

## ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Dr. Rafael Afonso de Andrade Leite (\*)

*SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Requisitos essenciais para a sua concessão. 4 Momento processual próprio para requerê-la e ser concedida. 5 O termo “poderá” na tutela antecipada. 6 Distinções entre a tutela antecipada e a cautelar. 7 A tutela antecipada reforçou ou esvaziou as cautelares típicas (nominadas) e atípicas (inominadas)? 8 Podem as medidas cautelares típicas ou nominadas ser requeridas no próprio processo principal? 9 A decisão que antecipa ou nega a tutela. 10 Legitimidade de parte ou quem pode requerê-la. 11 Como harmonizar os dois princípios constitucionais - o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica ou da ampla defesa. 12 Cabe a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública? 13 Recurso cabível da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada. 14 Conclusão.*

*“A demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão e prejudica o autor que a tem”. (Luiz Guilherme Marinoni)*

### 1 Introdução

Entre as recentes inovações introduzidas no Código de Processo Civil está a antecipação da tutela jurisdicional (art. 273), através da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que, em síntese, diz que o juiz “poderá”, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os “efeitos” da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova “inequívoca” a convencê-lo da “verossimilhança da alegação” e haja “fundado receio de dano irreparável” ou fique caracterizado o “abuso de direito de defesa” ou o “propósito protelatório do réu”.

Alguns juízes estão interpretando o termo “poderá” como facultativo ou como ato discricionário do julgador, e não como um dever geral de cautela do Estado-juiz, e, assim, têm deixado para o final do processo, na sentença, o que, segundo o texto da lei, preenchidos os dois requisitos exigidos, deve ser antecipa-

---

(\*) Juiz de Direito Aposentado, Professor de Processo Civil II da FADOM, em Divinópolis, e especialista em Processo Civil.

do, liminarmente. Outros se têm mostrado exigentes demais, formalistas ao interpretar as expressões prova “*inequívoca*” a convencê-los da “*verossimilhança*” da alegação, o que tem tornado inócua a reforma, neste aspecto.

Eis o problema a ser analisado neste trabalho.

A resposta do problema deve ser encontrada no sentido de que todos os juízes entendam que o objetivo da reforma do Código, no caso específico, é conferir efetividade ao processo para evitar a lesão de direito à parte ou o dano irreparável (art. 273, I), nas chamadas “*tutelas de urgência*” contra os males corrosivos do tempo e o abuso de direito de defesa (art. 273, II) ou a litigância de má-fé (art. 17); e, assim, o termo “*poderá*” não deve servir de “*passaporte para a omissão do julgador*”, segundo Carreira Alvim, mesmo porque já não é mais favor, nem graça do Estado, conceder a rápida tutela jurisdicional, mas direito do cidadão, provado o risco sério, iminente da violação de seu direito.

Entre os tantos deveres do juiz, no processo, está o de “*velar pela rápida solução do litígio*” (art. 125, II).

Todavia, o formalismo do Código, com o procedimento ordinário - regra geral - quase onipresente nos outros processos, o impedia da rápida prestação jurisdicional.

Só as medidas cautelares, previstas no Livro III, não agilizam, a contento, o processo, porque *não satisfativas*, isto é, não adiantam o mérito da questão, mas, apenas, o preservam, resguardam para o êxito da ação principal.

Nem o imperativo do julgamento antecipado da lide (arts. 330 e parágrafo único do 740) está proporcionando a celeridade processual, porque o juiz o profere após a fase postulatória, já no saneamento do processo.

Agora, com o adiantamento dos efeitos da sentença, na tutela antecipada, chamada “*tutela de urgência*”, assim como na medicina, há as “*cirurgias de emergência*” para salvar o paciente, torna-se um direito subjetivo irrenunciável da parte, em situação de dano iminente, recebê-la do Estado, sob pena de mais desprestígio para o Judiciário, já tão criticado com a lentidão do processo, como se a culpa fosse só dele.

Enfim, convém ressaltar a advertência do mestre paulista KAZUO WATANABE, integrante da Comissão Revisora do Código, sobre a “*litigiosidade contida*”, que já sobrecarrega o cidadão comum ou o homem de rua com “*quebra-quebra*” de “*coletivos*” nos grandes centros, *pelo simples atraso*, e tantos outros atos de violência grave a que assistimos e vemos, estarecidos, na televisão e jornais do País.

É o que se pretende desenvolver na estreiteza deste trabalho.

## 2 Conceito

Para SERGIO BERMEDES, também um dos integrantes da Comissão Revisora do Código: “*o instituto da antecipação da tutela não constitui nenhum bicho-de-sete-cabeças. Trata-se de inovação salutar que haverá de ser recebida com ânimo favorável porque torna possível a rápida prevenção ou composição da lide, sem sujeitar a prestação jurisdicional às prejudiciais delongas impostas pela natureza do processo e pelas notórias deficiências da administração da justiça (...). Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos que se descobrem no caput, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgada assegura em termos definitivos*”.<sup>1</sup>

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, integrante da referida Comissão: “*o que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio*”. E conclui: “*Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato*”.<sup>2</sup>

Já NELSON NERY JUNIOR a conceitua como: “*Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante a execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou 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*”.<sup>3</sup>

Enfim, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA conclui que “*a tutela antecipatória é, portanto, um provimento jurisdicional satisfativo, concedido liminarmente no processo de conhecimento e com base em cognição sumária*”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BERMEDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 28.

<sup>2</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século*, ps. 80/81.

<sup>3</sup> JUNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado*, p. 748.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo Processo Civil*, p. 51.

