

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Márcia Giangiaco Bonilha

Medidas de urgência no âmbito recursal

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Márcia Giangiacomo Bonilha

Medidas de urgência no âmbito recursal

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

SÃO PAULO
2008

BANCA EXAMINADORA

*Aos meus pais Celso e Maria Lúcia e a minha irmã
Marina, pela paciência e pelo apoio incondicionais.
À Professora Didi, pelas preciosas lições - de processo e
de vida.*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo das medidas de urgência no âmbito dos recursos. São as medidas de urgência tutelas diferenciadas, ou seja, tutelas alternativas ao procedimento comum, ordinário. Em virtude da redescoberta que se vive da relação do direito processual com o direito material, tais medidas têm se revelado cada vez mais importantes à aclamada efetividade da tutela jurisdicional, à realização concreta do direito material, não estando sua atuação restrita aos processos no primeiro grau de jurisdição. Do gênero medidas de urgência são espécies a tutela antecipada, a tutela cautelar e as medidas liminares em geral, não havendo vedação para que qualquer delas seja concedida em sede recursal. Há expressas previsões no texto legal para a concessão de medidas de urgência no âmbito recursal. Assim, neste trabalho, tratamos tanto das medidas típicas quanto daquelas atípicas, salientando que o órgão julgador não é um mero aplicador da lei, mas sim uma figura central da relação jurídico-processual, detentor do poder/dever de garantir que a tutela jurisdicional esteja em conformidade com os princípios e valores consagrados no nosso sistema jurídico.

Palavras-chave: Medidas de urgência. Recursos. Tutela antecipada. Tutela cautelar. Medidas liminares.

ABSTRACT

This paper aims to study the urgency measures within the appeal sphere. The urgency measures are differentiated injunction; in other words, alternate injunctions to the common, ordinary procedure. Due to the rediscovery we have been experiencing pursuant to the relation of the procedural law with the material law, such measures have revealed themselves as increasingly important to the acclaimed effectiveness of the jurisdictional injunction, to the concrete execution of the material law; its performance is not restricted to the proceedings in the first level of jurisdiction. The preliminary injunction, the temporary injunction and the restraining orders in general constitute urgency measures, without any sort of prohibition so that any of them may be granted within the appeal sphere. There are express provisions in the legal text which regulate the granting of urgency measures within the appeal scope. Thus, in this work, both typical and atypical measures are treated, emphasizing that the judging entity is not a mere applier of the law, but a central figure in the judicial-procedural relation, holder of the power / duty to ensure that the jurisdictional injunction is in conformance with the sacred principles and values of our legal system.

Keywords: Urgency measures; appeals, preliminary injunction; temporary injunction; restraining orders.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	11
2.1	Introdução.....	11
2.2	Princípio do devido processo legal.....	16
2.3	Princípio da isonomia.....	18
2.4	Princípio do juiz natural.....	22
2.5	Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação).....	23
2.6	Princípio do contraditório.....	24
2.7	Princípio da proibição da prova ilícita.....	26
2.8	Princípio da publicidade dos atos processuais.....	28
2.9	Princípio do duplo grau de jurisdição.....	29
2.10	Princípio da motivação das decisões judiciais.....	30
3	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	32
3.1	Introdução.....	32
3.2	Origem e evolução histórica.....	32
3.3	Proporcionalidade e razoabilidade.....	33
3.4	Natureza jurídica.....	35
3.5	Das hipóteses de aplicação do princípio.....	35
3.6	O princípio da proporcionalidade e o princípio do devido processo legal.....	40
3.7	Proporcionalidade e equidade.....	42
3.8	Conclusão.....	42
4	EVOLUÇÃO HISTÓRICA – A ORIGEM DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	44
4.1	Direito romano.....	44
4.2	Processos de cognição sumária e de cognição exauriente.....	45
4.3	Primeiras autorizações para a concessão de medidas de urgência.....	46
4.4	Processo cautelar.....	46
4.5	Poder geral de cautela.....	47
4.6	Processo civil clássico.....	49
4.7	Necessidade de concepção de uma tutela provisória.....	51
4.8	Sistema pátrio.....	51
5	A NECESSÁRIA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL.....	54
5.1	Direito material e direito processual.....	54
5.2	O direito processual nos dias atuais.....	55
5.3	Tutela jurisdicional e prestação jurisdicional.....	55
5.4	Efetividade da tutela jurisdicional.....	57

5.5	Tutelas diferenciadas.....	59
6	MEDIDAS DE URGÊNCIA – MEDIDAS CAUTELARES, TUTELA ANTECIPADA E LIMINARES.....	62
6.1	Introdução.....	62
6.2	Medidas cautelares.....	65
6.2.1	Poder geral de cautela.....	65
6.2.2	Características das medidas cautelares.....	66
6.2.3	Requisitos para a concessão das liminares cautelares.....	68
6.2.4	Momento para concessão das liminares cautelares.....	69
6.3	Tutela antecipada.....	69
6.3.1	Características da tutela antecipada.....	69
6.3.2	Requisitos para concessão da tutela antecipada.....	71
6.3.3	Momento para a concessão da tutela antecipada.....	74
6.4	Liminares.....	77
6.4.1	Definição.....	77
6.5	Risco de irreversibilidade.....	78
6.6	Efetividade <i>versus</i> segurança jurídica.....	79
6.7	Fungibilidade.....	81
6.8	Considerações finais.....	81
7	MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL.....	83
7.1	Tutela antecipada em <i>sede recursal</i> e tutela <i>recursal</i> antecipada.....	83
7.2	Tutela antecipada em <i>sede recursal</i>	85
7.3	Decisões positivas e decisões negativas.....	90
7.3.1	Decisões positivas.....	92
7.3.1.1	Tutela antecipada.....	92
7.3.1.2	Tutela <i>recursal</i> antecipada – concessão de efeito suspensivo a recurso dele desprovido.....	94
7.3.2	Decisões negativas.....	105
7.3.2	Efeito ativo – tutela <i>recursal</i> antecipada e tutela antecipada em <i>sede recursal</i>	105
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110

1 INTRODUÇÃO

Ao contrário do que foi pregado pela escola sistemática, na qual existia o modelo clássico de processo civil, o direito processual não pode, de forma alguma, estar dissociado do direito material.

Neste contexto, pode-se dizer que a ciência processual civil não pode ser tratada como uma ciência pura – o direito processual há de ter uma preocupação com os problemas sociais, econômicos e psicológicos que gravitam ao seu redor, haja vista que o processo presta-se a proteger e a satisfazer as pretensões de direito material.

Vive-se hoje a redescoberta da relação do processo com o direito material, acentuando-se, assim, a necessidade das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, que são tutelas alternativas ao procedimento comum, ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito material.

Assim sendo, como é sabido, atualmente, o direito à tutela jurisdicional é compreendido como o direito à tutela adequada à realização concreta do direito material.

Destarte, passaram os processualistas a conceber um novo processo civil, com predominante função social.

O processo que atende à sua função social é aquele que propicia ao jurisdicionado a entrega de tutela hábil a promover a realização plena do seu direito material.

Nesta esteira, revelam-se de suma importância as medidas de urgência, que têm o escopo de impedir a ação danosa e corrosiva do tempo de duração do processo.

São as medidas de urgência provisórias, podendo, contudo, em alguns casos, os efeitos práticos do provimento urgente serem irreversíveis.

Como são concedidas, via de regra (a única exceção é a tutela antecipada concedida com fulcro no art. 273, § 6º do CPC), após cognição superficial, há de se aplicar o princípio da proporcionalidade, verificando-se quais dos valores deve prevalecer – a efetividade ou a segurança jurídica.

Entendemos que as medidas de urgência podem ser concedidas tanto após pedido de qualquer das partes, quanto de ofício. Isto porque acreditamos que o órgão julgador não pode ser um mero espectador irresponsável; não pode ele observar, passiva e atonitamente, a degradação de um direito que merece proteção.

Com efeito, há casos em que os danos causados pelo tempo atingem diretamente o sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem da vida a que faz jus ou privando-o deste por algum tempo.

E há casos em que o mal é causado diretamente ao processo e só indiretamente atinge o sujeito.

Para cada uma dessas situações, há uma espécie de medida de urgência cabível. O objetivo de ambas é comum: evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar sujeitos.

De outro lado, como a lei não diz qual o momento preclusivo para a concessão das ditas medidas de urgência, somos da opinião de que estas podem ser concedidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

As medidas de urgência no âmbito recursal são importantes na medida em que os efeitos da demora da solução do litígio acabam sendo muito mais sentidos quando há um recurso pendente de julgamento.

Há as tutelas recursais antecipadas e há as tutelas antecipadas em sede recursal; são medidas diversas, como se verá neste trabalho.

As formas encontradas para se pleitear a concessão das ditas medidas, no âmbito recursal, encontram amparo no nosso Código de Processo Civil e na jurisprudência dos nossos Tribunais.

Por pertinente, trazemos a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que nos ensina que

[...] uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros¹.

¹ **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 27.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

2.1 Introdução

O processo civil contemporâneo é resultante de paciente evolução desenvolvida a partir de um longo período de estagnação, quando o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, sem autonomia.

Somente a partir de meados do século XX, é que começou a despontar a perspectiva teleológica do processo, superado o tecnicismo reinante por um século.

A escola italiana de direito processual surgiu no início do século XX, com a obra de Giuseppe Chiovenda (1872-1937), grande estudioso dos clássicos romanos e conhecedor profundo da doutrina alemã.

Um de seus ensaios mais significativos – Romanesimo e germanesimo nel processo civile² – foi escrito com o nítido e declarado objetivo de enfatizar a importância das raízes romano-germânicas no processo civil moderno, de conhecimento indispensável ao bom entendimento sistemático da ordem processual.

É de Chiovenda o famoso pensamento emitido de modo a demonstrar a relevância que se deveria dar à efetividade do processo: “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”³

O pensamento inicialmente lançado por Chiovenda pôde, depois, ter continuidade através da obra de dois de seus discípulos, que muito escreveram e lecionaram em universidades italianas – Calamandrei e Liebman.

Também foi discípulo de Chiovenda o autor da teoria da *lide como centro do sistema processual*, Francesco Carnelutti.

Até que fossem pelos processualistas brasileiros captadas as lições e inovações lançadas pelos processualistas germânicos e italianos, que construíram o cenário para que o

² In: **Saggi di diritto processuale civile**, I. 2. ed. Roma: Foro It., 1930. p. 22, tradução livre.

³ Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Rev. Direito Comum**, 1911; e **Saggi di diritto processuale civile**, Roma, 1930, 1/10. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Ajuris**, n. 65, 1996. p. 13.

direito processual civil adquirisse o *status* de verdadeira ciência autônoma, mais de meio século se passou.

