

A NATUREZA JURÍDICA DAS LIMINARES NAS AÇÕES ESPECIAIS: CAUTELARES OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Pós-Graduado em Direito Público

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo

Social Argentino

Professor de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito do Vale do

Rio Doce

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Medida cautelar – 3 Tutela antecipada – 3.1 Requisitos da antecipação da tutela – 3.1.1 Verossimilhança – 3.1.2 Prova inequívoca – 3.1.3 Fundado receio de dano e abuso de direito de defesa – 3.1.4 Irreversibilidade – 3.2 Recurso da decisão que aprecia a antecipação da tutela – 4 A Natureza jurídica das liminares nas ações especiais – 5 A Lei nº 10.444, de 07.05.2002 – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

É característica importante e de grande magnitude do Direito a similitude inerente a seus institutos. Essa propinquidade gerada pela similitude dos institutos desencadeia os mais frutíferos debates doutrinários entre os estudiosos, fato responsável pelo dinamismo do direito e pontificador da existência de verdade absoluta, ainda que abstrata, mas palpável após o exame acurado de cada situação.

Nesse contexto, aparecem a *medida cautelar* e a *tutela antecipada*, aparentemente muito semelhantes, porém, quando verificadas com detalhamento, apresentam distinções tais que justificam o seu posicionamento autônomo frente ao Estatuto Processual, a começar pela época da existência de ambos os institutos no contexto do Direito Judiciário. Com o advento da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, foi inserida a tutela antecipada no Código de Processo Civil – CPC, lei geral a alcançar, subsidiariamente, outros diplomas que, de forma específica, tratassem de processo.

Nada obstante, leis existiam, e existem, que, antes mesmo da aparição do instituto da tutela antecipada no direito pátrio, já possuíam previsão legal para, em sede de processo de conhecimento, dar ensejo à apreciação pelo ór-

ção judicial encarregado da apreciação de pedidos que, a título de assegurar a eficácia do próprio processo de conhecimento, detinham, de forma implícita ou não, determinado grau de satisfação que se desviavam da *mens legis* insculpida na norma.

Dessarte, pretender-se-á construir um juízo coerente a respeito da *natureza jurídica* das liminares nas ações cujos procedimentos estão insertos em diplomas legais extravagantes – mandado de segurança, ação civil pública e ação popular, sem olvidarmos a subsidiariedade que sofrem pela *lex generalis*, no afã de se construir limites claramente definidos entre as medidas cautelares e a tutela antecipada, não se deslembrando, outrossim, das rigorosas consequências que a opção por um dos institutos, no caso concreto, revela.

A despeito disso, mencionaremos, no particular, o advento da Lei nº 10.444, de 07.05.2002 que, setorialmente, modificou em vários pontos o *codex* processual civil, mormente com a admissão, em seara de cognição, de deferimento de medida cuja natureza é cautelar.¹

2 MEDIDA CAUTELAR

Não raro, sutil distinção entre institutos jurídicos causa confusão que não pode vingar.

É o que ocorre quando se fala em *ação cautelar*, *processo cautelar* e *medida cautelar*, pois muitas vezes estas três figuras são tratadas como sinônimas. Com o fito de melhor explanação, é importante notar que se trata de três significados jurídicos bem distintos e independentes, sendo o processo cautelar o *instrumento* de atuar a função jurisdicional, a ação cautelar o *direito* da parte de fazer atuar o processo e a medida cautelar é o ato em si de prevenção contra risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte no processo principal. Destarte, inicialmente extrai-se a conclusão parcial de que, em se tratando de medidas cautelares, elas são provimento eficazes de garantia do resultado prático do processo principal (CHIOVENDA, 2000, p. 331); têm, portanto, um caráter *instrumental* em relação ao processo a que estão servindo.

Pela instrumentalidade inerente a tais medidas, vislumbra-se flagrante dependência delas ao processo principal, embora conservem suas particularidades por estarem bem definidas quanto à sua existência, requisitos e características, como preconizado no Livro III do Código de Processo Civil de 1973.

¹ A despeito disso, pensamos que o jurista deve dar à norma jurídica interpretação consentânea com o seu tempo e espaço. Daí concordarmos com Câmara (2000, v. 1, p. 8-9) quando afirma: "O Direito Processual tem sua evolução científica dividida em três fases muito nítidas: a fase imanentista, a fase científica e a fase instrumentalista." Mais adiante, sobre a fase instrumentalista, continua o autor: "[...] Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça." [...]"

A função das medidas cautelares não consiste, portanto, em antecipar os efeitos do julgamento principal, ou melhor, não cabe a elas a *satisfação* prematura do direito material subjetivo em disputa no processo principal.

De outro lado, vale salientar que, como espécie de tutela de urgência, todas elas são revestidas pela *provisoriidade*, visto que a situação preservada por meio da medida cautelar não é definitiva e se destina a durar por um espaço temporal delimitado, de tal sorte que já surge com a previsão de seu fim. O momento final de duração da medida cautelar é marcado pelo provimento definitivo, pois, após o interregno temporal, não há mais a *necessidade* de buscar a segurança da realização da sentença final, agora já proferida.

Noutras situações, a precariedade das cautelares é antevista como nos casos de revogação, substituição e de cassação da medida, até mesmo antes do provimento final de conhecimento ou de execução. “As medidas cautelares, como ensinava Lopes da Costa, ‘são concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação’, de maneira que ‘o juiz resolve então *sic rebus stantibus*.’ ” (THEODORO JÚNIOR, 1998, v. 2, p. 365).

Todavia, essa modificação ou revogação não poderá se dar *ex officio*, ou por mero despacho, mas deverá obedecer ao procedimento cautelar comum, cabendo ao que sofreu a medida cautelar alegar e provar vicissitude nas circunstâncias fáticas. Não importando a subespécie a que se confortam – se nominadas ou inominadas – as medidas cautelares obedecem a requisitos claros e precisos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Cabe divisar que, no que concerne ao primeiro requisito exposto – *fumus boni iuris* – para sua incidência deverá aquele a quem aproveita provar tão-somente a *possibilidade* de seu pedido principal – ínsito no processo de mesma qualidade – ser suscetível de acolhimento. Daí volta-se a falar do caráter processual (instrumental) das medidas cautelares. Isso porque, sendo flagrantemente inviável o pedido principal, não há motivo para o deferimento da medida de segurança pleiteada. Para alguns doutrinadores, somente se verifica a ausência do elemento *fumus boni iuris* nos casos em que se configuraria a carência da ação ou a improcedência do pedido no mérito, *verbis*:

Somente é de cogitar da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que só inocorre o *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295). (THEODORO JÚNIOR, 1998, v. 2, p. 372).

