º da Lei n. 1.533/51" (MS 92.04.22449-5-PR, rel. Teori A. Zavascki, j. 29/04/93, RTRE, n. 14, p. 277).

¹⁰⁰"Antes do advento da Lei 9.139/95 ('Lei do Agravo'), admitia-se a impetração de mandado de segurança contra a decisão indefinitória de liminar em outro 'mrit'. Atualmente, contra a decisão monocrática que indefere liminar em 'writ' cabe tão somente recurso de agravo de instrumento, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em 'writ' para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo" (STJ-2ª T, RMS 8.516-0-RS, rel. Min. Ademar Maciel, j. 4.8.97, negaram provimento, v.u., DJU 8.9.97, p. 42.435).

4. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM DEMANDAS CONTRA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

As pessoas jurídicas de direito público já desfrutam de tratamento especial em várias situações processuais, v.g., prazos mais dilatados (art. 188 do CPC).

Há de ser ponderado que os direitos dos litigantes, apesar de considerados fundamentais pela Constituição, não são direitos absolutos. Em determinados casos e sob certas condições, podem sofrer restrição, seja pelo juiz que os aplica, seja pelo legislador que regulamenta seu exercício. A relatividade desses direitos decorre, basicamente, da necessidade de propiciar, no campo prático, a convivência harmônica e simultânea de todos eles.

Há situações em que, em razão do tempo despendido no desenrolar do processo, assegurando a garantia plena do direito à segurança jurídica, importaria comprometimento do direito à efetividade da jurisdição e vice-versa. Ocorrendo isso, havendo conflito entre direitos fundamentais, haverá necessidade de formular regra para obter, na prática, uma solução que assegure a sobrevivência de ambos. E não há solução possível, senão aquela que, de alguma forma ou alguma medida, opere restrição a um, a outro, ou a ambos os direitos colidentes.

Os mecanismos processuais que permitem concessões de medidas de tutela jurisdicional provisória, inclusive liminares, constituem fórmulas criadas por via de legislação ordinária para superar as possíveis colisões que a demora do processo acarreta entre os direitos fundamentais dos litigantes. Tais normas importam restrição ao direito fundamental à segurança jurídica. O legislador está submetido à tração de duas forças com direção oposta, a da preservação da efetividade da jurisdição e do resguardo da segurança jurídica. A ampliação dos mecanismos de tutela provisória importa dar prevalência à primeira e, para manter o equilíbrio, o legislador ordinário deverá atentar-se para três princípios básicos, ou seja, o princípio da necessidade; da menor restrição possível e da salvaguarda do núcleo essencial¹⁰¹.

As pessoas jurídicas de direito público, dessa maneira, em princípio, estão sujeitas ao regime comum da antecipação da tutela; todavia, são aplicáveis as restrições à concessão de liminares, previstas na lei nº 8.437/92, por força da Lei n. 9.494 de 10 de setembro de 1997, de modo que é vedado antecipar tutela em procedimento comum nos casos em que, por disposição de lei, for vedado o deferimento de liminar em mandado de segurança e para suspender ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Diante do exposto, as restrições à concessão de medidas antecipatórias contra o poder público, impostas pela lei 8.437/92 não seriam inconstitucionais¹⁰². A

¹⁰¹V. Teori A. Zavascki, in obra citada, p. 169.

¹⁰²A referida lei já foi objeto de ação direta de constitucionalidade, com liminar concedida - STF, ADC 4 (liminar) - DF - Plenário - Rel. Min. Sydney Sanches - DJU 23.08.99, in Revista Jurídica n. 263, ps. 114/115.

perplexidade se verifica em razão da falta de apuro técnico na redação dada às leis. O que tem em vista é sempre e sempre evitar uma medida que inviabilize o retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação. A situação de fato consumado decorrente da irreversibilidade é que importa o esgotamento do objeto da ação. Essa vedação é perfeitamente legítima e reproduzida pelo par. 2º do art. 273 do CPC. Pode ocorrer que, numa situação de urgência e gravidade, o juiz em nome do direito à utilidade da jurisdição, conceda a medida antecipatória e está autorizado pelo sistema constitucional, em face do qual, configurada a incompatibilidade, deve ceder a restrição prevista na lei ordinária¹⁰³.

5. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA E RECURSO CABÍVEL.

Há ainda a discussão se a antecipação dos efeitos da tutela pode ou não ser deferida na sentença. A tendência é no sentido de que é possível, sempre que presentes os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC¹⁰⁴, e esta é a nossa posição; no entanto, há posição em sentido contrário¹⁰⁵.

Não se pode ignorar a repercussão que a inserção do instituto da antecipação da tutela provocou no sistema processual civil, que não passou despercebida por Ovídio A. Baptista da Silva e Teori A. Zavascki, entre outros. Assim, é de ser consignado que a principal função do instituto é antecipar os efeitos da sentença e não a sentença e, portanto, de nada valeria uma decisão se não houvesse a possibilidade de executá-la por força de efeito suspensivo do recurso de apelação interposto pela parte adversa.