Razões históricas mantiveram os nossos processualistas ainda atrelados às pesquisas dos clássicos lusitanos e dos glosadores medievais, ligados ao pensamento sincretista; desta forma, nossos antigos processualistas, enquanto na Itália e na Alemanha brigava-se pela importância do direito processual como ciência autônoma, usavam, como fulcro para as suas pesquisas, obras civilistas.

Por certo, havia, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desde o início do século XX, estudiosos que já manifestavam o seu especial interesse pelo direito processual civil⁴.

A fase autonomista do nosso direito processual, com plena absorção dos elementos necessários à criação de uma verdadeira ciência do processo civil, teve como marco inicial a chegada de Enrico Tullio Liebman, que havia se afastado, de espontânea vontade, de sua cátedra na Universidade Italiana de Parma, por notórias razões políticas e étnicas (fascismo, anti-semitismo).

Liebman trouxe ao Brasil os pilares do processo civil romano, canônico, medieval, germânico moderno e italiano, interpretando, com propriedade ímpar, as lições dos seus mestres.

Tem-se que as pesquisas e os estudos por Liebman desenvolvidos com o já mencionado grupo de estudiosos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo⁵, já apreciadores do direito processual, foram uma das mais significativas contribuições à ciência processual brasileira. Fruto desse grupo de estudos foi o nascimento do movimento chamado Escola Processual de São Paulo; com este, implantou-se o método científico na doutrina nacional do processo civil.

Tal interesse pela ciência do processo civil foi sendo propagado a outros Estados da Federação, de forma que a Escola Processual de São Paulo acabou sendo absorvida como verdadeira Escola Brasileira de Direito Processual.

Essa Escola valorizava, com notória ênfase, como não poderia deixar de ser, a autonomia do direito processual perante o direito substancial e a invocação de princípios gerais do processo, sempre levando em consideração os conhecimentos romano-germânicos

⁴ Entre eles João Mendes Júnior (1856-1923), João Monteiro (1845-1904), Manoel Aureliano de Gusmão, Estevam de Almeida (1863-1902) e Joaquim Ignacio de Ramalho (1809-1902).

⁵ Destacam-se, neste grupo, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Bruno Afonso de André.

que chegaram ao Brasil pela lição de Liebman e pela leitura da obra de grandes mestres ligados à linha autonomista do processo civil.

Oportuno ressaltar que João Mendes Júnior, já no século XIX, propunha o exame do processo civil em correlação com a preservação dos direitos individuais. Ou seja, desde os primórdios do movimento autonomista do direito processual brasileiro, já existia a preocupação quanto ao confronto das normas e institutos do processo com as grandes matrizes político-constitucionais a que estão esses filiados.

Na metade do século XX, já era dada suma importância aos fundamentos constitucionais do processo, de tal forma que se passou a se afirmar a existência de um direito processual constitucional, que José Frederico Marques conceituava como sendo *a condensação metodológica dos princípios introdutórios do processo em geral*.

Com enfoque à garantia da ação e à inafastabilidade da tutela jurisdicional, várias obras surgiram, a partir dos anos setentas, tratando do direito processual constitucional.

Desse estudo do direito processual, voltado às disposições constitucionais, nasceu um forte engajamento de parte da doutrina brasileira às propostas da escola instrumentalista, com a conseqüente preocupação pela efetividade da tutela jurisdicional, pelos escopos sociais do processo, pelo acesso à justiça como um valor a ser a todo custo buscado pela ordem processual, de modo a ser implantado um sistema processual justo e equo.

Cotejava-se, de certa forma, os estudos que estavam sendo desenvolvidos quanto ao direito processual civil, com os princípios e as garantias impostos pela Constituição.

Na Carta Magna, como nos ensina Humberto Theodoro Júnior, assenta-se o ponto inicial “de todo o tecido do direito positivo”⁶.

E a interpretação da Constituição, por sua vez, não deve ficar restrita ao enunciado lingüístico dos preceitos; a norma tem de ser o produto da interpretação dos preceitos.

Os preceitos constitucionais devem ser manejados e interpretados, de forma que se faça possível a eles conferir plena efetividade.

A definição literal de princípio, na língua portuguesa, é “1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem. 2. Causa primária; origem. 3. Preceito, regra.”⁷

É, pois, o princípio mais que mera regra: “Os princípios fundamentam o sistema jurídico. As regras deles decorrem.”⁸

⁶ **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 39.

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2007.

⁸ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 32.

A propósito, J. J. Canotilho assim se expressa sobre a relevância dos princípios constitucionais:

Está hoje definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, a vinculatividade e a actualidade das normas constitucionais⁹.

Na Constituição de 1988, estão explicitados diversos princípios do direito processual.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹⁰

E o direito processual civil, como não poderia deixar de ser, tem suas linhas basilares traçadas pelo direito constitucional; além de possuir pressupostos de natureza constitucional, o direito processual civil é fundamentalmente influenciado pela Constituição Federal.

Por direito processual constitucional, entende-se a reunião metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo; é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações com ela mantidas.

A tutela constitucional do processo é feita através dos princípios e garantias que, vindos da Constituição Federal, ditam padrões políticos para a sobrevivência do direito processual.

Para Cândido Rangel Dinamarco,

[...] a tutela constitucional do processo não seria efetiva se as grandes linhas-mestras desenhadas pela Constituição (princípios) não ganhassem eficácia imperativa mediante as correspondentes *garantias*. Consistem as garantias constitucionais em preceitos dotados de *sanção*, isso significando que sua inobservância afetará de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais. Por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos *princípio* e *garantia* para designar a mesma idéia¹¹.

⁹ **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.

¹⁰ **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 748.

¹¹ **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 195.

Nessa esteira, Sálvio de Figueiredo Teixeira assevera que o processo é o instrumento de realização da função jurisdicional ou meio ético de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas¹².

Tem-se hoje um combate aberto ao conformismo judicial perante decisões não cumpridas ou mal cumpridas.

Em virtude, sobretudo, da revisão do conceito de tutela jurisdicional, o qual deixou de ser algo abstrato para somente ter valor quando, efetivamente, consegue promover mudanças no mundo empírico, vem se acentuando a ligação entre processo e Constituição, no estudo dos institutos processuais.

Mais uma vez, aqui citamos Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, sob o nosso ponto de vista, tão bem define o que são os princípios para o direito processual civil:

Já no Direito Processual Civil, são idéias diretoras, assinalando Eliézer Rosa que eles encerram conteúdo de política processual, aduzindo que ‘servem no caso de obscuridade, silêncio ou omissão do legislador, para que o silêncio, as omissões, as obscuridades de um texto sejam interpretadas em função deles e não de uma analogia com um texto particular’, buscando não uma correlação entre um texto e outro, “mas uma necessária coordenação profunda de toda a estrutura do Código, de seus princípios entre si e do conjunto dos princípios com a vasta composição arquitetônica que inspira a obra legislativa codificadora”¹³.

Não conseguimos identificar ramo da ciência do Direito que receba mais influência dos princípios constitucionais do que o processual; aliás, já se manifestara Couture no sentido de que “Toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio processual.”¹⁴

O direito processual tem suas bases no direito constitucional, que lhe fixa as linhas delimitadoras essenciais, sobretudo quanto ao direito de ação e de defesa, ao exercício da jurisdição. Por trás dos princípios que informam as normas de direito processual civil, sempre está um comando constitucional.

Faz-se, na doutrina processual, uma distinção entre os princípios informativos e os princípios fundamentais (ou gerais) do processo. Os princípios informativos são lógico, jurídico, político e econômico, ou seja, normas ideais que devem nortear a melhoria do processo como um todo.

¹² O processo civil na nova Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, jan./mar. 1989. p. 78/84.

¹³ O processo civil na nova Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, jan./mar. 1989. p. 78.

¹⁴ **Interpretação das leis processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 50.

Já os fundamentais (ou gerais), como ensina Nelson Nery Jr., “são aqueles princípios sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.”¹⁵

Certo é que, com o fim da autotutela, o Estado passou a intervir, com a finalidade de evitar as lides e compô-las, quando necessário.

Passou, assim, a ser do Estado a responsabilidade pela tutela de direitos.

Chiovenda destacou que a função jurisdicional do Estado distingue-se, de modo marcante, das suas outras funções; definiu a Jurisdição como sendo a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a exigência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva¹⁶.

Com efeito, o antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo está no art. 39 da Constituição outorgada em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, que assim dispõe:

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.

Uma cláusula semelhante a esta, já fazendo uso da expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do Direito inglês, foi transportada ao Direito americano.

E o princípio nuclear do direito processual civil, como é sabido, é o princípio do devido processo legal; é esse o princípio dos princípios.

2.2 Princípio do devido processo legal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

¹⁵ **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

¹⁶ **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2. p. 4-11.

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].

O princípio do devido processo legal, de origem anglo-saxônica, foi introduzido em texto legal, pela primeira vez, como já salientamos, no art. 39 da *Magna Charta Libertarum*, de 1215, por João Sem Terra, tendo a expressão sido rotulada, inicialmente, como “law of the land”¹⁷.

No desenvolvimento do Direito norte-americano, que foram estabelecidos os limites desse princípio e incorporadas as 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.

Na Carta Magna de 1988, pela primeira vez, foi adotada a fórmula do Direito anglo-saxão quanto ao princípio em tela.

Da redação do texto legal hoje vigente, depreende-se que o direito à tutela jurisdicional é extensivo à proteção e à satisfação, de bens da vida, em sentido amplo, genérico; não pode haver privação do direito à vida, à liberdade ou à propriedade, sem que o titular desses direitos possa reclamar uma tutela jurisdicional em seu favor.

Desse princípio, decorrem todos os demais princípios do direito processual civil moderno, insculpidos na Carta Magna.

Nas palavras de Nelson Nery Jr., é o “gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies”¹⁸; “tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”¹⁹.

É esse princípio o postulado constitucional fundamental do direito processual civil moderno, pois garante o direito a um processo que siga os trâmites legais, sem que se deixe de lado o seu escopo maior, que é a efetiva proteção e/ou satisfação do direito material que estiver em jogo.

Obriga, esse princípio, que sejam respeitadas as garantias processuais e as exigências necessárias para a obtenção de uma decisão justa.

Daí por que se pode afirmar que a Constituição tem como missão deixar evidente que o direito processual civil não pode ser um mero conjunto de regras acessórias ao direito material; tem ele de ser um instrumento público realizador da justiça, na medida em que torna viável a outorga de tutela jurisdicional, hábil a promover mudanças no plano fático, de forma a proteger e satisfazer direitos materiais violados.

¹⁷ “Direito da Terra”.

¹⁸ **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 30.

Importante dizer que o nosso CPC é marcadamente individualista; nasceu num momento em que apenas havia sinais que, aos poucos, tornaram-se evidências concretas, da necessidade de se ter um sistema voltado às necessidades de uma sociedade de massa. A necessidade de criação dos processos coletivos não podia mais ser escondida.

O princípio do devido processo legal possui 2 (duas) vertentes: a de ordem substantiva e a de ordem procedimental.