### 3 Requisitos essenciais para a sua concessão

Basta uma leitura nos termos do novo art. 273 para se concluir que os requisitos ou pressupostos exigidos, no caso, são dois: I – a prova “inequívoca” a convencer o juiz da “verossimilhança” da alegação da parte requerente, e II – o fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação) ou o abuso de direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu).

Analise os dois requisitos:

I - De início, o que significa a prova inequívoca?

Lexicamente, o termo “inequívoco” é aquele em que não haja equívoco, que não deixa dúvida, claro, evidente, como registram os dicionários.

Juridicamente, equivale à prova robusta, clara, provável, convincente para que tenha o pedido probabilidade de êxito na sentença. Nem precisa ser somente a prova documental, mas também, quando a questão de mérito for só de direito (art. 330, I) ou, quando os fatos narrados independem de prova (art. 334), ou mesmo ainda a prova pericial (laudo) ou auto de corpo de delito, como o auto de inspeção judicial (art. 440, CPC), a prova contratual do negócio, a sentença de justificação (art. 866, CPC), e, também, a prova testemunhal, inclusive o depoimento pessoal e a confissão, na instrução do processo, segundo alguns processualistas, já que não existe momento preclusivo para se antecipar a tutela, que pode ser concedida “a qualquer tempo”, desde que antes da sentença.

Tudo isso, é óbvio, deve estar a exigir a verossimilhança (semelhança com a verdade, ou a aparência ou “evidência” do direito) da alegação dos fatos narrados pelo requerente. Que esses fatos sejam verdadeiros. É o conteúdo ético do processo (art. 14), sob pena de litigância de má-fé (art. 17), segundo os processualistas citados neste trabalho.

Enfim, o respeitado CÂNDIDO DINAMARCO ensina que “é inevitável, em qualquer processo, a presença do trinômio – certeza, probabilidade, risco. A sabedoria do juiz reside em dispensar os rigores absolutos de uma certeza, aceitando a probabilidade adequada e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados”.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido. *A reforma do Código de Processo Civil*. p. 146.

II – Já o segundo requisito, isto é, o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, que integra o primeiro, corresponde ao *periculum in mora*, isto é, ao perigo da demora da prestação jurisdicional, que, geralmente, acontece com a maioria das ações, devido ao formalismo do processo, à estrutura precária do judiciário e ao acúmulo do serviço para poucos juizes. O receio deve ser fundado, idôneo, sério, e o dano deve ser iminente, concreto, ameaçador de um bem da vida a ensejar cuidado imediato, de urgência, assim como na medicina existe cirurgia de emergência para salvar o paciente.

*Alternativamente* (e, não, cumulativo), existe outro requisito, também integrante do primeiro, que é a caracterização do “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (item II). São exemplos de abuso de direito de defesa todos os casos de litigância de má-fé (art. 17), como a arguição das preliminares do art. 301, sem o mínimo fundamento legal, como, ainda, a arguição de exceções de suspeição ou de impedimento do juiz ou do promotor ou do serventuário (art. 138), também sem embasamento legal. Já como manifesto propósito protelatório do réu, pode-se caracterizar pelo uso indevido do intercâmbio processual de precatórias ou rogatórias para diversas comarcas do País ou do exterior com o objetivo, apenas, de prolongar o processo, em prejuízo do autor.

Qualquer um dos dois requisitos é suficiente para justificar a antecipação da tutela, e o momento de sua aplicabilidade vem a seguir.

### 4 Momento processual próprio para requerê-la e ser concedida

Segundo a análise do § 5º do art. 273, não existe um momento preclusivo, durante o processo, para a concessão da tutela antecipada, porque, concedida ou não, o processo prosseguirá até final sentença. Assim, preenchidos os dois requisitos exigidos, poderá (deverá) ser requerida e concedida “a qualquer tempo”, antes do julgamento, como poderá também ser revogada ou modificada, a qualquer tempo em decisão fundamentada (§ 4º) ou pela própria sentença, se houver prova em contrário.

O *caput* do art. 273 fala em requerimento da “parte”, que pode ser tanto o autor como o réu (em processo de natureza dúplice).

Mas, para o autor, qual o momento processual próprio para requerê-la?

Existem dois momentos para o autor: I. “No pedido inicial”, conforme esclarece o *caput* do mesmo artigo, como *liminar, inaudita altera parte*, devido à urgência do pedido, para não tomar a medida ineficaz. Toda medida de urgência só tem valor com a liminar requerida e concedida na própria inicial, e cum-

prida, de pronto, ou o mais breve possível, em casos especiais, assim como na medicina existe a cirurgia de emergência para salvar o paciente. Negada a liminar, nega-se a própria urgência, e o processo se transforma em um mero e demorado processo de conhecimento, ordinário, que não mais atende ao objetivo pretendido, conforme o caso.