Tal pensamento, acredita-se, é o que mais condiz com a fragilidade inerente a esse requisito, ou seja, quando não se exige a comprovação cabal da existência do direito, mas apenas cobra-se que o direito a ser protegido — objeto do processo que se pretende atribuir eficácia prática — tenha, dentro do mundo jurídico, um mínimo de viabilidade e figure no campo de êxito no momento da decisão final. Fala-se, pois, em possibilidade, ou, como a própria expressão traduzida expressa, em fumaça do direito.

O segundo e último requisito motivador da tutela de urgência da espécie cautelar é aquele que decorre da demora na prestação jurisdicional.

Trata-se do *periculum in mora* ou perigo de que venham a faltar circunstâncias viabilizadoras da tutela principal, isso em decorrência da espera pelo decorrer natural do processo principal.

Assim, a tutela cautelar será deferida quando, além de ser possível o direito alegado pela parte interessada, esteja presente seu receio justificado de ineficácia do provimento final em razão do momento tardio em que deva ocorrer.

3 TUTELA ANTECIPADA

Na antigüidade, houve o tempo em que os litígios surgidos entre pessoas eram resolvidos por elas mesmas ou pelo meio social no qual viviam. Isto se devia ao fato de não existir um Estado com poder político ou mesmo forte o suficiente para impor soluções às divergências de interesses.

Com a evolução da humanidade, surgiu o poder jurisdicional do Estado, ou seja, ele passou a dizer o direito frente a um conflito de interesses, não mais vigorando a chamada *justiça privada*. Com o crescimento maciço da sociedade, os países cujo Estado tem o monopólio da jurisdição, optam cada vez mais por medidas de minimização dos ritos processuais para fins de decisões mais eficazes e tempestivas. É nesse contexto que apareceram o julgamento antecipado da lide, o juizado para pequenas causas, as tutelas de urgência — medidas cautelares e antecipação da tutela —, objeto da presente análise.

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

antecipado. (ALVIM, 1996, p. 56).

Cronologicamente, o instituto da tutela antecipada surgiu em meio a um movimento organizado em meados do século XVII que visava à reforma do sistema processual até então vigente no Direito Positivo. Esta série de reformulações foi denominada *onda reformatória*.

A característica proeminente do Direito Processual até então era a de ser ele uma instrumentalização, ou seja, um simples agregado de regras para que se pudesse provocar o Estado por meio da propositura de ação.

O marasmo que cercava a prestação jurisdicional comprometia fosse realizado um julgado eficaz e justo, motivo pelo qual se fazia cada vez mais urgente pensar no Direito Processual, não apenas como *instrumento* do direito material, ele significaria o acesso à chamada ordem jurídica justa (DINAMARCO, 1996, p. 7).

Com efeito, o passar dos tempos e a complexidade das relações jurídicas surgidas na sociedade fizeram com que a sociedade exigisse uma jurisdição ainda mais adequada as suas atuais conjunturas, ou seja, o provimento jurisdicional, para obter eficácia, necessitava de *celeridade processual*, valorizando-se sobremaneira o *princípio da efetividade do processo*.

O passo inicial, após a mudança na forma de encarar o direito processual, era o de eliminar obstáculos que freavam os quatro pontos sensíveis daquele sistema: a) a possibilidade de ingresso em juízo; b) o modo de ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade, ou utilidade prática. Daí a explicação à enorme deficiência inerente aos julgados até então.

No Brasil, o Código de Processo Civil sofreu alterações muito sutis, na verdade minirreformas, relativas a alguns capítulos e reformulações em outros institutos.

As Leis nº 8.950, nº 8.951, nº 8.952, nº 8.953, todas de 13.12.1994, criaram os sulcos mais profundos introduzidos ao sistema processual brasileiro, representados: a) pelo trato dado à tutela jurisdicional em caso de obrigação de fazer ou de não fazer; b) pela abertura para antecipações satisfatórias mas provisórias, com base na probabilidade razoável e cuidado com a situação do demandado; c) pela aproximação do juiz à causa na audiência preliminar, com ênfase ao empenho em conciliar os litigantes.

Foi nesse contexto, portanto, que apareceu a tutela antecipada, criada pela Lei nº 8.952/94 e contida em pelo menos três artigos do CPC (arts. 273, I, II, 461 e 899, § 1º). Sua natureza é a mesma da tutela que poderá ser outorgada ao final do processo, sendo, no entanto, uma tutela provisória. Dessa maneira, por meio deste instituto elimina-se a espera pela cognição exauriente.

Portanto, em busca da maior celeridade ao processo, o legislador uti-

lizou-se da *cognição sumária*, tanto em processos sumários em geral, como em ações especiais de cognição exauriente, como é o caso: a) da ação possessória (arts. 928 e 929 do CPC); b) ação de nunciação de obra nova (art. 937 do CPC); c) ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio (art. 1071 do CPC); d) ação de embargos de terceiro (art. 1051 do CPC); e) ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia (art. 3º do Decreto-Lei nº 911, de 01.10.1969); f) ação de mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951); g) ação de desapropriação (art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941); h) ação popular (art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 29.06.1965); i) ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347, de 24.07.1985); j) tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.

O fato é que as mudanças trazidas pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela ao Direito Processual Civil foram tais a ponto de promoverem o que para muitos seria o naufrágio do processo de conhecimento e seu corolário natural, o procedimento comum, quando o § 3º do art. 273 do CPC prevê a execução da tutela antecipada *dentro do próprio processo de conhecimento*, nos moldes da Execução Provisória da sentença condenatória.

Desse apanhado histórico que envolve o instituto da tutela antecipada pode-se extrair que ela é aplicável a quase todas as ações de procedimento ordinário, incidindo também nos feitos de procedimento especial de jurisdição contenciosa, regulamentadas no CPC, como naquelas ações disciplinadas por leis especiais, como é o caso das ações objeto do trabalho em apresentação.