No Brasil, o enfoque processual é o que predomina. Acerca desse enfoque, Nelson Nery Jr. faz a seguinte enumeração:

[...] a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra auto-incriminação²⁰.

Já como exemplos da incidência do *substantive due process* no Direito americano, Nelson Nery Jr. indica a garantia do direito adquirido, a proibição da retroatividade da lei penal, os princípios tributários da anualidade, legalidade e incidência única, a proibição do preconceito racial e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão²¹.

Cândido Rangel Dinamarco ensina-nos que cuidar da garantia do devido processo legal no processo civil é o mesmo que traduzir em termos processuais os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, também inerentes à democracia moderna²².

2.3 Princípio da isonomia

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁰ **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37 e 38.

²¹ *Op. cit.*, p. 36.

²² *Op. cit.*, p. 194.

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

O processo civil moderno é regido pelos grandes pilares da democracia, dentre os quais se destaca a igualdade como valor de primeira grandeza.

O conceito de isonomia é bastante antigo nos sistemas jurídicos ocidentais, remontando suas origens à Grécia antiga, onde foi construído por filósofos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assinala que:

A igualdade, desde a Antiguidade, é indissolúvelmente associada à democracia. No célebre discurso de Péricles em honra aos mortos no primeiro ano da guerra do Peloponeso, é a “isonomia”, isto é, a igualdade perante a lei, apontada como um dos três característicos fundamentais da democracia ateniense²³.

Aliás, o vocábulo *isonomia* é formado de dois radicais gregos: *isos* – que significa igual – e *nomos* – que significa lei.

Destarte, isonomia quer dizer igualdade perante a lei.

Contudo, a idéia grega de igualdade, aceitando como naturais as desigualdades e assim justificando a escravidão, é diferente da igualdade atual.

De início, aplicava-se tal conceito somente àqueles que integravam um núcleo de poder; não eram tratados de forma isonômica os escravos, as mulheres e os estrangeiros.

Com as revoluções americana e francesa, que levantaram a bandeira da igualdade, fazendo desta uma de suas bases filosóficas, o princípio em referência passou a ser considerado sob um aspecto mais abrangente, ainda que, na prática, não tivesse plena aplicação – mantinham-se as desigualdades econômicas e a segregação entre as diferentes classes sociais.

Já com o advento do modelo socialista, passou-se a defender a intervenção do Estado, para reequilibrar as relações econômicas e, via de consequência, chegar-se à igualdade material almejada.

O princípio da igualdade não é, de forma alguma, estático; ao contrário, é dinâmico. Não se trata de uma determinação constitucional estática, que se acomoda na fórmula abstrata; a razão de existir de tal princípio está em propiciar condições para que se busque realizar a igualização das condições desiguais.

²³ **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 7.

Ruy Barbosa, em sua célebre **Oração aos moços**, já expressara, de forma bastante contundente, a sua impressão sobre o real significado da regra de isonomia:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real²⁴.

A tarefa de preservar a isonomia consiste no tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.

O respeito ao princípio em tela dá-se quando se tem a igualdade de fato e não somente uma igualdade jurídica, expressa em um texto de lei sem reais conseqüências práticas.

O tratamento apenas formalmente igualitário pode ser causa de grandes injustiças.

Na busca da igualdade substancial, por vezes, impõe-se o regramento diferenciado, de forma a se obter o real equilíbrio nas relações sociais²⁵.

No nosso CPC, encontramos vários dispositivos que, expressamente, se prestam a garantir a igualdade entre as partes, dentre os quais podemos aqui citar o benefício de prazo, constante do art. 188 e a remessa obrigatória, em favor da Fazenda Pública, estatuída no art. 475²⁶.

²⁴ São Paulo: Arcádia, 1944.

²⁵ Aliás, a persecução da igualdade real no processo, para que se chegue à justiça é o preceito basilar da corrente surgida no Rio Grande do Sul, que prega a “aplicação alternativa do direito”. Assim sendo, a igualdade passou a fazer a ponte entre o direito e a realidade que lhe é subjacente. Como nos ensina Rui Portanova: “Trata-se de um princípio informativo, não só do processo civil, mas de todo o direito. É norma verdadeiramente supraconstitucional. É indispensável que o intérprete veja a necessidade do tratamento igualizador, de forma mais abrangente, do que a tão-só ‘igualdade perante a lei’. A amplitude do princípio é maior, não diz com a só questão formal de lei. A igualização deve dar-se não só perante a lei, mas perante o direito, perante a justiça, perante os escopos sociais e políticos do processo. Perante, enfim, as dimensões valorativas do direito.” (Os princípios constitucionais e o processo civil. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, n. 6, maio 1999. p. 61)

²⁶ Para o Nelson Nery Jr., “A remessa necessária não é inconstitucional. Condição de eficácia da sentença, é manifestação do efeito translativo no processo civil; transfere-se o conhecimento integral da causa ao tribunal superior, com a finalidade de estabelecer controle sobre a correção da sentença de primeiro grau. [...] Da forma como tem sido interpretado o instituto da remessa obrigatória do CPC, art. 475, pelos nossos tribunais, notadamente pelo STJ, sua inconstitucionalidade é flagrante porque ofende o dogma constitucional da isonomia. Mais correta se nos afigura a jurisprudência do TRF – 3ª, que entende possível, por exemplo, a majoração dos honorários de advogado em remessa necessária cuja translação é amplíssima, comportando verdadeiro reexame da sentença e não apenas proteção aos interesses e direitos da Fazenda. O escopo final da remessa obrigatória é atingir a segurança de que a sentença desfavorável à Fazenda Pública haja sido corretamente proferida. Não se trata, portanto, de atribuir-se ao Judiciário uma espécie de tutela à Fazenda Pública, a todos os títulos impertinente e intolerável.

Conferir-se à remessa necessária efeito translativo ‘pleno’ porém *secundum eventum* afigura-nos contraditório e inconstitucional. Contraditório porque, se há translação ‘ampla’, não pode ser restringida à reforma em favor da fazenda; inconstitucional porque, se *secundum eventum*, fere a isonomia das partes no processo.” (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 64)

São normas que buscam restabelecer o equilíbrio de uma situação já naturalmente desequilibrada.

Afora tais normas constantes do CPC, há outras expressas no CDC, protetivas do consumidor, parte mais fraca na relação do consumo.

Assim é que a regra de inversão do ônus da prova, constante do CDC, não é inconstitucional; ao contrário, trata-se de reflexo do princípio da igualdade expresso na Carta Magna, haja vista se prestar a equilibrar uma relação entre desiguais.

São normas que buscam restabelecer o equilíbrio de uma situação já naturalmente desequilibrada.

O legislador tem a missão de criar normas que se prestem a banir as desigualdades porventura existentes entre as partes.

Já o Juiz deve conduzir o processo de forma a garantir a igualdade das partes, dando a estas as mesmas oportunidades de manifestação e decidindo sempre tendo em mente a isonomia.

É por meio de eventual tratamento desigual que o órgão julgador poderá assegurar um resultado mais justo ao processo, o que evidencia a interação entre os princípios da igualdade e da imparcialidade.

Por óbvio, para que se conceda tratamento diferente aos litigantes, deve haver um *efetivo* desequilíbrio entre eles.

De outro turno, atualmente, quando se trata de isonomia, busca-se invocar a questão da paridade de armas que há de nortear a atividade processual das partes e que deve ser fiscalizada pelo Estado, através do Poder Judiciário.

Para coibir a burla a tal regra, há no nosso CPC previsões expressas quanto às penalidades a serem aplicadas à parte que busca, de alguma forma, ter situação privilegiada dentro do processo, em detrimento do *ex adversus* – arts. 16 e seguintes e arts. 879 e 881 do CPC²⁷.

²⁷ NASCIMENTO FILHO, Firly. Os princípios constitucionais do processo civil atual. **Direito, estado e sociedade**. Rio de Janeiro, n. 20, jan./jul. 2002. p. 39/70.

2.4 Princípio do juiz natural

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...].

Esse princípio tem grande importância na garantia do Estado de Direito, assim como na manutenção dos fundamentos de imparcialidade do órgão julgador no exercício da atividade jurisdicional, que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral.

Como o texto legal não faz distinção entre processo judicial ou administrativo, conclui-se que ele abrange ambas as modalidades processuais.

A garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função jurisdicional sejam praticados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei.

Esse princípio, denominado pelos alemães de princípio do *juiz legal*, é complementado pela proibição da existência e criação de tribunais de exceção²⁸.

Isto porque, com a regra impondo a legitimidade do órgão julgador, associada à proibição de criação de tribunais de exceção, é que se tem a garantia de que há um órgão estável e um juiz imparcial.

Apesar de a Constituição Federal não dedicar palavras à garantia da imparcialidade, certo é que ela contém uma série de dispositivos dos quais se infere que todas as causas postas em juízo hão de ser conduzidas e julgadas por juízes imparciais.

²⁸ Segundo Nelson Nery Jr., “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual. [...] Juízo especial, permitido pela Constituição e não violador do princípio do juiz natural, é aquele previsto antecedentemente, abstrato e geral, para julgar matéria específica prevista na lei.” (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66)

E o que esse princípio visa coibir é a criação de Tribunais para julgamento de demandas já existentes. A criação dos Tribunais sempre deve ser anterior ao nascimento das demandas.

2.5 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

Esse dispositivo, outrora interpretado como portador unicamente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas, que não tem outro meio de obter determinado bem da vida, imprescindível para que acabe com tal sentimento de insatisfação.

Muito embora o destinatário da norma insculpida em tal dispositivo legal seja o legislador, o comando constitucional ali expresso atinge a todos, já que nem o legislador, nem ninguém, pode impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito; a garantia em comento tem eficácia absoluta.

Não se trata, apenas e tão-somente, de garantir o acesso ao Judiciário; trata-se de garantia de que haverá prestação jurisdicional, outorgando-se a tutela àquele que tiver razão.

E esta tutela jurisdicional, por sua vez, há de ser eficaz, hábil a produzir mudanças no mundo fático, de forma a solucionar, de fato, o conflito de interesses que deu azo à demanda judicial.

Trata-se de direito público subjetivo.

A tutela jurisdicional tem de estar à disposição de todos, indistintamente.

Ainda que a controvérsia esteja submetida à Administração, não se poderá afastar o direito de acesso à justiça.

De outro turno, a necessidade de preenchimento das condições da ação e de respeito aos pressupostos processuais não caracteriza, de forma alguma, desrespeito à dita garantia; trata-se, apenas e tão-somente, de limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação.

Emanam, desse princípio, outros princípios e regras, que se prestam a garantir que o acesso à justiça não seja indevidamente negado ao jurisdicionado.

Dentre tais princípios, podemos aqui citar o princípio da fungibilidade, que preceitua que, em havendo dúvida objetiva e inexistindo erro grosseiro, pode um recurso erroneamente manejado ser recebido como aquele que seria o correto, assim como pode um pedido de antecipação dos efeitos da tutela final pretendida ser recebido como cautelar e vice-versa.