O termo *liminar* vem do latim (*limen - liminis* = porta, entrada). E a porta de entrada dos autos do processo é a petição inicial. Havendo urgência do pedido, requer-se na própria inicial ao juiz que o mesmo seja deferido, liminarmente, de pronto, *sem ouvir o réu*, junto com o pedido de citação e que seja cumprido o mais rápido possível para se evitar o dano iminente ao requerente. Primeiro, cumpre-se a liminar deferida, e, logo após, cita-se o réu para contestar, querendo. Este ato, esclarece NELSON NERY JR., “*não constitui ofensa, mas, sim, limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento*”.<sup>6</sup>

DE PLÁCIDO E SILVA define a palavra liminar, “*do latim liminaris, de limen (porta, entrada) para indicar tudo o que se faz inicialmente, em começo. Liminar, pois, quer exprimir desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa... Liminar é o que vem no início*”.<sup>7</sup>

Convém esclarecer, no entanto, que nem toda liminar é requerida e concedida no início, embora regra geral, mas pode ser concedida após justificação prévia ou após citado o réu (art. 273, II) e nem por isso, já ultrapassada a porta de entrada, deixa de ser liminar. O prof. TEORI ALBINO ZAVASCKI esclarece mais: “*liminar será o provimento que atende, em caráter provisório, parcial ou integralmente, o que o autor pede como provimento definitivo. Pouco importa, para este efeito que a decisão tenha sido proferida in initio litis ou não*”.<sup>8</sup>

2. O segundo momento *para o autor* é quando se caracteriza o abuso do direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório do réu), disposto no inciso II do art. 273.

Neste caso, o réu já foi citado e já teve o consagrado direito de defesa. Mas, **abusar** desse direito já se torna litigância de má-fé (art. 17), como também argüir preliminares infundadas do art. 301, e ainda exceções de suspeição ou de impedimento com o fim único de prejudicar o autor. Nesses casos, o autor, na oportunidade da impugnação da contestação, poderá requerer a antecipação, e o juiz poderá (deverá) concedê-la na fase saneatória do processo, se presente o primeiro requisito.

<sup>6</sup> JUNIOR, Nelson Nery. Obra citada. p. 749.

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*. v. III e IV, p. 91.

<sup>8</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. p. 162.

E, para o réu, qual o momento processual de se requerer a antecipação da tutela?

Segundo o ensino de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO será “*nos casos de reconvenção em que ele é autor reconvinde; na oposição, em que o oponente é o autor; no chamamento ao processo, contra o réu originário e os chamados ao processo*”.<sup>9</sup>

### 5 O termo “poderá” na tutela antecipada

É consenso geral entre os processualistas afirmar que, em face dos termos do art. 273, é dever geral de cautela do julgador antecipar a tutela, de pronto, desde que preenchidos os requisitos exigidos. Para isso foi feita a reforma, no caso. É a tutela de urgência ou emergência para evitar dano irreparável ou de difícil reparação ao requerente, assim como, na Medicina, repita-se, existe a cirurgia de emergência para salvar o paciente.

Eis o ensino taxativo de KAZUO WATANABE, professor da USP: “*Se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e, não, medida dependente de discricionariedade do juiz*”.<sup>10</sup>

Também, o ensino do autorizado NELSON NERY JUNIOR: “*Embora a expressão ‘poderá’ constante do art. 273 possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade, constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente*”.<sup>11</sup>

Como, ainda de THEODORO JÚNIOR: “*Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual, que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou*”.<sup>12</sup>

Mais contundente é a advertência de J. E. CARREIRA ALVIM, professor da PUC-RJ: “*Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o*

<sup>9</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no Processo Civil*. p. 51.

<sup>10</sup> WATANABE, Kazuo. *A antecipação dos efeitos da tutela pretendida*. p. 43.

<sup>11</sup> JUNIOR, Nelson Nery. Obra citada. p. 749.

<sup>12</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada, p. 81.

*exercício de sua nobre missão de outorgar tutela, na forma da nova lei, não devendo o termo 'poderá' ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado*".<sup>13</sup>

Isso porque, em incidentes de tal natureza, o juiz estará exercendo o juízo vinculado, e não discricionário. No caso, há estreita vinculação à lei e à Constituição, e não discricionariedade.

Daí, esclarece CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO que "*as decisões dos Juizes não são convenientes ou oportunas, não as melhores ou as piores em face da lei, elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que sejam*".<sup>14</sup>

## 6 Distinções entre a tutela antecipada e a cautelar

A distinção essencial entre as duas tutelas, como, de início, se percebe, é que a concessão da tutela antecipada (art. 273) adianta "*os efeitos do mérito do pedido na própria inicial*", no processo de conhecimento; tem caráter satisfativo, enquanto a medida ou tutela cautelar preserva, apenas, o mérito, o previne para o êxito do processo principal. O elemento específico da cautelar é a "*prevenção*", como já esclarece a Exposição de Motivos do Código Buzaid (nº 11), sem caráter satisfativo, pois.

Essa diferença essencial exige, também, requisitos ou pressupostos diferentes para a concessão de cada uma, como não poderia deixar de ser.

Assim, para concessão da cautelar específica ou típica, bastam o *fumus boni juris* (a fumaça ou aparência do bom direito) e o *periculum in mora* (o perigo da demora da prestação jurisdicional), mas, para a concessão da tutela antecipada, não bastam só esses dois requisitos, exige-se prova sem equívocos, clara, com probabilidade de êxito do pedido, como se na própria sentença fosse, conforme procuramos analisar.

Antes da reforma do art. 273, os juizes, a requerimento da parte, à falta de previsão legal específica, usavam do poder cautelar das inominadas previstas nos arts. 798/799 para cumprir função satisfativa, que não lhes era própria. Agora, com o novo dispositivo do art. 273, criou-se um divisor de águas a separar as duas funções distintas que cabem à tutela antecipada e à tutela cautelar. Hoje, a ação

<sup>13</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. p. 103.