3.1 Requisitos da antecipação da tutela

O *caput* do art. 273 do CPC, seus parágrafos e incisos, prevêem que a tutela antecipada total ou parcialmente em relação à antecipação dos efeitos da sentença de mérito dependerá de alguns requisitos essenciais. Eles se resumem em cinco: a) prova inequívoca da alegação do autor; b) juízo de verossimilhança por parte do juiz em relação ao alegado pelo autor; c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; d) abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; e) a possibilidade de reversibilidade do provimento antecipado.

A importância em interpretar as entrelinhas que envolvem esses requisitos é tal que a mera especulação a respeito do significado de cada um deles leva ao despropósito da aplicação desta tutela de urgência.

3.1.1 Verossimilhança

É mais prudente que se inicie por tecer comentários a respeito do juízo

de verossimilhança do que propriamente sobre prova inequívoca, exigência que, apesar de figurar anteriormente aquela no art. 273 do CPC, está a tal ponto ligada a esse juízo que convém clarear um pouco mais a respeito dessa concepção.

A interpretação acerca da expressão *verossimilhança* envolve inúmeras divergências, principalmente no seio da doutrina italiana donde advieram as primeiras noções da palavra.

Inicialmente, parece ser a *aparência da verdade* a primeira visão que se conhece a esse respeito, pois no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verisimile*), que significa *semelhante à verdade; que tem a aparência da verdade; que não repugna à verdade; provável*.

Outros estudiosos vêem a palavra como uma *mera aparência do direito*, a credibilidade e o *fumus boni iuris* das medidas cautelares.

Para muitos, a incidência do juízo de verossimilhança é dirigida não sobre o fato em si, senão sobre a afirmação do fato, ou seja, sobre a alegação proveniente da parte disposta a prová-lo (o fato) e afirmar como historicamente ocorreu.

No particular, pensamos que a tese mais aceitável é aquela segundo a qual verossímil seria, então, a *aparência da verdade*, salientando que, para algo aparentar à verdade não basta a simples condição de possibilidade, sendo exigido algo mais, ou seja, um motivo capaz de levar a crer que se está na frente de uma verdade. É o *parecer verdade* em que reside o perfil e a perspectiva da verdade real que se chama verossimilhança. Frise-se, a perspectiva de verdade.

Malatesta² fora buscar no juízo de probabilidade os elementos formadores de convicção, afirmando que existem probabilidades *máximas*, próximas do probabilíssimo; probabilidades *médias*, que seriam o provável, às secas; e uma probabilidade *mínima*, que seria a *verossimilhança*. Nesta oportunidade é cabível notar que o Código de Processo Civil, na reforma que se vinha empreendendo, utilizava o conceito de *verossimilhança*, para permitir a *tutela antecipada* do direito, ocasião em que se percebe a falta de lógica se o legislador o tivesse utilizado no sentido de uma probabilidade mínima, no sentido malatestiano. Dessarte, “[...] a verossimilhança está, ainda, no âmbito cível, por ser graduada, e o será, por certo, após a aprovação das reformas, pela doutrina e pela jurisprudência. Chegou, portanto, o momento de enfrentar o assunto.” (ALVIM, 1996, p. 57).

O fato é que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor e continuará a depender do de cada juiz no momento de decidir

² MALATESTA, Nicola Framarino dei (apud ALVIM, 1996, p. 59).

sobre o pedido de antecipação de tutela. “O que é verossímil para um pode não ser para outro, dependendo do grau de percepção individual.” (ALVIM, 1996, p. 60).

O possível, o verossímil e o provável, aparentemente são sinônimos, mas são palavras distintas e a tarefa de distingui-las é bastante árdua. O que é verossímil está mais próximo de ser verdadeiro do que o simplesmente possível e, por sua vez, menos verídico em relação ao provável de acordo com o pensamento de Calamandrei:³ Para ele, “possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem a aparência de ser verdadeiro; provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro.”

É também sob o aspecto etimológico que Malatesta encara a expressão *verossimilhança* como a primeira graduação da probabilidade, tendo em vista ser preciso ir além do simples *possível* para justificar o dito *alegação verossímil* (semelhante à *verossimilhança*).

A constatação da verossimilhança, para efeitos de antecipação da tutela, dependerá, necessariamente, do juízo de delibação, qual seja, uma valoração de fatos e direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, influenciado pela natureza do fato, pela espécie de prova ou orientação jurisprudencial. Nesse ponto, o perfil da verossimilhança está envolvido pela probabilidade, mas não a de grau mínimo, como sugere Malatesta.

O ideal seria a construção de uma probabilidade suficiente para o juiz crer que o alegado pela parte será por ele acolhido caso não ocorra nenhum imprevisto durante o decorrer do processo, o que denota um grau máximo de probabilidade a caracterizar o juízo de verossimilhança.

Eis, portanto, o entendimento mais lógico, apurado e de acordo com o sentido desejado pelo legislador no momento de pensar num juízo verossímil capaz de, juntamente com os demais requisitos, motivar a antecipação dos efeitos do provimento final. A verossimilhança é a aparência da verdade, é a probabilidade de que a alegação do autor venha a ser confirmada pela decisão final. Trata-se de um juízo inferior ao da certeza, porém é, de certo, muito mais graduado do que o da simples *fumaça* relativa ao *fumus boni iuris* das cautelares.

3.1.2 Prova inequívoca

É de suma importância, para fins de melhor entendimento e aplicação da tutela antecipada, chegar-se a um juízo ponderável a respeito do que vem a ser *prova inequívoca*, que, pela leitura, está intimamente ligado ao juízo de verossimilhança do juiz.

³ CALAMANDREI, Piero (apud ALVIM, 1996, p. 59).

E é exatamente em decorrência dessa ligação que surgem variados posicionamentos quando explanado tal assunto.

É fundamental destacar que *prova inequívoca*, exigida como um dos pressupostos para a antecipação dos efeitos da sentença final, não diz respeito ao direito do autor; ao revés, diz respeito apenas às alegações deste, como a leitura do preceptivo legal clarifica.

Deve-se frisar, lado outro, que *prova inequívoca* não é o mesmo que *fumus boni iuris* ínsito nas medidas cautelares. Este parece ser, no entanto, um entendimento unânime entre aqueles que encaram a tutela antecipada com total autonomia de valores em relação às providências cautelares.

Para alguns, a chamada *prova inequívoca* é um termo utilizado para fazer menção às provas que independem de constatação pericial e oral, para que fique demonstrada de forma cabal a justeza da pretensão, bastando, assim, a prova documental – pré-constituída – que instrui a inicial.