Trata-se de mecanismos que visam a tirar do caminho que leva o jurisdicionado ao direito de ação obstáculos porventura existentes.

O direito de ação, como já dito, é condicionado; mas não se trata de condição que inviabilize o acesso à justiça.

Restrições que impeçam o exercício do direito de ação devem ser banidas, haja vista a garantia constitucional em tela.

Conseqüência desse princípio consiste na impossibilidade de o magistrado se eximir de julgar determinada demanda, alegando obscuridade ou lacuna de lei; nestes casos, deve o Magistrado valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (art. 4º da LICC).

Como o escopo do processo é a solução de conflito de interesses, pode-se dizer que a garantia de acesso à justiça traduz-se na garantia de que seja efetivamente pacificada a lide. De nada adianta garantir o acesso à justiça se nenhum resultado advier do ingresso do jurisdicionado em juízo.

2.6 Princípio do contraditório

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

Trata-se de manifestação do princípio do Estado de Direito, intimamente ligado ao princípio da isonomia e ao do direito de ação.

Todos aqueles que participam do processo (autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistentes, Ministério Público, etc.) têm garantido o exercício do contraditório.

Segundo a definição de Nelson Nery Jr.,

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos²⁹.

Deve ser dada aos litigantes oportunidade real, efetiva, para se fazerem ouvir no processo, por meio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa.

O contraditório tem atuação tanto nos procedimentos de jurisdição voluntária, como naqueles de jurisdição contenciosa.

Por conta de ser através da citação que se implementa o contraditório dentro do processo civil, justificada é a importância que se dá à validade da citação.

Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos dos processos às partes, assim como a possibilidade de responder, se necessário, e, se pertinente, produzir as provas que julgarem necessárias à demonstração do direito que alegam ter³⁰.

Apesar de se tratar de princípio constitucional, de cuja observância depende a validade e a eficácia de atos processuais, o contraditório pode, ainda que excepcionalmente, vir a ser limitado.

Isto porque há casos em que a bilateralidade da audiência pode resultar em uma tutela jurisdicional inócua: são os casos em que se impõe a concessão de medidas de urgência, *inaudita altera pars*³¹.

²⁹ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

³⁰ Para Tucci e Tucci, “a garantia da ampla defesa, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente colhida ou produzida” (**Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61)

Por certo, a concessão de tais medidas não significa, de forma alguma, ofensa ao princípio do contraditório, já que o direito de defesa por parte do demandado fica totalmente resguardado, restando, apenas e tão-somente, diferido.

O demandado poderá, tão logo seja citado e intimado da decisão, defender-se, manejando, inclusive, recurso contra a decisão, que fora prolatada sem a sua audiência.

São as medidas de urgência dotadas de caráter provisório, ficando, como falado, diferido o contraditório.

Destarte, não há que se falar que tais medidas, concedidas *sem a audiência da parte contrária*, são inconstitucionais.

2.7 Princípio da proibição da prova ilícita

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[...].

Apesar da inexistência de expressa previsão do princípio da proibição da prova ilícita na Constituição Federal de 1969, a doutrina e a jurisprudência, na vigência daquela, já se pronunciavam quanto à inadmissibilidade de produção, em juízo, de prova obtida por meio ilícito.

Atualmente, o posicionamento doutrinário é deveras controvertido a respeito do tema, existindo posicionamentos isolados que admitem a prova obtida ilicitamente como sendo válida e eficaz, sem nenhuma restrição³².

³¹ Com salienta Nelson Nery Jr., “Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar.” (*Op. cit.*, p. 144)

³² A respeito do tema, Nelson Nery Jr. assim assinala: “É o magistério de Walter Zeiss, que, analisando vários casos concretos oriundos da jurisprudência alemã, conclui, sem restrições, pela validade e eficácia da prova obtida ilicitamente (Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZJP 89 (1976). p. 377-399, *passim*).” (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152)

A corrente que prevalece é aquela que encontra na aplicação do princípio da proporcionalidade, que será alvo de estudo no nosso próximo capítulo, a solução para os impasses decorrentes da dúvida quanto às hipóteses de aplicação desse princípio.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, sopesando-se os bens jurídicos envolvidos, a ilicitude relativa ao meio do qual se fez uso para a obtenção da prova resta afastada, no caso, por exemplo, em que esteja sendo desrespeitado direito mais valioso daquele que colhe a prova, ilicitamente.

Nelson Nery Jr. posiciona-se no seguinte sentido a respeito da questão:

A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que ‘não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte³³.

Quanto à gravação de conversa telefônica, o entendimento pacífico, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é no sentido de ser esta válida, quando gravada por um dos protagonistas, sem a ciência do outro.

Também se admite como válida a prova em juízo conseguida por uma das partes da comunicação por carta ou por qualquer meio escrito, ainda que sem o prévio consentimento do co-signatário.

Neste diapasão, cumpre-nos, ainda, seguindo a classificação do doutrinador italiano Nuvolone³⁴, distinguir prova ilegal de prova ilícita. Ilegal é a prova obtida mediante a violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios gerais), tanto de direito material, quanto de direito instrumental; ilícita é a prova obtida desrespeitando-se normas de direito material.

Sob o nosso ponto de vista, uma vez reconhecendo o órgão julgador ter a prova sido produzida por meio ilícito, cabe a ele determinar o desentranhamento da referida prova dos autos, entregando-a a quem a produziu.

³³ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 156.

³⁴ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Riv. Dir. Proc.** XXI, Padova, 1966. p. 470-474.

2.8 Princípio da publicidade dos atos processuais

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...]

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Esse princípio está refletido no art. 155 do CPC, que estabelece a obrigatoriedade de serem públicos os atos processuais, respeitadas algumas exceções.

É necessário que os atos sejam públicos para que a sociedade possa fiscalizar seus órgãos julgadores.

Acerca desse princípio, Arruda Alvim ensina-nos: “A publicidade é garantia para o povo de uma justiça ‘justa’, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do mesmo povo, pois agindo publicamente, permite a verificação dos seus atos.”³⁵

As restrições previstas, no citado dispositivo legal, à publicidade de determinados atos processuais não ofendem, de forma alguma, a garantia constitucional em comento, já que, como é sabido, não há princípio absoluto; todos comportam limitações, de acordo com o contexto em que se inserem.

Limitar a aplicação de um princípio não significa ignorá-lo ou ir contra o texto constitucional, desde que, como já fora antes salientado, seja a limitação resultado de uma análise dos bens jurídicos envolvidos e da conseqüente aplicação do princípio da proporcionalidade.

³⁵ **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. I. p. 99.

2.9 Princípio do duplo grau de jurisdição

A Constituição do Império, datada de 1824, continha, expressamente, em seu art. 158, a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, dispondo que a causa seria apreciada, sempre que a parte assim quisesse, pelo Tribunal então existente, chamado de Tribunal da Relação.

As Constituições que sobrevieram, por outro lado, limitaram-se a mencionar a existência de tribunais, a estes conferindo competência para o julgamento de recursos.

É justamente desta previsão constitucional que se infere haver previsão, na Carta Magna, do duplo grau de jurisdição.

Assim, não há garantia constitucional do duplo grau; o que existe é, unicamente, uma previsão para esse duplo grau.

Neste sentido, é o ensinamento de Nelson Nery Junior:

A diferença é sutil, reconheçamos mas de grande importância prática. Com isto queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34, da Lei 6.830/80) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º, da Lei 6.825/80), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504, CPC)³⁶.

Conclui-se, assim, pela constitucionalidade das normas que trazem consigo restrições ao direito de recorrer.

O respeito a esse princípio garante que as decisões judiciais fiquem sujeitas a um controle, possibilitando a correção daquelas que se revelarem incorretas.

Como regra, o duplo grau de jurisdição depende de provocação do prejudicado, ressalvado o reexame necessário.

³⁶ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 170.

2.10 Princípio da motivação das decisões judiciais

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...].

Como reflexo desse princípio, o art. 458, inciso II do CPC, exige que o órgão julgador mencione os fundamentos de fato e de direito que motivaram a sua decisão.

Segundo Nelson Nery Jr.:

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, CF, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (*princípio do livre convencimento motivado*)³⁷.

Para que se considere seguida a regra expressa em tal comando constitucional, o magistrado há de dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir a questão daquela determinada maneira.

Esta fundamentação há de ser substancial e não, apenas e tão-somente, formal.

A motivação das decisões é inerente ao Estado de Direito, sendo antiga a sua exigência.

Calamandrei, com a habitual propriedade, assim se expressara:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o Juiz percorre para chegar à sua conclusão, pois se está errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o Magistrado se desorientou³⁸.

³⁷ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 176.

³⁸ **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1996. p. 143.

A sanção pela não-motivação das decisões está expressa no próprio texto constitucional, que assevera serem nulas as decisões desprovidas de motivação.

Afirmar, ao prolatar uma decisão atinente a medida de urgência, que assim se está procedendo por estarem presentes os requisitos legalmente previstos para tanto constitui ofensa ao princípio aqui tratado; não de estar explícitas, na decisão concessiva ou denegatória da medida, as razões que formaram o convencimento do órgão julgador.

Sem que se exteriorizem quais os fundamentos de fato e de direito que fizeram com que o órgão julgador concluísse pela concessão ou pela denegação da medida de urgência, como se fará possível atacar, frontalmente, a decisão judicial, demonstrando estar equivocada a conclusão a que o órgão julgador chegou? Terá o jurisdicionado que partir de hipóteses, de premissas que podem não corresponder à realidade fática, na construção do seu pedido de modificação da decisão anteriormente concedida.

Pode-se, pois, afirmar que a falta de motivação substancial das decisões judiciais acaba por ferir outro princípio constitucional, qual seja, o do amplo acesso à justiça, na medida em que àquele a quem a decisão desprovida de motivação está a causar prejuízo não terá à sua disposição todas as ferramentas para combatê-la.

Neste diapasão, há de se pleitear a declaração de nulidade da decisão desprovida de motivação, devendo o órgão julgador substituí-lo por outro que atenda os requisitos legais.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

3.1 Introdução

O direito à segurança jurídica decorre do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LV da Constituição Federal), sobre o qual tratamos no capítulo anterior.

De outro lado, há o direito à tutela jurisdicional efetiva, decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), também alvo de estudo no capítulo anterior.

Pois bem. Basta uma análise perfunctória das ditas garantias constitucionais para se chegar à conclusão de que a convivência de ambas, num mesmo espectro, revela-se deveras complicada.

Isto porque, enquanto o direito à tutela jurisdicional efetiva pressupõe a existência de um processo rápido, para que brevemente se chegue a uma solução à lide, o direito à segurança jurídica, por sua vez, pressupõe tenham as partes amplas chances de provar quem tem razão.

Neste contexto, mostra-se como sendo de fundamental importância o princípio da proporcionalidade, que ora estudaremos.