Considerando-se a concessão da tutela no bojo da sentença, ficaria a parte impossibilitada de executá-la, por força do efeito suspensivo atribuído ao recurso. Teori A. Zavascki¹⁰⁶ sugere que numa análise sistemática da questão levaria à conclusão de que implicitamente, a antecipação da tutela fez acrescentar um inciso no artigo 520 do CPC, atribuindo efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que "julgar procedente o pedido de tutela antecipada no processo".

Ovídio A. Baptista da Silva¹⁰⁷ entende que a natureza jurídica das decisões limi-

¹⁰³ ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - Créditos contra o Estado - Periculum in mora .O Estado, atualmente, é um descumpridor das decisões judiciais. A dificuldade para um servidor receber qualquer crédito de que seja titular, mesmo portando uma sentença transtada em julgado, revela-se pelo amontoado de pedidos de intervenção federal, o que chega às raias de público e notório. Conseqüentemente, o periculum in mora, em se tratando de crédito contra a Fazenda Pública ainda que pareça juridicamente um absurdo, na prática não o é. É o Poder Público não pode fazer de conta que não vê, pois o pior cego é exatamente aquele que não quer ver"(TJDF - AI 1.227-3 - Reg. Ac. 108.898 - 1ª C - rel. Dse. Valter Xavier - DJU 14.10.98, in Revista Jurídica n. 256, p. 86).

¹⁰⁴ O juiz pode conceder a antecipação da tutela na sentença' (RJ 246/74, in CPCLPV, Theotônio Negrão, 31ª ed, Saraiva, nota 26a, ao art. 273 do CPC, p. 344).

¹⁰⁵ A antecipação da tutela não pode ser concedida após a sentença"(RIJE 163/185, in CPCLPV, Theotônio Negrão, obra citada, p. 344, nota 23a ao art. 273 do CPC).

¹⁰⁶ In obra citada, p. 79/82

¹⁰⁷ In Jornal Síntese, out/96, ps. 3/5.

nares que antecipam os efeitos da tutela da futura sentença de mérito não é de mera decisão interlocutória, porque o juiz vai além de um mero exame de questões incidentais e, se antecipados os efeitos, na própria sentença, o recurso seria apelação, tão-somente.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁸ propõe que os efeitos da tutela não sejam antecipados na sentença, mas através de decisão interlocutória, no momento em que é proferida a sentença, pois, do contrário, retirar-se-ia a possibilidade de o réu ter o direito ao recurso adequado, tendo em vista o posicionamento de alguns tribunais em situações semelhantes¹⁰⁹.

Paulo Afonso Brum Vaz¹¹⁰ sustenta a tese de que o juiz deveria antecipar os efeitos da tutela em decisão em separado, mesmo que seja deferido simultaneamente à prolação de sentença, para evitar problemas no campo dos recursos e porque as decisões têm naturezas diversas, uma proferida com fundamento no juízo de probabilidade e a outra fundada num juízo de certeza. Não sendo este o caso, ou seja, estando a antecipação dos efeitos, no corpo da sentença, entende que a solução seriam dois recursos, um contra a parte que antecipou os efeitos da tutela (agravo de instrumento) e outro contra o provimento definitivo (apelação). Sustenta que essa situação não feriria os princípios da singularidade e da indivisibilidade das decisões, pois, na verdade, desde o nascedouro, os conteúdos são de naturezas diversas, constituindo-se dois provimentos, ainda que proferidos simultaneamente. Quando o juiz concede a antecipação dos efeitos da tutela no corpo da sentença, na verdade está proferindo simultaneamente duas decisões, que se distinguem pelo conteúdo, embora se exteriorizem sob a forma de sentença. Entende ser mais apropriado do que admitir a posição de Zavascki. Traz como suporte para sua posição a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferida no agravo de instrumento n. 8.741/97, 3ª T, Rel. Des. Mario Machado, j. 24.11.97.

Parece-nos que não seria dezarrazoada a interposição de recurso de apelação pela parte vencida, com pedido para dar efeito suspensivo ao recurso e não haveria prejuízo, não sendo inviável, assim, a posição de Zavascki. Neste sentido:

"APELO RECEBIDO NO DUPLO EFEITO - TUTELA ANTECIPADA - CAUTELAR - 1. No que respeita à parte da sentença que julgou a cautelar, deve ser o apelo recebido apenas no efeito devolutivo, face ao que dispõe o inciso IV do art. 520 do CPC. 2. No que tange à parte da sentença que apreciou a tutela antecipada, que se constitui na antecipação do mérito, permitindo a execução, também deve ser o recurso de apelação recebido apenas no efeito devolutivo. 3. Agravo provido". (TRF 4ª R. - AI 98.04.01.011256-2 - PR - 4ª T. - Relª. Juíza Marga Barth Tessler - DJU 17.06.1998).