A despeito da controvérsia, estamos que, em verdade, a nomenclatura *inequívoca* não é apropriada para fins de tutela antecipada, eis que a qualidade de *inequívoca* advém da prova que dá supedâneo à certeza ínsita na decisão de mérito final. Mesmo porque a verossimilhança deve ser analisada em face dos fatos sobre os quais incidem as provas. Portanto, conveniente seria a menção a provas que denotem verossimilhança, donde advém a trilogia *alegação, fato e prova*, todos sob o pálio da *aparência do direito*.

Será mais acertado e condizente à finalidade precípua da antecipação tutelar encarar a *prova inequívoca* como um adendo ao alegado pelo autor, com vistas a alcançar o juízo da verossimilhança das alegações apresentadas.

Um juízo baseado em *prova inequívoca*, de acordo com o preceituado no art. 273, *caput*, do CPC, é bem mais graduado quanto à verdade das alegações a que se referem ditas provas do que um juízo sustentado por uma simples *fumaça*, ou seja, pelo *fumus boni iuris*.

A exigência de *prova inequívoca* significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Concluo, portanto, que a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir à certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente sendo a verossimilhança. (PASSOS)⁴

Em conclusão, podemos asseverar que a prova inequívoca não pode

⁴ PASSOS, J. J. Calmon de (apud TEIXEIRA, 1996, p. 191-192).

conduzir à certeza inerente a decisões finais de mérito. Nada obstante, possui um grau de convencimento superior àquela utilizada na comprovação do *fumus boni iuris*, sendo, pois, um *plus* em relação a este.

3.1.3 Fundado receio de dano e abuso de direito de defesa

Demais do juízo de verossimilhança das alegações baseadas em prova inequívoca, a antecipação de tutela exige o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* ou o *abuso de direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu* correspondentes, respectivamente, aos incisos I e II do art. 273 do CPC.

No que concerne ao primeiro, há uma tendência a equipará-lo com a *lesão grave e de difícil reparação* das medidas cautelares estabelecidas pelo art. 798 do CPC. A expressão *fundado receio*, em se tratando de tutela antecipada, subteme um temor justificado que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva, tal qual ocorre em sede cautelar.

Quanto ao segundo requisito, o direito processual, tanto quanto o material, comporta abusos, sendo que o cometido no processo é até mais pernicioso se comparado ao perpetrado em face do próprio direito, pois, além de atingir as partes, afeta o Estado na sua tarefa de distribuidor da justiça, dando ensejo, entre outros, à morosidade da prestação jurisdicional.

O *abuso do direito de defesa* caracteriza-se, portanto, pelo exercício temerário de resistência sem fundamentação à pretensão posta em juízo.

O que se divisa, desse modo, é a ausência de plausividade da defesa apresentada, pois a parte está abusando do direito de resistir, ou possui característica procrastinatória, ainda que originariamente plausível.

Haverá abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência se firmar em determinado sentido, nas Cortes Superiores de Justiça, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insista em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografadas, xerografadas etc.), o direito do autor, com o único propósito de retardar a prolação da sentença de mérito. (ALVIM, 1996, p. 72-73).

No entender de alguns juristas, a expressão *manifesto propósito protelatório do réu* é munida de falha, pois desprovida de lógica seria a antecipação tutelar por estar o réu *projetando*, no plano das idéias, estender o proces-

so. O correto, para esses juristas, seria que o réu estivesse *praticando* atos que estivessem potencialmente propícios a delongar o andamento processual. A expressão *propósito do réu* trazida na legislação, para os que comungam esse entendimento, não condiz com a intenção do legislador, pois não se poderia punir a mera intenção do réu, sem que houvesse um ato específico que a exteriorizasse. 'Analisa-se a situação do autor e, exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, concluir-se pela necessidade ou não da antecipação e essa necessidade só se verificará quando houver o fundado receio de que danos ocorrerão.' (PASSOS)⁵

3.1.4 Irreversibilidade

É sabido que a antecipação da tutela, nos moldes como exposta na legislação processual brasileira, empresta executóriedade à decisão que a deferre. Destarte, a execução da tutela antecipada se verificará de acordo com os incisos II e III do art. 588 do CPC, relativos às execuções provisórias.

Tendo em vista o caráter provisório da execução, seria inconcebível antecipar efeitos da sentença definitiva quando implicasse, de maneira irreversível, a perda de um bem ou de um direito da parte contra a qual se pleiteia a tutela antecipação.

Visando evitar danos irreversíveis à parte decorrente da antecipação tutelar, o legislador entendeu por bem mencionar que "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado." (art. 273, § 2º, do CPC). O mais acertado, porém, é ler-se *irreversibilidade dos efeitos*, pois, o provimento, enquanto decisão provisória, será sempre reversível, visto que é revogável, embora possa, no plano fático, produzir reflexos irreversíveis. É neste último aspecto que deverá ser interpretado o referido dispositivo legal. Dessa forma, a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada constitui o quinto requisito identificado na redação legal supracitada.

Nesse sentido, parece ser recomendável ao julgador analisar cada caso concreto para que, se cassada a medida antecipatória quando proferida a sentença final, seja possível voltar à mesma situação fática vigente antes da liminar de antecipação. Portanto, o temor de que o prejuízo decorrente de uma antecipação tutelar não possa ser superado, constitui um limite para que seja atendido o pedido de tutela antecipada.

Muitos doutrinadores italianos imaginavam que a única forma de se evitar a irreversibilidade do prejuízo era a antecipação de apenas parte dos

⁵ PASSOS, J. J. Calmon de (apud TEIXEIRA, 1996, p. 198).

efeitos da sentença de mérito, evitando, deste modo, a satisfação integral da pretensão, mas a jurisprudência orientou-se posteriormente em sentido contrário, sendo, hoje, unânime em admitir a antecipação também total dos previsíveis efeitos da sentença de mérito.