3.2 Origem e evolução histórica

O princípio da proporcionalidade, tal como estruturado na atualidade, encontra suas origens no Direito alemão (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), na exigência de necessidade ou de indispensabilidade dos meios, que já era observada no Direito prussiano de polícia do final do século XVIII³⁹.

No direito constitucional alemão, o princípio da proporcionalidade é invocado como o próprio fundamento do Estado de Direito moderno.

³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

Já a Constituição Portuguesa de 1974, em seu art. 18, inciso II, assim estabelece:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Essa disposição legal, sobretudo em sua segunda parte, faz menção à essência e ao escopo do princípio da proporcionalidade, que é, justamente, a preservação dos direitos fundamentais.

No Direito brasileiro, a idéia de proporcionalidade teve suas primeiras manifestações no âmbito do direito administrativo, principalmente no que tange às limitações do poder de polícia e quanto à interferência de entes públicos na esfera privada; foi com este objetivo que a teoria do Estado o considerou, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, tendo promovido a sua introdução, no direito administrativo, no século XIX, como princípio geral do direito de polícia.

Tem, hoje, este princípio aplicação em todos os ramos do Direito, sendo visto como fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Paulo Bonavides afirma que

[...] no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito⁴⁰.

3.3 Proporcionalidade e razoabilidade

No art. 44 do projeto constitucional de 1988, havia expressa previsão quanto ao princípio da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos da administração pública, o que acabou por ser suprimido da redação final da Constituição Federal hoje em vigor.

⁴⁰ **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 395.

Nesse diapasão, importante tecer alguns comentários acerca das diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade, que vêm ganhando importância na Corte Constitucional, tal como exposto pela nossa doutrina.

O princípio da proporcionalidade está relacionado com o exame abstrato de ponderação entre os bens jurídicos envolvidos, ao passo que o princípio da razoabilidade depende de uma análise da situação pessoal e concreta dos sujeitos envolvidos.

José Roberto Pimenta Oliveira, a respeito do tema, assim se expressa:

Com base nesta diferença, sublinha Humberto Bergmann Ávila, no direito brasileiro, que o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade. Na proporcionalidade está em jogo a análise de dois *bens jurídicos* constitucionalmente protegidos e a *medida* relacionada com sua proteção. “A pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato? Trata-se de um *exame abstrato* dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida, etc.) especificamente em função da medida adotada”. Por outro lado, na razoabilidade, a contrastabilidade judicial tem como principal parâmetro, não a relação meio-fim subjacente à determinada medida, mas a *situação pessoal* do sujeito envolvido. “A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato para *determinado sujeito*? Trata-se de um *exame concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso individual.”

[...]

A partir desta dicotomia, entende que a “razoabilidade, como se viu, determina que as *condições pessoais e individuais* dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a *aplicação individual da justiça*.”⁴¹

Conclui-se, assim, que a razoabilidade exige sejam consideradas as condições pessoais dos indivíduos em relação aos quais a norma é aplicada – a aplicação de uma determinada medida é ou não constitucional, tendo como fundamento a situação pessoal do sujeito envolvido; já a proporcionalidade exige sejam sopesados os bens jurídicos envolvidos naquele determinado caso concreto.

⁴¹ **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2006. p. 64 e 65.

3.4 Natureza jurídica

Há correntes atinentes à natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a substancialista e a formal⁴².

Segundo a corrente substancialista, a proporcionalidade é uma medida de justiça; assim sendo, o aplicador da lei, ao aplicar o princípio em comento para a solução de determinado caso concreto, destacará os critérios ou pontos de vistas materiais conformadores da sua decisão.

Já a corrente formal entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade consiste num procedimento cujo objetivo final é alcançar a decisão do caso concreto. Segundo esta corrente, nesse procedimento não se levadas em conta a adequação, a necessidade e a ponderação.

Para nós, essa distinção não se revela muito importante, na medida em que, como já exposto, o objetivo da aplicação do princípio da proporcionalidade é um só: encontrar a solução para determinado caso concreto de conflito de regras, sopesando-se os bens jurídicos envolvidos e chegando-se à decisão que se revela como sendo a única justa.

Esse princípio tem papel essencial na concretização de direitos fundamentais, de modo a se fazer alcançar, de fato, a justiça; isto porque através da aplicação do princípio da proporcionalidade é que se cuida de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a se evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

3.5 Das hipóteses de aplicação do princípio

A desarmonia entre normas infraconstitucionais resolve-se por singelas técnicas hermenêuticas; já o conflito de normas constitucionais requer do aplicador do direito uma maior cautela.

Sabe-se que, na prática, o atendimento simultâneo de todos os dispositivos constitucionais raras vezes é possível.

⁴² GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do Juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63 e ss.

Por outro lado, há de se ter em mente que, conforme preceitua o princípio da unidade da Constituição, nenhuma norma constitucional pode ser interpretada de forma a contradizer outra norma, do mesmo valor.

O aplicador do direito, para resolver o conflito, terá de avaliar qual das normas constitucionais deve prevalecer, naquele determinado caso concreto, sopesando os bens jurídicos envolvidos, tendo em vista que, como dito, inexistente hierarquia entre as normas conflitantes.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade, devem ser sopesados os bens jurídicos envolvidos, de forma a se concluir qual dos direitos há de prevalecer.

Robert Alexy⁴³, integrante da citada corrente formal, analisou, à exaustão, o problema da aplicação do método ponderativo quando estão em colisão dois princípios constitucionais.

Parte Alexy do pressuposto de que normas-regras se excluem e normas-princípios apenas colidem.

Assim sendo, para Alexy, em havendo conflito entre regras, uma delas há de ser considerada inválida.

Já no caso de colisão entre princípios, a solução é totalmente distinta; um princípio não é invalidado por outro.

Todas as vezes em que há uma colisão de princípios, é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Há de se recorrer a uma opção pelo *melhor direito*.

A solução somente se revela possível quando é feita uma ponderação, no plano concreto, pois, abstratamente, é impossível dizer qual princípio há de prevalecer.

Concretamente, pode se estabelecer que, naquelas determinadas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro, tem maior peso em relação ao outro; mas ambos os princípios continuam sendo válidos; apenas estabelece-se que, naquelas determinadas condições fáticas, um princípio irá prevalecer sobre o outro.

Como ensina-nos Willis Santiago Guerra Filho,

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o *princípio da proporcionalidade*, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e

⁴³ **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

jamais lhe (s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana⁴⁴.

O princípio da proporcionalidade materializa-se na ponderação, averiguando-se a melhor adequação dos meios aos fins, de forma que a conclusão a que se chegue seja a menos prejudicial possível ao “interesse fundamental” oposto.

Tal como hoje é concebido, repita-se, a partir do direito constitucional alemão, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos, quais sejam: (a) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), (b) adequação (*Geeignetheit*) e (c) exigibilidade (*Erforderlichkeit*).

Há de sempre ser levado em conta se o fim é compatível com os meios. De outro turno, como assevera Maria Brochado⁴⁵, “o meio é adequado quando, com o seu auxílio, pode-se promover o resultado desejado; ele é exigível quando não se poderia ter escolhido outro que, apesar de igualmente eficaz, traria como consequência o prejuízo ou limitação ao exercício de algum direito fundamental”.

Para que se faça possível a utilização da técnica de ponderação dos bens jurídicos, hão de ser observados subprincípios hermenêuticos.

Sistematizando tais subprincípios, Teori Albino Zavascki⁴⁶ assim os divide: (i) princípio da menor restrição possível; (ii) princípio da salvaguarda do núcleo essencial; e (iii) princípio da necessidade:

i) Em não se fazendo possível a obtenção de um denominador comum relativamente aos bens jurídicos em conflito, deverá ser um deles mitigado, o mínimo possível; somente são lícitas aquelas restrições a direitos fundamentais que se mostrem, frente ao caso concreto, como sendo inevitáveis.

ii) Quanto ao subprincípio da salvaguarda do núcleo essencial, dispõe este que não será legítima a decisão conformadora se, com o intuito de pôr fim a um conflito entre direitos e princípios, um deles for eliminado ou tiver a sua substância elementar retirada.

iii) Já o subprincípio da necessidade preceitua que a regra de solução somente gozará de legitimidade quando mostrar-se real o conflito e, efetivamente, não se fizer possível estabelecer um modo de convivência simultânea das normas que estiverem em conflito.

⁴⁴ Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, Franca, maio 2000. p. 197.

⁴⁵ O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v 39, n. 155, jul./set. 2002. p. 134.

⁴⁶ **Antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 62.

Em outras palavras, o meio não será necessário se o objetivo desejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

Quanto à aplicação do indigitado princípio no âmbito do direito processual civil, vale trazer à baila ensinamento de Fredie Didier Jr.:

No processo civil, o princípio da proporcionalidade tem aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela (art. 798 do CPC); d) utilização do poder geral de efetivação (art. 461, § 5º, CPC); e) quebra de sigilo bancário; f) identificação de meio menos gravoso para o executado (art. 620 do CPC); g) identificação do que seja bem impenhorável (arts. 648/649, CPC e Lei Federal 8.009/90); h) admissibilidade da denúncia da lide com base no inciso III do art. 70; i) utilização de provas obtidas ilicitamente; j) decretação de nulidades processuais etc.⁴⁷

Como afirma Gisele Santos Fernandes Góes,

[...] a razão primária da inserção da proporcionalidade no diploma processual civil está na verdadeira realização do acesso à justiça, o qual não deve ser visto apenas como um direito fundamental, mas também como o ideal central do moderno direito processual⁴⁸.

Por certo, a atividade jurisdicional de nada valerá se não se fizer factível, na prática, o acesso à justiça, valendo-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, quando assim se fizer necessário.

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, o órgão julgador cria direito. A respeito da importância dessa “criação”, confira-se o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

54. Hoje se entende que o juiz “cria” direito. Pensamos que o juiz “cria” direito no sentido de poder engendrar soluções para casos que não sejam rotineiros, que não estejam “prontas” no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas). Mas essas soluções, sob pena de se deixar definitivamente de lado o valor *segurança*, devem ser “criadas” a partir de elementos constantes do sistema jurídico, somados, combinados, engrenados, etc. e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado (“juridicizado”).

55. O repertório com que conta o juiz para “criar” soluções normativas é, portanto, conhecido previamente e limitado. A base dessa “criatividade” está nos elementos do sistema e naqueles que o sistema tenha “assumido”, embora, em sua gênese, possam ser estranhos no direito.

⁴⁷ **Direito processual civil:** tutela jurisdicional e coletiva. 5. ed. Salvador: PODIVM, v. I, 2005. p. 37.

⁴⁸ **Princípio da proporcionalidade no processo civil:** o poder de criatividade do Juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111.

56. Esse é o moderno sentido do princípio da legalidade: o juiz se vincula à lei, “filtrada” pela doutrina, pela jurisprudência e pelos princípios que se ligam aos direitos fundamentais.