¹⁰⁸In "A Antecipação de Tutela na reforma do processo civil", 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 61.

¹⁰⁹V. TRF - 4ª Região, 1ª Turma, Ag. Reg. No AI 96.04.07005/PR, DJU 239.05.96, p. 35.680.

¹¹⁰In Antecipação de Tutela, publicação na Revista Jurídica Consulex nº 20, 31/08/98, ps. 42/43.

6. CONCLUSÃO

Vê-se que o estudioso do processo busca, incessantemente, a efetiva implementação da garantia do acesso à Justiça, mas de maneira efetiva e justa.

Lembrando Humberto Theodoro Júnior, buscamos despertar para a nova realidade. *"É importante ressaltar, desde logo, que o preciso deixou de ser tratado apenas como frio método de compor litígios, para se transformar no veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, o devido processo legal apresenta-se como o processo justo, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social.*

"Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do devido processo legal ou processo justo. Dentro de tal ótica, o que se reclama do processo é o resultado, com toda sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito ao litigante que tem a seu favor a ordem jurídica. Não são suficientes, para esse mister, a ciência, a técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais do que o tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito de fazer com que a aplicação do direito, pelo ato de julgar, corresponda, ao máximo à garantia fundamental do processo eficaz e justo"¹¹¹.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM J. E. Carreira, *CPC Reformado*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ALVIM Arruda, *Manual de Direito Processual Civil* 6ª Ed., vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM Arruda. *Tutela Antecipatória Algumas noções - contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*. Matéria publicada na Internet, <http://trf.gov.br> - p. do Tribunal Regional Federal 3ª Região.

ALVIM WAMBIER Tereza Arruda. *Da Liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, na coletânea Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹¹¹in artigo publicado na Revista Jurídica nº 254, Dezembro/98, ps. 43/44.

- ALVIM, Tereza. *Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ASSIS, Araken. *Antecipação de Tutela, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 3ª Ed., Porto Alegre: S.A. Fabris Editora, 1997 .
- _____ idem. Publicação no jornal Síntese - out/96, ps. 3/5.
- _____ idem. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, Revista de Processo n. 61 - jan/mar 91, Revista dos Tribunais.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, in RePro, vol. 31, São Paulo, jul./set., 1993.
- BEDAQUE, José Roberto. *Antecipação de Tutela, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAPELLETTI, Mauro. "El Proceso como fenómeno social de masa" in Proceso, Ideologias, Sociedad.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Tutela Antecipada no Direito Processual Brasileiro*. Matéria publicada no Congresso Ibero Americano de Processo Civil, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *O Novo Recurso de Agravo e outros Estudos*, São Paulo: Forense, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1965, trad. J. Guimarães Menegale.
- CORREIA De Araújo, Evilásio Filho. *Paradigma De Uma Efetividade Possível A Positivização da Tutela Antecipada na Lei Processual Civil e o princípio constitucional da Proporcionalidade* - matéria publicada na Internet - endereço <http://www.datavenia.inf.br/frame-artig.html>
- DINAMARCO, Cândido. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- FADEL, Sérgio Sahiome. *O processo nos tribunais*, São Paulo: Forense, 1981.
- FERNANDES, Iara de Toledo. *A Advocacia Pública do Processo Civil* in ITE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos n° 23, agosto a novembro de 1998.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FIGUEIREDO TELXEIRA, Salvio de. *A Efetividade do Processo e a Reforma Processual*, Ajuris n° 59.
- FRIAS J. E. S. *Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública*, RT 728, p. 69

- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência, fundamentos da tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- LACERDA, Galeno. *Ação Rescisória e Suspensão Cautelar da Execução do Julgado Rescindendo*, REPRO n.º 29.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, Tomo I, cap. § 37.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª Edição, 1998.
- _____. *A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 61.
- _____. *Tutela Antecipatória, Julgamento antecipado e Execução imediata da Sentença*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 27ª e 31ª edições.
- NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Da antecipação de Tutela, Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *idem. Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SARTE, José Amir. *Do Agravo*. *Ajuris* n.º 67.
- SOTELO FELIPE, Marcio. *Razão Jurídica e Dignidade Humana*, São Paulo: Max Limonad, 1996.
- THEODORO, Humberto Junior. *Tutela Antecipada*, matéria publicada na Revista Jurídica n. 232 – fev/97.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *idem. Processo Cautelar*, 11ª ed., São Paulo: Leud, 1.989.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. *Antecipação de Tutela*, publicação Revista Jurídica Consulex n. 20 - Ag/98.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coordenação), Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, em sua obra, *Curso Avançado de Processo Civil*, Vol. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento 3ª Ed. 1999, p.356.
- WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer - Arts. 273 e 461 do CPC*, coordenação SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1996.
- ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ZAVASCKI, Teori Albino, *A Função e o Mandado de Segurança contra Ato Judicial*, *Ajuris* n.º 50.