No Brasil, o mesmo ocorre:

PROCESSUAL — CONTRATO DE LEASING INDEXADO NA VARIAÇÃO CAMBIAL — AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL — PRETENSÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS CORRIGIDAS PELO INPC EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA — 1. É notório que a mudança do regime cambial trouxe profunda modificação nas relações contratuais em que o pagamento das obrigações pecuniárias era indexado ao valor da moeda norte-americana, daí decorrendo situações em que o pagamento se tornava excessivamente oneroso para o devedor. 2. Em decorrência desse fato, as autoridades financeiras têm procurado estabelecer mecanismos de forma a diluir o impacto dessa modificação cambial, atentas aos aspectos sociais que não podem ser ignorados. 3. Dessa forma, se apresenta razoável que se conceda a tutela antecipada parcial, facultando ao devedor o depósito das prestações vincendas, corrigidas pelo INPC até que seja julgada definitivamente a lide, não existindo o perigo da irreversibilidade da medida, pois que, se improcedente o pedido, poderá o credor exercer seus direitos em total plenitude. 4. Agravo provido. (RIO DE JANEIRO, 1999).

O entendimento mais coerente com a abordagem almejada pelo legislador ao traçar tal limitação ao instituto é o de que a *irreversibilidade* implica uma avaliação da natureza e circunstâncias do caso em questão:

Pense-se na hipótese de que para salvar a vida do paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Ninguém porá em dúvida que o provimento será, no caso, irreversível — aliás ‘irreversibilíssimo’ — admitindo, quando muito, a substituição da perna amputada por uma mecânica. Mas ninguém negará também que, para salvar uma vida, não se deva, ante o disposto no § 2º do art. 273 do Código

de Processo Civil, amputar uma perna pelo simples fato de que essa amputação possa, na sentença final, revelar-se precipitada. (ALVIM, 1996, p. 74).

O caso em questão revela duas perspectivas que levam à possibilidade ou não do deferimento da tutela antecipada. No âmbito do ordenamento jurídico, graças aos diferentes valores atribuídos aos bens jurídicos, é que se dá a flexibilização do conceito de irreversibilidade. Neste caso, o bem da vida, muito mais valioso do que o motivo que levaria à não retirada do membro inferior, motivaria a grande maioria dos juízes a deferir a antecipação tutelar. Isso é o que ocorre no aspecto da praticidade cotidiana dos Tribunais.

Tecnicamente, entretanto, o instituto da tutela antecipada, parece-nos, não poderia ser aplicado ao caso em questão, já que se trata de um ato irreversível para a pessoa que se submeterá à perda de um membro, principalmente se, ao fim do processo, verificar-se a desnecessidade da medida.

De qualquer forma, ainda que o juiz tenha em mente a correta noção acerca da irreversibilidade como requisito para a concessão da antecipação da tutela pretendida, verificá-la não é questão de todo óbvia, a ponto de inexigir uma certa ponderação de sua parte.

A esse respeito, o entendimento geral é por não admitir a reversibilidade por perdas e danos, a não ser que esteja em questão a *sobrevivência da pretensão do autor*.

Como regra geral a reversibilidade não deverá ser a solução de perdas e danos, ao depois da decisão (sentença ou acórdão) em que se venha a cassar a tutela antecipatória. No entanto, em casos extremos, de perecimento da pretensão do autor, ou de dano que só com a antecipação da tutela pode ser evitado, a solução que poderá corretamente vir a ser adotada é a de resolver-se o assunto até assumindo o risco das perdas e danos. A reversibilidade por perdas e danos – e a lei não explicita o que entende por reversível – é uma solução possível, mas só deve ser assumida naqueles casos em que isso seja necessário à sobrevivência da pretensão do autor. (ALVIM, 1996, p. 90).

Conclui-se que, em casos como esse, em que a irreversibilidade seja apenas pecuniária, é perfeitamente ponderável a atitude do juiz que defere a antecipação mediante caução idônea do autor (art. 588, II, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.444/2002).

Não se pode negar, como é fácil divisar sobre todos os requisitos

supracitados, a complexidade em se restringir o alcance dos conceitos de expressões e termos excessivamente vagos, tais como: *prova inequívoca*; *verossimilhança*; *dano irreparável ou de difícil reparação*; *irreversibilidade*.

3.2 Recurso da decisão que aprecia a antecipação da tutela

Há quem entenda que o exame da tutela antecipada implica a análise do mérito da causa. O recurso cabível, neste sentido, seria o de apelação. “Destarte, a decisão que antecipa a tutela está sujeita a reexame. Por que meio? Será sempre decisão que analisa o mérito e, no meu entendimento, como mesmo grau de cognição que autoriza a decisão definitiva, da qual cabe recurso de apelação.” (ALVIM, 1996, p. 206).

Todavia, seguindo a ótica de que no Direito brasileiro o que importa para efeito de recurso é a *repercussão na dinâmica do processo* e não a natureza da decisão (que lhe parece mais correta), chegou-se à conclusão, a meu ver correta, de que a decisão que aprecia o pedido de antecipação de tutela não exaure o ofício jurisdicional do magistrado.

Dessarte, nada mais correto afirmar, com a ampla maioria dos doutos, que o recurso que desafia a decisão que defere ou não a antecipação de tutela – por se tratar de decisão interlocutória – é o agravo.

E assim não poderia ser de outra maneira, tendo em vista que a decisão que aprecia o pedido antecipatório não extingue a relação jurídica processual.

Ademais, sendo lícito o requerimento perante o tribunal exercente do segundo grau de jurisdição, a mim me parece que pessoa alguma teria a coragem de asseverar ser a decisão aí proferida uma sentença.

4 A NATUREZA JURÍDICA DAS LIMINARES NAS AÇÕES ESPECIAIS

O mandado de segurança é um *remédio constitucional*, com natureza de ação civil de rito especial, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou dos que lhe façam as vezes (agentes da pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público). Daí entender-se a sua classificação como sendo um remédio heróico, ou seja, um meio de que dispõem aqueles detentores de um direito líquido e certo, de sanar, corrigir a ilegalidade ou o abuso de poder.

Ele se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1934, momento do surgimento da normatividade constitucional dos direitos sociais, sendo regulamentado pela Lei nº 1.533/51.

Como o mandado de segurança, a ação popular, por outro lado, é um

remédio constitucional originário do Direito romano. Possui tal nomenclatura por ser atribuída ao povo, ou a uma parcela dele, a legitimidade para pleiteá-la, visando interesses da coletividade; assim, ela visa à defesa da coisa pública, assim como da moralidade administrativa. É, em resumo, o meio de que se investe qualquer cidadão para exercer um poder político.