<sup>14</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 26.

cautelar se destina, exclusivamente, às medidas cautelares típicas ou específicas, previstas nos arts. 813/887, isto é, ao arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão etc. As pretensões de antecipação satisfativa do direito material, previstas nas medidas inominadas dos arts. 798/799, doravante somente poderão ser requeridas na própria ação de conhecimento (art. 273), que é a antecipação da tutela jurisdicional, conforme ensinam THEODORO JÚNIOR<sup>15</sup> e TEORI ALBINO ZAVASCKY<sup>16</sup>, professor da UFRS.

Enfim, a tutela cautelar visa a garantir a *eficácia* do processo principal, a fim de que a prestação jurisdicional definitiva não se torne inócua; já a antecipação da tutela visa proteger o direito subjetivo da parte, antecipando, ainda que provisoriamente, o bem pleiteado a fim de que ela não sofra prejuízo.

Em outras palavras: no processo principal, cuida-se do bem; no cautelar, cuida-se da sua segurança; antecipar é satisfazer; cautelar é garantir. Antecipar para melhor tutelar. A cautelar previne (meio) a futura tutela (fim).

JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM cita vários exemplos para se estabelecer a linha divisória entre a tutela jurisdicional e a medida cautelar:

*a. a entrega de um bem apreendido é antecipação da tutela;*

*b. a suspensão do leilão desse bem é tutela cautelar;*

*c. a anulação de uma assembléia (de sociedade ou condominial) é antecipação, a suspensão da sua eficácia é cautela.*

*d. a entrega do bem na reivindicatória (ou na imissão de posse) é antecipação; o mero seqüestro é cautela;*

*e. a entrega do bem na possessória é antecipação; o seqüestro desse bem é cautela;*

*f. a entrega de valores confiscados é antecipação; o seu depósito em conta judicial é cautela;*

*g. a baixa de um título protestado é antecipação; a suspensão do protesto é cautela;*

<sup>15</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, p. 616.

<sup>16</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. *Obra citada*. p. 164.

*h. a anulação de um edital é antecipação; a suspensão da eficácia de alguma de suas cláusulas é cautela;*

*i. a entrega da guarda de pessoa ou coisa é antecipação; a sua apreensão provisória é cautela;*

*j. o pagamento dos alimentos definitivos é antecipação; o pagamento de alimentos provisórios é cautela;*

*k. a anulação de uma penalidade é antecipação; a suspensão da sua eficácia é cautela;*

*l. a entrega de um quadro ao seu dono é antecipação; o seu depósito para que não seja alienado é cautela;*

*m. a matrícula de um aluno numa escola é antecipação; a mera reserva de vaga é cautela*<sup>17</sup>.

#### 7 A tutela antecipada reforçou ou esvaziou as cautelares nominadas e inominadas?

THEODORO JÚNIOR responde: “Não eliminou o poder de cautela do juiz, nem tampouco esvaziou o processo cautelar de seu natural e importante conteúdo, que é preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal”<sup>18</sup>.

Também é o esclarecimento de CARREIRA ALVIM: “Que as inovações, ora introduzidas pelo Código de Processo Civil, não tiveram o propósito de neutralizar o processo cautelar, senão o de complementar o elenco do gênero ‘tutelas de urgência’ (...) destinadas a atender a situações que não possam aguardar o término do processo principal para obviar ou reparar eventual lesão de direito. O provimento antecipatório, que, antes, era possível quase só no âmbito do processo cautelar, espraia-se agora para todo o processo de conhecimento, numa indiscutível consagração do poder geral de cautela do juiz”<sup>19</sup>.

Conclui-se que a antecipação da tutela não eliminou as cautelares, mas apenas as regulamentou, “purificou”, no ensino do professor Albino Zavasck

continuando as cautelares típicas ou específicas, previstas nos arts. 813/887, no seu procedimento de preservação, autônomo, preparatório, de caráter não satisfativo, e as cautelares atípicas ou inominadas (art. 798/799), sendo substituídas, encampadas, reforçadas pela antecipação da tutela no próprio processo de conhecimento, porque têm caráter satisfativo.

Eis a conclusão de TEORI ALBINO: “Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca”<sup>20</sup> (grifamos).

#### 8 Podem as medidas cautelares típicas ser requeridas no próprio processo principal?

Entendemos que sim e, em socorro ao nosso entendimento, reiteramos a lição de TEORI ALBINO ZAVASCKY: “Várias dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução cautelar, foram transportadas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, no qual passarão a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz”... e conclui: “Parece certo, todavia, que não mudou apenas o código de processo: mudou o sistema processual”<sup>21</sup> (grifamos).

Como também de ROGÉRIA DOTTI DÓRIA, mestra da UFPR: “Segundo Roberto Armelin, o legislador brasileiro teve dois objetivos ao criar a tutela antecipatória: um sistêmico e um pragmático. O primeiro foi o de ‘dar a César o que é de César’, ou, em outros termos, fazer cessar a generalização do processo cautelar em tutelas satisfativas. O segundo, ou seja, o objetivo pragmático, foi o de evitar o duplo processamento para produção de um resultado único. Deixou de ser necessário, portanto, o ajuizamento de uma ação cautelar (com liminar) e de uma ação principal (de conhecimento) para se chegar a um mesmo objetivo”<sup>22</sup>.

E esclarece mais: “A inovação trouxe a vantagem de diminuir a sensação de desgosto e angústia do advogado que se via obrigado a promover um processo

<sup>17</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitoria e temas polêmicos da Reforma Processual*. p. 180.

<sup>18</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada, p. 616.

<sup>19</sup> ALVIM, J. E. C. *Idem*. p. 150.

<sup>20</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. Obra citada, p. 45.

<sup>21</sup> ZAVASCKY, T. A. *Idem*. p. 3.