57. Quanto mais o caso que há de ser decidido pelo juiz se aproxima de um *hard case*, mais “livre” será o processo de “criatividade” do juiz.

58. Quanto mais rotineiro for o caso, mais próximo do esquema subsuntivo tradicional o juiz estará⁴⁹.

Dada a função moderadora do princípio da proporcionalidade, acaba sendo um incentivo para que o aplicador do direito dele faça uso, evitando-se, assim, o excessivo, o desmedido, o inadequado, o desnecessário e buscando sempre uma solução que se revele como sendo intermediária, equilibrada e, sobretudo, justa.

Destarte, tal princípio vem sendo cada vez com maior frequência aplicado pelos nossos tribunais, como se denota das ementas abaixo transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DESPEJO - IRRESIGNAÇÃO QUANTO À DETERMINAÇÃO DE PROVAS PELO JUÍZO SINGULAR - PERTINÊNCIA NA SUA REALIZAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO QUANTO A ESTE FUNDAMENTO. TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE - INFRAÇÃO CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS DESDE O ANO DE 2004 - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. Preenchidos os requisitos do art. 273, do CPC, impõe-se a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que se trate de ação de despejo. Havendo robusta plausibilidade do direito invocado, bem como a presença do periculum in mora, deve o magistrado ponderar os bens jurídicos em conflito, em observância ao princípio da proporcionalidade, deferindo-se a tutela antecipada em benefício daquele que possui o direito mais verossímil em detrimento daquele improvável. (TJPR – 11ª C. Cível – AI 0369924-5 – Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Des. Cunha Ribas – Unânime - j. 14.03.2007)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. PRODUTO NÃO CONSTANTE DE LISTA OFICIAL. UTILIZAÇÃO DE PRODUTO LISTADO SEM SUCESSO. BLOQUEIO OU SEQUESTRO DE VALORES. MULTA. ORDEM LIMINAR DE FORNECIMENTO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS. O direito à saúde, previsto constitucionalmente, foi regulamentado, no Estado do Rio Grande do Sul, pela Lei nº 9.908/93, cumprindo o disposto no art. 197 da CF. Assim, impõe-se ao ente público o dever de fornecer medicamentos de que tem necessidade a pessoa que não pode por eles pagar, sem prejuízo de seu sustento e da família, ainda que não conste da Portaria nº 2.577/06 do Ministério da Saúde e da Portaria nº 238/06 da Secretaria da Saúde, se, já utilizado o fármaco ali constante, não produziu resultados. SEQUESTRO

⁴⁹ **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 393 e 394.

DE VERBA PÚBLICA. O bloqueio da verba necessária há de cotejar-se com o risco de vida, segundo o princípio da proporcionalidade. Conforme jurisprudência do STF, não se confundem o seqüestro em situação de descumprimento de sentença transitada em julgado e da ordem cronológica dos precatórios com o deferido em sede de liminar. FIXAÇÃO DE MULTA. Descabimento da astreinte, valendo usar outros meios para obter o cumprimento da ordem judicial, em vez de penalizar toda a comunidade. Em não sendo cumprida a obrigação estatal, o art. 461, § 5º, do CPC autoriza a aplicação de variadas medidas, inclusive inominadas, que devem ser utilizadas, sem com isso se ferir o princípio da supremacia do interesse público. Hipótese em que não há risco de morte declinado medicamente. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. FUNDO DE APARELHAMENTO. FADEP. CONFUSÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. Posicionamento do STJ no sentido de que ocorre confusão entre credor e devedor nas hipóteses em que o Estado do Rio Grande do Sul é vencido em ações patrocinadas pela Defensoria Pública, em causas em que a parte é beneficiária da gratuidade judiciária. Ressalva do posicionamento pessoal divergente. A EC nº 45/04 e a ECE nº 50/05, ainda que tenham conferido autonomia financeira e orçamentária à Defensoria Pública, não alteram a situação, já que não atribuem àquele órgão personalidade jurídica própria. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. RELATORA VENCIDA. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. Em caso de condenação ilíquida, considera-se, para a análise do cabimento do reexame necessário, na hipótese do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, o valor da causa atualizado até a prolação da sentença. Hipótese em que o valor da causa é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, não estando sujeita a sentença ao duplo grau de jurisdição. Precedente do STJ. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (TJRS – 22ª C. Cível – Apelação e Reexame Necessário 70021019708 – Rel.: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza – j. 27.09.2007)

3.6 O princípio da proporcionalidade e o princípio do devido processo legal

A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma forma de se equilibrar os interesses contrários em causa⁵⁰.

Isto porque não basta que uma decisão seja formalmente válida; deve ela ser correta, razoável, na sua essência.

⁵⁰ Segundo Willis Santiago Guerra Filho, “Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere DEL VECCHIO – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescenta àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.” (Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, maio 2000. p. 205)

Nesse sentido, como ressalta Fredie Didier Jr.⁵¹, fala-se em um devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo⁵².

Justamente desta garantia, como assevera Fredie Didier Jr., é que decorre o princípio da proporcionalidade.

Como já visto acima, trata-se de princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência do Estado de Direito, como nos ensina Paulo Bonavides:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não tenha sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o art. 5º, § 2º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e fazem inviolável a unidade da Constituição⁵³.

Fredie Didier Jr., ao asseverar ser tal princípio decorrente do devido processo substancial, cita Karl Larenz, expondo as razões que levaram à concepção do princípio ora alvo de estudo:

A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é “exigível”. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são “abertos”, “móveis”, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um outro direito (um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma “ponderação” dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o “peso” que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação⁵⁴.

Vale aqui dizer que encontra maior número de seguidores a corrente que entende encontrar o princípio da proporcionalidade amparo no devido processo legal.

⁵¹ **Direito processual civil:** tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: PODIVM, v. I, 2005. p. 30.

⁵² No constitucionalismo americano, o princípio da proporcionalidade também tem fulcro no devido processo legal substantivo.

⁵³ **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 396.

⁵⁴ **Direito processual civil:** tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: PODIVM, 2005. v. I, p. 16, fazendo referência a Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 575.

E é nesta esteira o nosso entendimento.

3.7 Proporcionalidade e equidade

Analisando o princípio da proporcionalidade à luz dos ensinamentos da filosofia do Direito, chegaremos à equidade.

Nesse diapasão, Maria Brochado⁵⁵ cita Aristóteles, que definiu a equidade como ponto intermediário, uma espécie de termo proporcional, pois que, em toda espécie de ação em que há o mais e o menos, também há o igual.

Dessa forma, a equidade, como fonte secundária de direito, sempre estará à disposição dos aplicadores da lei, para que sejam evitadas situações de injustiça.

3.8 Conclusão

Como conclusão, podemos dizer que, no que tange às medidas de urgência, objeto deste trabalho, revela-se o princípio da proporcionalidade como sendo de fundamental importância; primeiro, porque, em se tratando de uma liminar *inaudita altera part*, o órgão julgador deverá ter aplicado o princípio em tela, chegando à conclusão de que, para a efetividade da medida, faz-se necessário o adiamento do contraditório; segundo, porque, como se verá mais adiante, há casos em que o risco de irreversibilidade dos efeitos concretos da medida de urgência é absoluto⁵⁶, devendo, pois, o magistrado sopesar os bens jurídicos envolvidos para que a sua decisão seja justa⁵⁷.

⁵⁵ O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 155, jul./set. 2002. p. 138.

⁵⁶ Como exemplifica João Batista Lopes, “Há situações em que, ao revés, fica nítida a irreversibilidade. Numa ação constitutiva aforada para ver anulada uma assembléia condominial não pode o juiz, por exemplo, antecipar o pedido de anulação, porque a desconstituição provisória do ato gerará insegurança na relação jurídica em conflito aberto com a finalidade do processo. Mas é perfeitamente possível, como já vimos, antecipar alguns efeitos práticos do provimento final, como, por exemplo, a suspensão provisória de exigências ilegais aprovadas pela assembléia de condôminos.

Outro exemplo: em ação intentada para anular ato ilegal de presidente de sociedade anônima (v.g., proibição de voto de acionista) é vedado ao juiz, em sede de tutela antecipada, pronunciar a nulidade do ato, cabendo-lhe, porém, deferir a suspensão de sua eficácia. Há que registrar, também, que a irreversibilidade é via de mão dupla, isto é, pode prejudicar o réu, em caso de concessão da medida, ou o autor, na hipótese de indeferimento.” (Tutela

Neste sentido, inclusive, são os julgados cujas ementas foram acima transcritas.

Desta forma, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que, sem a aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito do direito processual civil, seria impossível a solução de diversos impasses, quando princípios constitucionais estivessem em conflito.

Deixaria, assim, de ser respeitada a garantia do amplo acesso à justiça, com a tutela efetiva dos bens jurídicos envolvidos.

Entendemos que estudar os contornos do princípio da proporcionalidade revelou-se como sendo de vital importância a este trabalho, na medida em que, através da aplicação de tal princípio, se pode chegar a um equilíbrio constitucional entre os valores efetividade e segurança jurídica, tutelados na Constituição Federal, imprescindível à distribuição da justiça.

antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 815, 2003. p. 97)

⁵⁷ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz faz interessante apontamento sobre o tema: “Pretende-se dizer, então, que ao conhecer da causa, isto é, da demanda cautelar proposta, e para decidir acerca do pedido de concessão de medida liminar, o órgão julgador faz necessariamente uma abordagem axiológica da situação de fato, pois o processo de conhecimento, como é óbvio, é um processo de pensamento vinculado à formulação de juízos de valor. Precisamente neste ponto surge o princípio da proporcionalidade como forma de se averiguar quais serão os critérios de valor que deverão ser levados em consideração para se poder aquilatar qual das partes litigantes terá seu interesse sacrificado em detrimento da outra, no momento de decidir-se o julgador acerca do pedido de concessão liminar da medida cautelar perseguida.

[...]

Exemplo significativo dessa aplicação fornece EGAS MONIZ DE ARAGÃO, fazendo referência ao art. 401 do Código de Processo Civil português, através do qual o legislador aconselha ao juiz a ponderar sobre a medida cautelar pleiteada, e somente concedê-la se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar.” (A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, abr./jun. 1992. p. 106, citando trecho da monografia de Egas Moniz de Aragão, *Poder geral do juiz (medidas provisórias)*. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 42, 1990. p. 37-57)

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA – A ORIGEM DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

4.1 Direito romano

Desde o Direito romano, há registros de tutelas jurisdicionais, concedidas até mesmo após cognição *prima facie*, aptas a provocar mudanças no mundo empírico.

Neste sentido, é o ensinamento de Briegleb⁵⁸, jurista e historiador do século XIX, que, em sua obra sobre o processo sumário, faz referência a doze exemplos de tutelas de urgência: dez deles nas Pandetas – nove de Ulpiano e um de Paulo –, um no Código de 213 d.C. e outro no Código de 331 d.C.