Tratando-se de um instrumento de participação política em benefício do povo, é ação civil por meio da qual é buscada a tutela jurisdicional visando obter a nulidade de atos que sejam lesivos ao patrimônio público ou entidade com participação do estado, à moralidade da administração, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A sua regulamentação infraconstitucional acha-se a cargo da Lei nº 4.717/85, cabendo observar que se trata de uma lei anterior à Constituição Federal de 1967 e à Emenda à Constitucional nº 1 de 1969, motivo pelo qual deverá ser entendida à luz da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIII), que lhe majorou o objeto.

Por fim, temos a ação civil pública, instrumento utilizado para dirimir ou mesmo impedir danos que afetem o meio ambiente, os bens e direitos de valor cultural e histórico, consumidor e quaisquer outros interesses de característica difusa ou coletiva.

Apesar de seu surgimento ter se dado pela Lei nº 7.347/85, seu campo de incidência e os interesses por ela defendidos sofreram extensão significativa pela Lei nº 8.078, de 11.09.1990, correspondente ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. A partir de então, a ação civil pública passou a abranger interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

A respeito da previsão de liminar no *writ*, o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51 prevê:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará :

II – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Também encontra-se permitida a concessão de liminar na ação popular. Destarte, a Lei nº 4.717/65, em seu art. 5º, § 4º, prevê: “Na defesa do patrimônio público caberá suspensão liminar do ato lesivo impugnado.”

Finalmente, a liminar está, da mesma forma, prevista na ação civil

pública, Lei nº 7.347/85, no art. 12: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”

Com relação à natureza das liminares relativas às ações acima mencionadas, já foi dito *supra* que, antes da reforma do Código de Processo Civil de 1994, o único caminho viável de aceleração dos processos como método de preservação dos direitos ameaçados pela delonga processual era o das medidas cautelares. Assim, muitas vezes, essas medidas exerciam função diversa da que lhes fora reservada pelo legislador, ou seja, o papel de guardiães da eficácia do processo principal era dissipado pela satisfatividade que passavam a conceder dentro do processo.

Assim, não poderia ocorrer de forma divergente com relação às liminares, particularmente, as concedidas dentro de tais ações especiais, que, não obstante terem natureza de ações de cognição, possuíam medidas de natureza cautelar no seu processo, por força de expressa previsão legal. Esse o entendimento de Meirelles (1996), em sua obra dedicada a essas ações.

Consoante, portanto, os dizeres da lei de regência do *mandamus*, a concessão da medida liminar poderá ser concedida quando: a) forem relevantes os fundamentos da impetração e b) do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial. Eis, portanto, os dois pressupostos autorizadores da admissão das liminares, aos quais Meirelles (1996, p. 58) denomina *fumus boni iuris e periculum in mora*, e vai além, afirmando incisivamente que “[...] A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante [...].”

Num primeiro momento, tenciona descartar a possibilidade de se admitir a natureza antecipatória dos efeitos da sentença final para as medidas liminares. Seriam, portanto, de natureza cautelar, chegando-se, pois, à resposta total do problema levantado, já que as previsões de liminares para as demais ações – ação civil pública e ação popular – estão em conformidade com a que faz a lei mandamental: “Nosso Anteprojeto era sintético e propunha um rito especial assemelhado ao do mandado de segurança.”

É de se esperar que o doutrinador tenha o entendimento acima referido, pois à época em que escreveu acerca desse assunto não existia ainda a figura da tutela antecipada.

Ainda assim, analisando o entendimento do jurista, facilmente vislumbra-se que, em momento algum, há impossibilidade em se entender como antecipatória a natureza jurídica de tais liminares.

Sabe-se que a medida liminar mandamental tem o intuito de suspender provisoriamente os efeitos do ato impugnado. Esse termo *suspender* deve ser entendido no sentido de que, com a medida liminar, aquele ato impugnado pelo mandado de segurança não terá eficácia, ainda que provisória, pois algu-

mas medidas (que no início seriam apenas de natureza cautelar) deferidas pelo magistrado impedem que o ato venha causar danos irreversíveis ao autor da impugnação.

Quanto aos requisitos autorizadores do deferimento das liminares, não poderiam ser interpretados como sendo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, de forma incondicional, tendo em vista que os próprios requisitos fundamentadores da ação mandamental (direito líquido e certo), denotam certeza muito maior que a de simples *fumaça* do direito alegado, o que permite o cabimento de um conceito de probabilidade, ou melhor, de verossimilhança, um dos elementos necessários para fundamentar o pedido de antecipação da tutela. Quanto ao perigo da demora, capaz de gerar a ineficácia da ordem judicial, aqui também encontra-se respaldo no inciso I do art. 273 do CPC, “[...] fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;” decorrente, também, da espera pela decisão final.

Portanto, não há nada que impossibilite, no aspecto formal, a afirmação de ser cautelar ou antecipatória dos efeitos da decisão final a natureza das respectivas liminares.

A partir desse apanhado de argumentos em torno da possibilidade de se obter uma liminar de natureza antecipatória, chega-se à pergunta natural: qual seria o elemento norteador para o enquadramento juridicamente correto da natureza das liminares aqui sob comento no caso concreto?

É este, especificadamente, o *punctum dolens* no qual se pretende jogar ares de clareza por haver profundo desvio de perspectiva por parte de doutrinadores e tribunais.

É cediço que o pedido é o núcleo da demanda deduzida em juízo, exprimindo tudo o que o autor pretende do Estado em relação ao réu. Dessa forma, faz-se mister acolhê-lo como critério diferenciador, no caso concreto, para se perquirir sobre a natureza jurídica das liminares citadas.

Dessarte, quando a parte propõe demanda mandamental, coletiva ou popular e requer ao magistrado – além do definitivo – um *decisum* liminar, cabe perquirir, no afã de se revelar a sua natureza jurídica, se os pedidos (principal e liminar) são coincidentes em conteúdo.

Dessa forma, a impetração, *e. g.*, de um *writ of mandamus* cujo pedido principal é tão-somente efetivar matrícula que foi obstada por ato ilegal do respectivo Reitor de Universidade e perfaz pedido liminar de conteúdo coincidente em razão da iminente expiração do prazo para aquele ato de inscrição.

Ambos os pedidos – liminar e principal – são coincidentes em conteúdo. Há perfeita identidade de núcleos, tanto no pedido principal quanto no liminar.