<sup>22</sup> DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. v. 1, p. 43.

principal que não lhe interessava apenas para obter uma providência urgente"... "enquanto antes da reforma processual só se podia obter uma decisão liminar através de processo cautelar (com algumas exceções em procedimentos especiais), após 1994 as partes passaram a poder requerer decisões liminares em ações de rito ordinário".<sup>23</sup>

No meu prático entendimento, concluo que a antecipação da tutela veio dar mais força ao juiz para conceder as cautelares típicas ou nominadas (o arresto, busca e apreensão, suspensão do protesto, separação provisória de corpos, alimentos provisionais, por exemplo), já no próprio processo principal - de conhecimento ou de execução - porque se pode o mais, com o adiantamento dos efeitos do mérito, por que não pode o menos? Já as cautelares inominadas, usadas, antes, *impropriamente*, com caráter satisfativo, deverão ser usadas, agora, só no próprio processo de conhecimento, onde está regulado o art. 273, conforme analisado no n° 7.

### 9 A decisão que antecipa ou nega a tutela

Desde logo, procura esclarecer CARREIRA ALVIM: "*Prescrevendo o § 1º do art. 273 que 'na decisão que antecipa a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento', pode parecer que a lei tenha chovido no molhado. No entanto, a prática diuturna do foro revelou, apesar de todas as disposições, legais e constitucionais, uma despreocupação (senão omissão) da parte dos juizes, em fundamentar as decisões, limitadas, muitas vezes, a um singelo 'concedo a liminar' ou 'denego a liminar' sem que a parte saiba as razões do conhecimento, positivo ou negativo do julgador*".<sup>24</sup>

Claro já está no Código de Processo Civil (art. 165) que "*as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas ainda que de modo conciso*".

Somente os despachos do juiz não estão sujeitos à fundamentação, porque não são atos decisórios, mas ordinatórios para a marcha do processo; e, assim, até o servidor deve praticá-los, por ofício, segundo os termos novos do § 4º do art. 162, dos quais não cabe recurso algum (art. 504).

Também a atual Constituição manda (art. 93, IX) que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

O autorizado LOPES DA COSTA já ensinava: "*A motivação é de ordem pública e a sua inobservância acarreta nulidade absoluta, podendo ser conhecida*

*de ofício pelo juiz; para quem sustenta tratar-se de nulidade relativa, a sua decretação depende de requerimento da parte*".<sup>25</sup>

Por isso, a preocupação do legislador, no caso, pela sua importância e gravidade, para não deixar dúvida quanto à motivação da decisão, de conceder ou negar a antecipação da tutela, de não parecer ato arbitrário do juiz.

### 10 Legitimidade de parte ou quem pode requerê-la?

O art. 273, ao condicionar a antecipação da tutela "*a requerimento da parte*", proibe o juiz concedê-la de ofício em consonância com o art. 2º, como não poderia deixar de ser. Mas qual a parte pode requerê-la?

É ensinamento dominante entre os processualistas que não só o autor "*no pedido inicial*", como o réu-reconvinte, que, na reconvenção, autor é (art. 315), ou nas ações de caráter dúplice, como, por exemplo, nos casos de pedido contraposto, previsto nos arts. 278, § 1º, e 922, CPC.

Também o Ministério Público, o *terceiro* interveniente, poderá requerê-la, em certos casos, e até o devedor, como autor, na ação autônoma dos embargos do executado.

Vejamos o esclarecimento de GUSMÃO CARNEIRO: "*A antecipação da tutela será apreciada a requerimento da parte, ou seja, da parte que formulou o pedido inicial (art. 273 caput). Assim, pode ser requerida pelo autor; pelo reconvinente, que, na reconvenção, autor é; a requerimento do oponente, autor na ação de oposição; pelo autor, contra o réu originário e os chamados ao processo. Em certos casos, não será descabido prever a AT pelo devedor, como autor na ação incidental de embargos do devedor. Também podem requerer a AT os intervenientes, como o assistente litisconsorcial, e ainda o Ministério Público, quando presente como 'custos legis' e a benefício da pessoa assistida ou protegida*".<sup>26</sup>

Esse entendimento é esposado, também, por CALMON DE PASSOS (*Inovações no CPC*, Forense, 1977, p. 23), SÉRGIO BERNUDES (*A reforma do CPC*, Freitas Bastos, p. 35) e NELSON NÉRY JÚNIOR na obra citada.

<sup>23</sup> DÓRIA, Rogéria Dotti. Obra citada, p. 44.

<sup>24</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código do Processo Civil Reformado*, p. 125/126.

<sup>25</sup> COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, p. 295/6.

<sup>26</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Obra citada, p. 51.

### 11 Como harmonizar os dois princípios constitucionais - o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica ou da ampla defesa?

No caso da tutela antecipada, estão em confronto dois grandes e fundamentais princípios constitucionais:

De um lado, “o direito de acesso à Justiça” em casos de “lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, XXXV, CF) a fim de obter, em prazo adequado, a eficaz prestação jurisdicional, para se evitar dano irreparável à parte. É o princípio da efetividade da jurisdição, conferida ao Estado-juiz, monopolizador da jurisdição, já que é vedado fazer justiça com as próprias mãos.

De outro, está “o devido processo legal”, assim entendido o processo que assegure aos litigantes “o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LIV, CF). É o da segurança jurídica ou o princípio da “igualdade processual”.

Como conciliar esses dois direitos fundamentais das partes?