Esses interditos do processo romano consistiam em ordem emitida pelo órgão julgador, impondo determinado comportamento a uma pessoa de direito privado, a pedido de outra.

Tal forma de tutela abrangia praticamente a maioria das relações da vida, atinentes a direitos absolutos. Admitia, esta forma de tutela, execução específica.

De outro lado, os pedidos ressarcitórios, decorrentes de direitos obrigacionais, encontravam guarida na *actio*, com juízo privado.

Como assevera José Roberto dos Santos Bedaque,

No direito romano havia, portanto, dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada⁵⁹.

São tidas como antecedentes da moderna tutela cautelar a *manus iniectio* e a *pignoris capio*.

Pode-se, pois, afirmar que o processo sumário, voltado à solução de casos urgentes, tem sua origem no interdito romano da época clássica e não nos interditos possessórios existentes nos *judicia extraordinaria*.

⁵⁸ BRIEGLER, Hans Karl. Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse, Leipzig, Tauchnitz, 1859, *Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip*, Frankfurt a. M., 1969, § 53, pp. 239-245.

⁵⁹ **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

No Direito canônico, por desconhecimento de tal forma sumária de tutela usada no Direito romano antigo, foi ampliada a idéia de posse para os direitos pessoais, em discordância com a concepção romana para o dito instituto. Aplicava-se, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, com a conseqüente supressão das formalidades do processo comum, nos casos que demandavam urgentes providências.

Tal procedimento tornou-se comum no continente europeu, a partir do século XIII, em países como Itália, Espanha, França e Alemanha.

Na Alemanha, esses interditos eram chamados de *inhibitiones* e tinham início com uma ordem judicial para a tutela do interesse reclamado e já apresentavam traços dos preceitos cautelares *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Revelavam-se bastante freqüentes estes procedimentos, que acabavam por se aproximar dos ditames do interdito romano.

Os mandados ali expedidos podiam ser com ou sem cláusula justificativa, isto é, com ou sem possibilidade de defesa.

Quando existia *periculum in mora*, admitia-se a expedição do mandado, sem cláusula justificativa.

4.2 Processos de cognição sumária e de cognição exauriente

Destarte, pode-se afirmar que, desde os primórdios do Direito, há dois sistemas processuais autônomos – um de cognição sumária, com a expedição de mandado, para cumprimento de ordem, liminarmente e *inaudita altera pars*, e outro de cognição exauriente, com contraditório equilibrado entre as partes.

Como nos ensina José Roberto dos Santos Bedaque, o grau de cognição nos sistemas processuais dependia de fatores sociais:

A concepção individualista é compatível com o procedimento mais lento. Já a preocupação com o interesse público faz com que se busquem técnicas sumárias de solução de controvérsias. Atingir o equilíbrio entre esses valores significa encontrar o modelo ideal de processo, o que constitui a grande preocupação do processualista moderno, voltado para a efetividade do sistema.

Verifica-se, ainda, que a adoção deste ou daquele mecanismo está intimamente ligada às peculiaridades do plano material. Tanto que o surgimento de novas relações jurídicas no fim da Idade Média e na

Renascença obrigou à redescoberta da fórmula interdita romana, a fim de atender às necessidades do direito material e das novas modalidades de conflitos⁶⁰.

Tem-se, assim, que os interditos romanos são antecessores da tutela cautelar, pois também contêm ordem de tutela provisória.

4.3 Primeiras autorizações para a concessão de medidas de urgência

De outro lado, encontram-se, nas inibições previstas no *Codex iuris canonici* (cânone 1672) e nos Códigos Sardinianos de 1854 e 1859, autorizações genéricas para a concessão de medidas urgentes, para fazer ou não fazer, com o fim de evitar alterações no estado de fato que possam prejudicar o resultado do processo.

Por certo, muito tempo antes de ter sido no nosso sistema introduzida a previsão para a concessão de medidas de urgência, era já claramente perceptível a idéia compartilhada por vários estudiosos do direito acerca da necessidade de serem evitados os danos causados pela demora do processo, que poderiam vir a tornar absolutamente ineficaz a tutela jurisdicional nele reclamada.

4.4 Processo cautelar

Construiu-se, com fulcro em tal idéia, a teoria das medidas cautelares, tendo sido somente a partir da segunda metade do século XIX que se começou a esboçar os traços de um processo verdadeiramente cautelar⁶¹.

A concepção das medidas cautelares, como medidas destinadas a conferir efetividade à tutela jurisdicional reclamada em outro processo, tem sua origem na Lei das XII Tábuas;

⁶⁰ **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

⁶¹ Ovídio Baptista da Silva ressalta que a tutela cautelar sempre existiu, inclusive com acentuada importância no direito romano; porém, apenas modernamente foi isolada e concebida como tutela autônoma, pois antes não era suficientemente compreendida pela ciência jurídica que não dispunha dos instrumentos de análise com que hoje pode contar a ciência do direito (**Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 2).

nesta norma jurídica, havia previsão de só 2 (dois) meios preparatórios de uma execução forçada, quais sejam, o *addictus* e o *nexus*.

Em 1850, foi criado no Brasil o Regulamento n. 737, que tem relevante papel para o direito processual brasileiro, notadamente no que diz respeito à economia e à simplicidade dos procedimentos; foi editado imediatamente após a elaboração do Código Comercial do Império, tratando somente das normas processuais comerciais.

Foi em 1880, com o Decreto n. 763, que passou a se dar igual tratamento aos processos de natureza civil.

No aludido Regulamento é que está a primeira codificação sobre as ações cautelares no Direito brasileiro; estabeleceram-se, ali, medidas preparatórias ou preventivas específicas, sem que se fizesse, contudo, qualquer referência ao poder geral de cautela.

Foi o processualista alemão Adolf Wach que, em 1868, realizou o primeiro estudo científico sobre ações cautelares, mais especificamente sobre o arresto no Direito italiano.

A necessidade de uma tutela cautelar passou a se revelar presente na atividade jurisdicional, desde o início do século XX.

Já no início do século XX, apresentam-se os importantes estudos de Giuseppe Chiovenda, com o fim de sistematizar a tutela cautelar, que deveria ser vista como *mera ação* com o objetivo de afastar “o temor de um dano jurídico, isto é, a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito”⁶².

Dita *mera ação* teria cognição sumária, tendo em vista a urgência demandada.

Sustentava Chiovenda, também, a provisoriedade das medidas cautelares e a responsabilidade do requerente, em não sendo confirmada a medida, no final da lide.

4.5 Poder geral de cautela

Em 1909, Chiovenda elaborou projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano de 1865, do qual constava permissiva para a concessão, pelo órgão julgador, de provimentos cautelares; contudo, tal autorização não foi acolhida naquele momento.

⁶² **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 334.

Pouco depois, Francesco Carnelutti também passa a estudar o processo cautelar; em 1926, o autor apresenta um projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano, o qual, em seu art. 324, continha expressa previsão para o poder geral de cautela⁶³.

Carnelutti desde então já salientava que a demora do processo provoca danos a quem, provavelmente, tem razão; asseverava que a tutela cautelar prevenia danos ao direito litigioso, gerando a composição provisional da lide, enquanto ainda pendente a sua composição definitiva⁶⁴.

Os tribunais sentiam que o direito positivo era insuficiente, já que ali somente estavam disciplinadas medidas cautelares típicas.

Ademais, na lei estava dimensionado o agir dos órgãos julgadores⁶⁵.

No Brasil, após a proclamação da República, foi aberta aos Estados a possibilidade de legislar sobre direito processual civil, sendo que o Código Paulista, datado de 1930, continha disposições atinentes a medidas cautelares, em seu art. 11.

As idéias de Chiovenda e Carnelutti sobre o processo cautelar ganharam ainda mais força, em 1936, com a concepção de Piero Calamandrei, professor da Universidade de Florença, que, em sua clássica obra **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, sustentou a função instrumental do processo cautelar em relação ao processo principal, confirmando o seu caráter de provisoriedade.

No ano de 1942, foi publicado o Código de Processo Civil italiano, com disposição autorizando a concessão, pelo órgão julgador, de medidas urgentes dentro do poder geral de cautela, no seu art. 700:

Art. 700. Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste Capítulo, quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja este ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os efeitos da decisão na causa principal.

⁶³ “Art. 324. Quando dallo stato di fatto di una lite sorge ragionevole timore che i litiganti commettano violenza, ovvero che si compiano prima della decisione atti tali da poter ledere in modo controverso, ovvero che nel processo una delle parti si trovi in condizione di grave inferiorità di fronte all'altra, il giudice può prendere i provvedimenti provvisori ad evitare che il pericolo si avveri.”

⁶⁴ **Sistema de direito processual civil**: introdução e função do processo civil. 2. ed. São Paulo: Lemos e Lemos, 2004. v. 1, p. 205.

⁶⁵ Na explicação de Arruda Alvim, “Ou seja, a definição da *medida*, do *como* e do *quando*, em que o juiz podia interferir na vida das pessoas, havia de ser, rigidamente, prevista em lei, ou seja, pelo legislador. Vale dizer, o *periculum in mora* seria aquele que, como tal, houvesse sido assumido pelo legislador, o que, a seu turno, levava à necessária inexistência de um poder cautelar geral.” (Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. **Revista de Processo**, n. 97, São Paulo, p. 68)

Curioso é que, antes mesmo de constar do ordenamento jurídico italiano a referida permissiva, foram os ensinamentos dos referidos doutrinadores italianos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, que, no art. 675 do Código de Processo Civil de 1939, assim dispunha:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes, quando: I) do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes. II) antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de acusar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes. III) no processo, a uma das partes for impossível produzir provas, por não se achar na posse de determinada coisa.

Também, no Código de 1939, foi a lide cautelar disposta como um terceiro gênero de processo autônomo, seguindo-se o apregoado por Carnelutti, o que se revelou de vital importância para a evolução das medidas de urgência.

Já o Código de Processo Civil nacional de 1973 sistematizou, de forma mais completa, o processo cautelar, tendo, ademais, aperfeiçoado a redação da regra atinente ao poder geral de cautela, que assim passou a constar do art. 798 do diploma em vigor até os dias atuais:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação⁶⁶.

4.6 Processo civil clássico

Importante aqui ressaltar que, na estrutura do processo civil clássico, há rígida separação entre as tutelas cautelar, cognitiva e executiva⁶⁷.

⁶⁶ De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, “Aliás, convém observar que, à luz do disposto no art. 798, e apesar da discriminação restritiva inserta, sem necessidade, no art. 799, o melhor entendimento *não considera exaustivo o rol das medidas cautelares, individualmente revistas no texto legal*: admite a utilização de outras, que se revelem adequadas, diante das características e circunstâncias do caso concreto, a despeito de não referidas no caso concreto.” (**O novo processo civil brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 370)

⁶⁷ Como nos ensina Arruda Alvim, “A função de cognição tinha por fim a declaração do direito (*lato sensu*); a cautelar, única e exclusivamente, a de produzir um efeito assecuratório da possibilidade de realização prática ulterior da eficácia *possivelmente* emergente da sentença final, do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir um efeito idêntico àquele suscetível de ser

E, como é sabido, em sua concepção originária, o nosso Código de Processo Civil foi fiel a este modelo clássico.