Havendo essa conformidade, no tocante ao pedido liminar, estamos frente a um pedido de antecipação de tutela, e, não, como se poderia imaginar,

de uma providência cautelar, visto que, à luz da completa identidade existente entre os pedidos, o magistrado, ao conceder a liminar, estará, na realidade, antecipando os efeitos da tutela pretendida a final.

A outro giro, nessa mesma hipótese, caso o pedido liminar vise à consecução de medida que em nada se identifique diretamente com o conteúdo do pedido principal formulado na demanda e se restrinja tão-só a assegurar a eficácia prática do processo na qual está inserida, tratar-se-á de mera medida cautelar.

É o que ocorre também na ação popular, bem como na ação civil pública.

Portanto, já que há condições formais de se admitir que as liminares da ação civil pública, da ação popular ou do mandado de segurança assumam a natureza de tutela antecipada, tampouco há impossibilidade do mesmo ocorrer na prática.

Reside, portanto, a relevância teórico-prática da distinção no fato de que, ao se deparar com tais pedidos liminares, o magistrado deverá perquirir sobre a coincidência ou não entre aqueles e o pedido principal para ter ciência de quais os requisitos, da antecipação de tutela ou das cautelares, que o requerente da medida deverá cumprir e que obrigatoriamente passarão pelo crivo judicial.

Cabe ressaltar ainda que, dependendo da natureza jurídica encontrada na liminar, caberá ou não recurso da decisão que a aprecia, no concernente ao mandado de segurança, em particular.

Tais consectários, decorrentes de ser a liminar antecipatória dos efeitos do provimento final ou garantidora do resultado prático do processo, recaem não só na parte que pleiteia a medida liminar mas também e, principalmente, sobre a ótica do magistrado em analisar o processo, pois, tratando-se de liminar com caráter antecipatório da tutela, este terá de, com base nas provas constantes nos autos, formar um juízo de verossimilhança, significando que é muito provável que o alegado pela parte seja acolhido por ele no provimento final; do contrário, caso tenha em mãos uma pretensão liminar distinta do pretendido de forma principal na demanda, o que caracterizaria a medida cautelar, será suficiente que o juiz vislumbre mera possibilidade de que o alegado pelo autor venha a ser confirmado pela sentença final. São dois juízos de convencimento divergentes em conteúdo e grau e que implicam grandes conseqüências tanto no aspecto teórico quanto no prático.

Nada obstante, os tribunais não vêm fazendo quaisquer distinções,

asseverando, reiteradamente, que se faz mister tão-somente para o deferimento da liminar nas ações especiais a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REVOGAÇÃO DE LIMINAR – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA DE EFEITO TERATOLÓGICO EMANADO DO ATO DITO ILEGAL, *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO CARACTERIZADO. I – Inexistindo direito líquido e certo, os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora* ou efeito teratológico eventualmente emanado do ato dito ilegal, não há como lançar mão do *writ*, até porque tal não se coloca como sucedâneo de recurso próprio. Precedentes do STJ. II – Recurso improvido. (BRASIL, 2000a).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR INDEFERIDA – PARALISAÇÃO DE OBRA CONSTRUÍDA EM CONJUNTO ARQUITETÔNICO TOMBADO – EMBARGO ADMINISTRATIVO NÃO ACATADO – ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA – *PERICULUM IN MORA* AUSENTE – PREJUDICIALIDADE AGRAVO – I. Não merece censura a decisão judicial que, à vista dos elementos constantes dos autos, conclui pela ausência de razoabilidade nos fundamentos que embasam o ato da Administração (embargo administrativo). Ilegalidade da obra não evidenciada, em juízo de cognição sumária. II. Não se faz presente, igualmente, na espécie, o alegado *periculum in mora*, quando decorridos seis anos do início da construção da obra impugnada, provavelmente já concluída, de altíssima relevância social (construção de uma rampa de atracamento, para barcos, no Cais do Porto de Jacaré – Alcântara/MA). [...] IV. Recurso julgado prejudicado. (BRASIL, 2000b).

Como visto, sem uma análise mais profunda sobre a identidade do pedido liminar em relação ao pedido principal, os Tribunais, ora facilitam – na hipótese de ser antecipação da tutela e serem exigidos os requisitos da medida

cautelar – ora obstam o deferimento de liminar de natureza cautelar ao argumento de não estarem presentes os requisitos da tutela antecipatória.

5 A LEI Nº 10.444, DE 07.05.2002

O legislador ordinário, prosseguindo no escopo de reforma do Código de Processo Civil, imbuído, como já afirmado, do sentimento de efetividade que o processo deverá ter hodiernamente, trouxe à lume a Lei nº 10.444/2002 que modificou um número significativo de dispositivos do estatuto processual.

Por se tratar de reforma operada na lei processual geral, importa reconhecer sua aplicabilidade subsidiária às ações especiais aqui sob comentário.

Nesta esteira, a citada lei reformadora inseriu dois parágrafos (entre outras coisas), antes inexistentes, ao art. 273 do CPC, que trata da antecipação dos efeitos da tutela.

No que interessa ao presente trabalho, é de se tecer comentários à modificação operada no § 7º do art. 273 do CPC, do seguinte teor:

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

Pela simples leitura do novo parágrafo percebe-se facilmente sua obscuridade, deixando dúvidas sobre o proceder do magistrado quando ocorrente a hipótese ali exposta.

Ao autorizar o juiz a deferir medida cautelar – presentes os respectivos requisitos – em caráter incidental ao processo ajuizado, quis o legislador que fosse permitida a instauração de ação cautelar incidental, ou seja, aquela proposta quando já em curso a demanda principal ou que o pedido liminar de natureza cautelar fosse apreciado no bojo dos próprios autos do processo de conhecimento em curso, tal qual ocorre com as liminares previstas nas leis especiais *sub examen*?

A despeito da letra da lei levar à conclusão, *prima facie*, de que o magistrado deva autuar em separado cópia da petição inicial dando ensejo à nova relação jurídica processual, desta vez de caráter cautelar, estamos que tal pedido liminar – que contenha natureza cautelar – deve ser apreciado nos próprios autos do processo principal de conhecimento em que foi requerido. Isso

porque os princípios da celeridade, efetividade, economia processual, entre outros, aconselham. E, ademais, como asseverado, nada obsta, nas ações especiais aqui sob comentário, que, apreciando a coincidência ou não do pedido liminar ao principal, o juiz aprecie, proferindo decisão, a demanda liminar, presentes os respectivos requisitos.