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR responde que, no caso, resta lançar mão de princípios exegéticos como o da “necessidade” e o da “proporcionalidade”. Pelo primeiro princípio, somente se admite uma “solução limitadora” do direito fundamental quando “é real o conflito entre diversos princípios constitucionais”. Pelo princípio da proporcionalidade, deve-se “apenas se limitar ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios”... e arremata: “O processo devido, destarte, é o processo justo, apto a proporcionar àquele que o utiliza uma real e prática tutela”... “No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação que se dá em molde de provisoriedade, abre-se pleno contraditório e a ampla defesa, para, só a final dar-se uma solução definitiva à lide”.<sup>27</sup>

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO procura esclarecer mais: “Note-se que o respeito ao devido ‘processo legal’ é mandamento maior que assiste não só ao réu como também ao autor o qual será então protegido pelas medidas de urgência - como antecipação da tutela e as medidas cautelares, reservando-se o contraditório pleno para momento processual posterior. Aliás, não constitui, nem de longe, devido processo legal aquele que se arrasta por longos anos para dar resposta ao jurisdicionado”.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Obra citada. p. 608/9.

<sup>28</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Obra citada. p. 10.

Já o também conceituado OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA pergunta e argumenta, em resumo: “O ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática - não apenas teórica - de suas pretensões?”.<sup>29</sup>

Enfim, é didático e oportuno repetir o ensino de Nelson Nery Junior, de que a concessão imediata da tutela *inaudita altera parte* “não constitui ofensa, mas, sim, limitação imanente do contraditório que fica diferido para momento posterior do procedimento”, na obra citada.

### 12 Cabe a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública?

É questão altamente polêmica em que divergem os processualistas e a jurisprudência dos nossos tribunais.

Todavia, em princípio, entendemos que *sim*, em casos especiais, porque o novo art. 273 não a proíbe, expressamente, assim como proíbe, por exemplo, a penhora dos bens públicos, o usucapião de terras públicas e até a concessão de liminar nas possessórias das pessoas jurídicas de direito público, *sem prévia* audiência de seus representantes (art. 928, parágrafo único, CPC).

Entender ao contrário, *radicalmente*, seria tratamento desigual, desumano e prepotente contra o cidadão necessitado em caso de dano iminente, mesmo porque é a Fazenda Pública, o Estado, o maior autor ou réu a emperrar a máquina judiciária (e poderíamos repetir que “o governo é o principal responsável pela insegurança jurídica do país, decorrente de enxurrada de medidas provisórias”) com inúmeras causas, seus prazos quádruplos e em dobro, duplo grau de jurisdição, ordem de precatórios com sua tormentosa fila de espera, tornando quase infundáveis os processos, pelo que chega a desanimar o cidadão comum de pleitear os seus direitos básicos em juízo.

Urge, pois, o Estado-juiz, o Judiciário (*jus + dicere*) dizer o direito, valorizar a pessoa humana, dando a cada um o que é seu.

Em síntese, então, quando *não cabe e quando cabe* a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública?

<sup>29</sup> In MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 213.



Para a corrente *contrária*, o principal argumento é a vedação imposta pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 (fruto da “*comentada*” MP 1.570, de 26.03.97), que disciplina e altera a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dispondo logo em seu artigo 1º, abrangendo inclusive o mandado de segurança, que, em síntese, *não se concederá a medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e quaisquer vantagens pecuniárias a servidor público, e, mesmo a sentença que tenha por objeto a liberação desses recursos, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado*, inclusive de suas autarquias e fundações.

Assim também seu outro argumento forte é que, se a própria sentença, prolatada contra a entidade pública está sujeita ao reexame obrigatório, como garantia do processo legal, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal (art. 475, CPC), a tutela antecipatória, concedendo o próprio direito pleiteado pelo autor, *através de simples decisão interlocutória*, com maior razão, não poderá ter força para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior que o próprio corpo (sentença).

Na esteira desse entendimento, vem a jurisprudência do nosso egrégio Tribunal de Justiça de Minas, que nos interessa mais de perto: “*Agravo de instrumento - IPTU - Tutela antecipada - Fazenda Pública. - A tutela antecipada contra a Fazenda Pública somente se justifica em casos especialíssimos, dada a dificuldade de execução da tutela concedida sem o reexame necessário da decisão*” (Ag. nº 000.179.862-8/00, 5ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. José Francisco Bueno, DJ, 11.05.00).

E mais: “*Tutela antecipada - Fazenda Pública - Impossibilidade. - Não se concede tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando presentes as restrições definidas na Lei 9.494/97. Precedentes dos Tribunais Superiores e, ainda por se tratar de medida que, se concedida, estaria sujeita ao reexame necessário, o que, certamente, retardaria o andamento do processo. Recurso provido*” (Ag. Instr. nº 000.170.176-2/00, 5ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Campos Oliveira, DJ, 24.02.00).

E ainda: “*Tutela antecipada - Fazenda Pública - Pagamento de vantagens - Inadmissibilidade. - Inadmissível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que importe pagamento antecipado de vantagens pecuniárias, ainda que relevantes as razões de direito. Inteligência do art. 1º da Lei nº 9.494/97*” (Ag. Instr. nº 000.183.844-0/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Páris Peixoto Pena, DJ, 20.06.00).

Concluindo, em síntese, essa respeitável corrente contrária à antecipação da tutela entende que esta é *incompatível* com os termos da mencionada Lei

9.494/97, com o reexame obrigatório (art. 475, CPC) e o sistema de precatórios (art. 100, CF).

Passemos, agora, a examinar a corrente *favorável* à antecipação da tutela contra a Fazenda.

Seu primeiro argumento é o princípio básico constitucional do art. 5º, XXXV, de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário *nenhuma lesão ou ameaça de direito* ou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Segundo essa corrente de opinião, o art. 5º, XXXV conteria um “*princípio-garantia fundamental*”, ao passo que o art. 100, *caput*, CF, conteria, apenas, uma norma de “*caráter procedimental*”, motivo pelo qual a preeminência deveria ser do primeiro dispositivo mencionado, isto é, sendo o art. 5º, XXXV, uma “*norma fundamental*”, o pagamento de quantia devida pela Fazenda Pública, no caso em estudo, poderia ser feito *sem* precatório-requisitório nos débitos de natureza alimentícia, pelo menos, que já gozam de preferência na ordem cronológica dos precatórios (art. 100, CF), mas, mesmo assim, demorada.

Para alguns autores, como a respeitável professora TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “*o art. 730 CPC (execução contra a Fazenda) tem de ser interpretado no conjunto e no contexto do atual CPC, inclusive à luz do art. 273, sendo, pois, a interlocutória que concede a antecipação apta a gerar a expedição do precatório. O recurso obtido ficaria, neste caso, à disposição do juízo (...)*”<sup>30</sup>. “*Ademais, a inclusão do art. 273 demonstra a opção do legislador, nitidamente, quanto à efetividade da Justiça, e não quanto à segurança, pelo menos quando se configurarem os pressupostos ensejadores de sua aplicação*”<sup>30</sup>.

Quanto à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, no caso, sabe-se que não é ele previsto em nossa Constituição, desde a República, embora disponha, claramente, sobre os órgãos do Poder Judiciário - os Tribunais - segundo grau de jurisdição - de competência originária e recursal.

Por isso, o citado mestre paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI argumenta que o dogma do duplo grau de jurisdição “*não é garantido constitucionalmente nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça. Mais importante que o duplo grau é o princípio que garante a todos o direito de acesso à Justiça, o qual tem como corolário, como já foi dito, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional*”.

<sup>30</sup> In WAMBIER, Luiz Rodrigues et alii. *Curso Avançado de Processo Civil*. p. 355.

E mais, baseado em lição do renomado Mauro Cappelletti: “*A melhor doutrina italiana sustenta, há muito, que o duplo grau reflete, historicamente, uma idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado, e que o princípio gera, na realidade, uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau*”.<sup>31</sup>

No meu entender, não deixam de ser argumentos simpáticos, de grande alcance social a serem reexaminados pelos legisladores a fim de se mitigar, pelo menos, o duplo grau para maior efetividade da tutela dos direitos básicos do cidadão, nos casos em exame.

Sabe-se que o inconformismo com a decisão *única* é manifestação comum do ser humano, desde a Antiguidade. Porém, deve ser voluntário, e não imposto pelo Estado.

Talvez, por isso, também surgiu a recentíssima Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, alterando o mencionado art. 475 CPC, ao dispor, no seu § 2º, que a sentença não está sujeita ao duplo grau, quando a condenação ou direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, e no § 3º também quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Outra vitória da antecipação da tutela é também a reforma do art. 520 do CPC pela mesma Lei 10.352/01, ao conferir só o efeito devolutivo da sentença, que “*confirmar a antecipação dos efeitos da tutela*” (item VII, art. 520), o que significa que poderá ser executada provisoriamente, mesmo em face da Fazenda, porque nada ressalvou, e mesmo porque a reforma está buscando a efetividade do processo.

Como se vê, já se está dessacralizando, suavizando o rigor do duplo grau, assim como reforma do CPC caminha para a sumarização (e, não, ordinarização) do processo, como exemplo os Juizados Especiais (que não possuem o duplo grau de jurisdição, propriamente) para a maior efetividade da Justiça.

Assim também caminha a jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça, só restrita aos termos da proibição da referida Lei 9.494/97, que é o pedido mais comum, mas *não é o único*, como se sabe: “*Tutela antecipada contra a Fazenda Pública - Possibilidade - Presença dos requisitos. - Há restrição à antecipação de tutela contra Fazenda Pública apenas quando se pretende obter vantagens financeiras ou econômicas que resultem em ônus imediato para a mesma.*

<sup>31</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. Obra citada. p. 208/209 e 214.

*Evidenciando-se os requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC, de forma inequívoca, é de se conceder a medida antecipatória*” (Ag. Instr. 000.183.708-7/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, DJ, 13.06.00).

No mesmo sentido: “*Tutela antecipada - Fazenda Pública. - Pode ser concedida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública desde que o provimento não vise à concessão de vantagens pecuniárias ou aumento dos vencimentos de servidores públicos*” (Ag. Instr. nº 000.181.732-9/00, 1ª Câm. Cível, TJMG, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, DJ, 02.05.00).

Também do Tribunal Regional Federal, 4ª Região: “*Antecipação da tutela - Fazenda Pública - Lei nº 9.494, de 1997. - É de se dar interpretação restritiva às normas que proibem o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Satisfeitos os requisitos do art. 273 do CPC, não se pode ter por proibida a concessão de medida antecipatória que assegure a fruição, por parte da viúva, companheira ou outro beneficiário, de benefício de pensão decorrente do falecimento de servidor militar*” (TRF 4ª R. - AI 2000.04.01.071132-6 - RS - 3ª T. - Rel. Juiz Teori Albino Zavascki - DJU, 18.04.2001 - p. 305).