Não é crível, ainda, que o legislador quisesse, ao menos no que toca às ações especiais, a instauração de novo processo, desta vez de natureza cautelar, aumentando e muito o número de feitos nos tribunais, haja vista que a reforma do CPC se faz imbuída do sentimento de instrumentalização processual.

Além disso, no que diz respeito à ação civil pública, ação popular e ao mandado de segurança, há previsão legal autorizando o pedido liminar – como de resto para qualquer ação de cognição com fulcro no art. 273 do CPC – cuja natureza não importa para o desenvolvimento regular da relação jurídica processual, senão para a análise dos requisitos incidentes.

Nada obsta, portanto, e, ao revés, tudo aconselha, que, mesmo possuindo caráter cautelar o pedido liminar, não seja criada outra relação jurídica processual, de conteúdo cautelar, podendo – e até mesmo devendo – o magistrado analisá-lo nos próprios autos do processo de conhecimento, discernindo, apenas, quanto aos requisitos aplicáveis ao referido pedido.

6 CONCLUSÃO

A história de mudanças dentro do Direito possui estreita relação com a que se observou nas transformações sociais, porque aquela deriva dessa última, pois não se pode admitir o Direito em desacordo com a conjuntura social.

Foi nesse contexto que se verificou a reforma do Código de Processo Civil brasileiro (*as minirreformas*), em que, entre várias alterações na linha processual brasileira, pode-se dizer que o aparecimento da tutela antecipada foi, possivelmente, a inovação mais marcante, se considerada a grande necessidade de meios aceleradores do andamento processual na época.

Até aquele momento, o Direito encontrava-se enfraquecido, não só pelas delongas processuais mas também pela utilização incorreta de institutos com função legalmente delimitadas, para suprir a deficiência do ordenamento jurídico em relação às demandas litigiosas da sociedade. Exemplo disso foi o que acontecera freqüentemente com as medidas cautelares, que assumiam papel muito diferente do que lhes fora reservado pelo legislador, quando, muitas vezes, deixavam de ser garantidoras da eficácia do processo, para anteciparem os efeitos de um provimento final, cujo caráter satisfatório repugnava a mente dos estudiosos.

Com o surgimento da tutela antecipada, calcada nos arts. 273 e 461 do

CPC, essa confusão pôde ser desfeita.

A questão fica ainda mais agravada quando analisada sob o aspecto prático. Assim, seria muito complicado discorrer seguramente acerca da natureza jurídica de algumas liminares, especialmente quando se trata daquelas previstas em leis especiais como o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular. Aqui, as liminares ora parecem assumir a natureza das medidas cautelares, ora assemelham-se mais à tutela antecipada.

Analisando ambos os institutos jurídicos verificou-se que poderão ser confundidos com facilidade, e ainda o são; mas isso apenas será viável caso o aplicador ou demais envolvidos na questão não tenham o conhecimento adequado a respeito das medidas cautelares e da tutela antecipada, pois, após analisar seus requisitos e, principalmente, os objetivos a que se destinam, verifica-se o quão diferentes são esses dois entes jurídicos.

Engana-se, pois, quem vaticinou que o legislador tinha por desiderato substituir um instituto pelo outro.

As liminares previstas nas ações especiais aqui mencionadas encontram respaldo nas respectivas leis instituidoras, anteriores à reforma processual que inseriu a tutela antecipada na lei geral. Tal fato explica a posição doutrinária mais antiga em relação a novel instituto da antecipação da tutela, que confere natureza cautelar às liminares mandamentais e, por consequência, às da ação civil pública e ação popular.

Todavia, ainda que houvesse falta de previsão legal da antecipação da tutela — de forma genérica — não há nenhum elemento normativo forte o suficiente que impeça a atribuição antecipatória à natureza jurídica de tais liminares. Após lidos e analisados os elementos formais das previsões liminares nas leis respectivas, constatou-se a ausência de impedimento para tal afirmação, no aspecto formal.

Complementando a linha de raciocínio, sob o aspecto prático, também é possível considerar o pálio da tutela antecipada sobre as liminares nas ações especiais ora consideradas. Isso é possível quando o pedido formulado no instrumento peticional — momento de formulação da medida liminar — vislumbra a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional que seria provavelmente deferido na sentença final. Por tudo e com tudo, esse é genuinamente o cerne da tutela antecipada.

Nessa esteira, sem excluir o posicionamento pretérito que atribuía a tais liminares a qualidade de medidas cautelares, é, da mesma forma, admissível que sejam identificadas como antecipação tutelar. E o critério para estabelecer uma ou outra natureza é o pedido.

De outro lado, a modificação operada ao art. 273 do estatuto proces-

sual com o adicionamento de dois parágrafos, precipuamente o sétimo, não poderá lograr interpretação que obste determinadas conquistas de celeridade e efetividade no moderno processo civil brasileiro.

É possível, dessarte, que as liminares nessas ações especiais assumam a posição de tutela antecipada ou de medida cautelar, dependendo da existência ou não de identidade, como afirmado alhures, entre o interesse imediato (pedido principal) pretendido por meio delas e o petitório liminar. E a opção, pelo demandante, de um ou outro instituto trará conseqüências de significância altamente relevante que ao jurista não é dado deslembrar.

Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. A antecipação da tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 4913-MG. Recorrente: Max Administradora de Consórcios Ltda. Recorrido: 2R Comercial Ltda. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 27 de março de 2002. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 29 maio 2000. p. 146.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Agravo de instrumento nº 01183629-MA. Agravante: Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC. Agravado: Município de Alcântara. Relator convocado: Juiz Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08 de junho de 2002. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 22 set. 2002. p. 34.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Geraldo Gonçalves da. A tutela antecipada nas ações locatícias. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 2, n. 24, p. 45-48, dez. 1998.

DELGADO, José Augusto. Tutela antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 41-44, dez. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA,

Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Ação Monitória. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 35-37, fev. 1997.

LEIVA, Antônio Balsalobre. A jurisprudência do STF e o novo agravo de instrumento. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 53-55, mar. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 3.265 – Comarca da Capital. Agravante: José Maria Andrade Lopes. Agravado: Safra Leasing S/A. Relator: Des. Nilson de Castro Dião. Rio de Janeiro, 10 de agosto de 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 2, n. 20, p. 42-43, ago. 1998.