Ainda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “*Processual Civil e Administrativo - Agravo de instrumento - Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública - Cabimento - Segurada - Auxílio-doença - Acidente de trabalho - Distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho - Dort - Fumus boni iuris e periculum in mora comprovados - Concessão de liminar. - 1. A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede da ação declaratória de constitucionalidade nº 04, não impede peremptoriamente a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, só havendo vedação nos casos específicos insculpidos na Lei nº 9.494/97, ou seja, quando dizem respeito a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento e extensão de vantagens, não se estendendo a ações em que o servidor público, litigando na condição de segurado, pleiteia a concessão de auxílio-doença. - 2. Restando comprovado o liame de causalidade entre a doença de que foi acometida a servidora (Dort) e o exercício da atividade laborativa (fumus boni iuris), somado ao evidente risco concreto, atual e iminente de progresso das lesões provocadas por seu ofício (periculum in mora), restam evidenciados os requisitos essenciais para concessão da liminar em medida cautelar. Conhecer e desprover. Unânime” (TJDF - AGI 20000020049155 - 1ª T. Civ. - Relª. Desª. Ana Maria Duarte Amarante - DJU, 09.05.01 - p. 16).*

Pelo exposto, queremos concluir: 1 - Com o mesmo entendimento da conceituada professora Tereza Arruda Alvim, na obra citada, de que a Lei 9.494/97 “*ao querer dificultar, impor óbice à concessão de antecipação da tutela contra a*

*Fazenda Pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida*, quais são, entre outros muitos casos, por exemplo, as concessões de auxílio doença ao servidor, benefícios de pensão por falecimento do titular, indenizações, em geral, por ato ilícito de servidor, pedido de suspensão de contribuição dos aposentados, de suspensão de exigibilidade de crédito tributário que não são aumento de vencimentos, mas, reparações de dano, verdadeiros alimentos, todos objetos de antecipação da tutela; 2 - Se a condenação ou o direito controvertido, no caso, for de valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, ou a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do STF, etc. (novos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC), não haverá o duplo grau, e a sentença, que o confirmar, poderá ser executada provisoriamente, segundo o novo item VII do art. 520 CPC; 3 - Já que foi mitigado o rigor do duplo grau, até com a execução provisória da sentença, possível será abolir ou acelerar o sistema dos precatórios, no caso, norma apenas procedimental, para “*não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*”, sob pena de se “*constituir ato atentatório ao exercício da jurisdição*”, segundo, também, a recente reforma do art. 14 do CPC e seu parágrafo único, pela Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001.

### 13 Recurso cabível da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada

O próprio Código, em seu art. 162, esclarece que “*os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos*”.

“*Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*” (§ 1º), do qual cabe apelação (art. 513).

“*Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*” (§ 2º), do qual cabe agravo (art. 522).

“*São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo*” (§ 3º), dos quais não cabe recurso algum (art. 504).

Sabido é que a decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela antecipada é interlocutória, porque resolve uma questão incidental, dentro do processo, sem pôr fim ao mesmo (e, portanto, cabe agravo de instrumento), e, embora antecipe ou negue a tutela jurisdicional, sabe-se que a medida é provisória, porque o processo prosseguirá até final julgamento, conforme determina o § 5º do mesmo art. 273.

Esse é o entendimento tranqüilo de todos os processualistas.

Basta citar o ensino de CÂNDIDO DINAMARCO: “*O ato judicial que concede ou nega a tutela antecipada é decisão interlocutória, e, não, sentença. Sequer seria necessária a explicitude do § 5º do art. 273, para saber-se que ‘concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento’.* Como decisão interlocutória que é (CPC, art. 162, § 2º) esse ato está sujeito ao recurso de agravo (art. 522), sendo manifesta a inutilidade do agravo retido nesse ato. O agravo de instrumento devolve ao Tribunal todas as questões relacionadas com a decisão de conceder ou negar a tutela antecipada - seja no tocante à legalidade, aos fatos, exame da prova, valoração ética etc”<sup>32</sup>

### 14 Conclusão

Pelo que procuramos *desenvolver* neste trabalho, forçoso é reconhecer e concluir que de nada adianta afirmar, retoricamente, que “*Justiça atrasada é uma injustiça*”, se os operadores do Direito - processualistas, juizes, promotores, advogados e serventuários - não tiverem a sensibilidade para perceber que a demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão, preservando, em seu patrimônio, o bem pleiteado em juízo pelo autor, em prejuízo deste.

Se esse réu for, então, o Estado, a Fazenda Pública, com prazos em quádruplo e em dobro, obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, precatórios - mais parecendo regime facista - o cidadão comum, até ver a sua pretensão concretamente *satisfeita*, já do objeto do pedido não tem as mesmas condições de usufruir, ou já morreu.

Por tudo isso, urge tirar bom proveito da mais importante reforma do Código, ultimamente, que é a antecipação da tutela, nos casos nela expressos, não podendo os juizes criar obstáculo ao interpretar o sentido da prova inequívoca, nem interpretarem o termo “*poderá*” como facultativo, mas como um dever-poder do juiz, como ainda incentivar as partes a ajuizar a cautelar específica no próprio processo principal, quando cabível, por medida também de economia e celeridade processual.

Também em face da Fazenda Pública é cabível a antecipação da tutela, conforme procuramos analisar.

Esperamos, enfim, com este trabalho simples, mas didático, ter contribuído de alguma forma, para o estudo mais profundo da polêmica matéria e para a efetividade do processo.

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido. Obra citada, p. 148.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da Reforma Processual*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 1. ed., v. 1, São Paulo: RT, 1999.

FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: São Paulo, 1999.

NERY, Nelson Júnior. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Novos perfis do Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

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

-:-:-