Neste modelo de processo, não havia espaço à tutela preventiva, nem tampouco à tutela sumária de natureza satisfativa.

Valorizava-se a tutela ressarcitória e, assim sendo, as obrigações de fazer e não fazer inadimplidas convertiam-se ou eram sempre redutíveis a perdas e danos.

Como assevera Arruda Alvim,

A matriz da tutela ressarcitória encontra-se expressada pelo art. 1.142 do CC francês, o qual dispõe que “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor” (*nemo ad factum potest cogi*). Com a solução da *tutela ressarcitória*, sempre conseqüente ao inadimplemento, está implicado um pensamento distanciado do direito material, justamente porque, *aquilo que resultava pactuado, no plano do direito material* (= realização do fazer ou do não fazer), se não ocorresse, levava à constatação de que não dispunha o direito processual de instrumento apto ou efetivo a que isso viesse a ocorrer⁶⁸.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, neste cenário,

Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário, à efetiva tutela jurisdicional providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da “denegação de justiça”, sem embargo da vitória serodiamente alcançada no pretório. Analisando o tema, observa Federico Carpi: “A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente” (*La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e “giudizio di merito”, Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985. p. 4*)⁶⁹.

produzido pela procedência da ação; destinava-se, por excelência e exclusivamente à produção do valor segurança, teleologicamente preordenado a assegurar a eficácia da sentença do processo principal.

[...]

A realização do direito ou a execução, *propriamente dita*, eram sempre e necessariamente sucessivas ao término da cognição, o que, como regra geral, pressupunha a ocorrência de coisa julgada (salvo, limitadamente, no caso de execução provisória, *em cujo âmbito não se podia chegar às últimas conseqüências*).” (Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. **Revista de Processo**, n. 97, São Paulo, p. 58).

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁹ **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 34, Rio de Janeiro, p. 64.

4.7 Necessidade de concepção de uma tutela provisória

Neste cenário, houve uma evolução, em todo o Direito europeu, voltada à concepção de uma tutela provisória apta a conservar e a regular a situação jurídica material das partes.

Desde então, tinha-se em mente que a decisão proferida em sede de cognição sumária havia de ser reversível, possibilitando a sua revogação, após cognição exauriente.

Assim é que até mesmo na França, onde sequer existia uma previsão para o poder geral de cautela e para as medidas provisórias, como havia no Direito alemão e no italiano, a antecipação de tutela foi também inserida no ordenamento jurídico, sob o argumento de que, de fato, existiam questões de mérito que demandavam imediata solução, sob pena de se perpetrar uma situação de injustiça.

Na Itália ainda não existe um instrumento específico à antecipação de tutela. Contudo, lá se admite, amplamente, que tal antecipação se dê em sede cautelar.

Já no Direito português, a possibilidade de antecipação de tutela está abrangida pelo poder geral de cautela.

4.8 Sistema pátrio

No sistema pátrio, vêm sendo promovidas, desde o ano de 1994, reformas no Código de Processo Civil, tendo como um dos principais objetivos o aprimoramento das técnicas destinadas à diminuição dos malefícios decorrentes do tempo do curso processual às partes, dentre as quais está a antecipação dos efeitos da tutela final pretendida⁷⁰.

⁷⁰ Novamente, vale aqui citar comentário de Humberto Theodoro Júnior acerca do tema: “Embora seja evidente que os problemas de deficiente prestação jurisdicional não se restringem apenas ao aspecto da legislação processual, pois são notórias as dificuldades localizadas no terreno dos serviços judiciários, do recrutamento dos juízes e seus auxiliares e de seu adestramento para bem desempenhar a difícil missão de fazer justiça, é irrecusável que por meio das reformas legislativas, abre-se o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas observações podem provocar entre os operadores do processo, conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.” (Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 34, Rio de Janeiro, p. 66)

Foi com o advento da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, fruto do dito movimento reformista, que passou a existir o instituto da antecipação de tutela como figura de abrangência geral (art. 273 do nosso CPC)⁷¹.

Esta antecipação de tutela importa uma precipitação no tempo, uma antecipação de um ou de vários efeitos da tutela jurisdicional reclamada, que será concedida após cognição exauriente.

A alteração trazida também pela Lei n. 8.952/94, ao art. 461 do nosso Código de Processo Civil, mudou, visceralmente, o modelo sistemático antes existente; criaram-se, com as disposições ali inseridas, novas ferramentas para as execuções de obrigações específicas, que antes eram, como já dito, reduzidas, quase sempre, a indenizações em pecúnia.

Através destes dispositivos legais, viabilizou-se que cognição e execução pudessem se dar num mesmo processo, sem que o conhecimento da causa tivesse de ter caráter exauriente e sempre antecedente à execução.

Passou-se a valorizar a tutela voltada à prevenção do dano e do ilícito, dada a consciência que se tomou de que há direitos que, uma vez violados, não podem ser alvo de simples ressarcimento em pecúnia; finalmente, a regra disposta no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal passou a ter eco no diploma processual.

Importante aqui dizer que, logo após a inserção da técnica antecipatória no nosso ordenamento jurídico, começou um forte movimento na doutrina pátria, com o fito de diferenciar as medidas antecipatórias das cautelares; as distinções feitas eram de tal monta que faziam com que se acreditasse ser inviável a utilização de um meio cautelar quando a situação, em princípio, demandava providência de natureza antecipatória, e vice-versa.

Como não havia disposição legal que tratasse o assunto de forma diversa, ao contrário, o texto da lei dava margem justamente a esta rígida distinção entre as duas técnicas de urgência, por anos, convivemos com uma insegurança jurídica, que, certamente, muitas vezes, chegou a causar danos ao direito daqueles que necessitavam de uma medida de urgência e não a conseguiam por entender o órgão julgador ter sido requerida a medida equivocada.

Em 2002, sobreveio a Lei n. 10.444, que introduziu o § 7º ao art. 273 do CPC⁷², o qual trouxe permissiva para aplicação do princípio da fungibilidade entre as medidas de urgência.

⁷¹ Esta previsão geral para a concessão de medidas urgentes guarda semelhança com os interditos romanos aqui já mencionados, já que torna possível a satisfação do direito do autor, no início do processo.

A diferença primordial consiste no fato de que o interdito pode ter caráter definitivo, sobretudo em se tratando de interditos incondicionados.

Já a tutela antecipada do nosso sistema caracteriza-se como uma medida provisória, que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, até a decisão final do processo.

⁷² Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.

A respeito do tema, cabe-nos aqui dizer que, nada obstante o texto do citado dispositivo legal fazer menção, unicamente, à possibilidade de, em tendo sido requerida antecipação de tutela, quando o caso demandava, na realidade, providência de natureza cautelar, ser esta deferida, em caráter incidental do processo ajuizado, uma vez presentes os respectivos pressupostos, entendemos que o contrário também pode acontecer: uma vez sendo requerida providência cautelar, em caso em que deveria ter sido pleiteada antecipação de tutela, presentes os pressupostos legais, há de ser esta deferida.

Neste sentido, manifestaram-se Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, já logo após a entrega em vigor do citado dispositivo legal:

[...] razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução⁷³.

As medidas cautelares e as antecipatórias identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, mas sujeitam-se a regimes processual e procedimental diversos.

Daí por que a importância da permissiva acima citada de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas de urgência.

Como conclusão deste capítulo, entendemos por bem citar Eduardo de Avelar Lamy, cujo ensinamento coaduna-se, perfeitamente, com a nossa visão a respeito do tema em foco:

Se as reformas posteriores do Código de Processo Civil seguirem a tendência do sincretismo e se os operadores do direito tiverem bom senso ao proceder, acredita-se realmente ser possível haver um crescimento da flexibilização e simplificação dos institutos do direito processual civil, em detrimento do rigor técnico antes empregado, de tal forma que o processo se aproxime do direito material a ponto de possibilitar que as técnicas acautelatórias e assecuratórias existentes para a prestação da tutela jurisdicional não definitiva de urgência sejam unificadas sistematicamente⁷⁴.

⁷³ **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 61.

⁷⁴ A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 118, nov./dez. 2004. p. 297.

5 A NECESSÁRIA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL

5.1 Direito material e direito processual

Preambularmente, em apertada síntese, pode-se dizer que o direito processual compreende o complexo de normas e princípios que regem o processo – o exercício conjugado da jurisdição pelo órgão julgador, da ação pelo demandante e do direito de defesa pelo demandado. Já o direito material é formado pelas normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida.

Em tempos remotos, era o direito processual tido como mera expressão do direito material ao qual estava relacionado; era o direito material que guardava as disposições referentes aos instrumentos dos quais os jurisdicionados deviam se valer para proteção e satisfação das suas pretensões. Foi a fase processual conhecida como civilista (ou imanentista), quando o direito processual não gozava de qualquer autonomia com relação ao direito material, tampouco tinham os órgãos julgadores qualquer flexibilidade quanto ao uso dos institutos processuais.

Neste diapasão, inclusive, é que foi editado o nosso Código Civil de 1916, que, em seu art. 75, deixava claro ser o direito processual apenas um aspecto do direito material; era o direito processual a parte do direito material que se prestava a este dar efetividade.

Após, sobreveio a fase autonomista do direito processual – buscava-se uma completa autonomia do direito processual em relação ao direito material, sob o argumento de que aquele ramo do direito revestia-se de características próprias, com uma estrutura diferenciada de valores e necessidades jurídicas.

Contudo, ainda que já se pudesse reconhecer o direito processual como direito autônomo, não se admitia a existência do direito ao processo sem que houvesse o direito material.

O direito processual ainda estava, de certa forma, amarrado ao direito material.

5.2 O direito processual nos dias atuais

A ciência processual é ainda bastante nova – um século é pouquíssimo, se levarmos em consideração os mais de vinte séculos de armazenamento das velhas tradições acerca de direito e processo.

Como assevera José Roberto dos Santos Bedaque, esta ciência processual, no Brasil, está vivenciando a fase chamada por autorizada doutrina de *instrumentalista*. “É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados.”⁷⁵

Atualmente, tem-se que o valor do processo pode ser medido pelos resultados que ele é capaz de produzir.

Sabe-se que, para que se garanta a almejada tutela jurisdicional efetiva, os olhos dos legisladores e dos aplicadores do direito devem estar voltados não apenas ao direito material propriamente dito, mas também à realidade social.

5.3. Tutela jurisdicional e prestação jurisdicional

Como nos ensina Humberto Theodoro Júnior⁷⁶, o núcleo do direito processual é a ação.

Com efeito, no decorrer da trajetória histórica do direito de ação, até se chegar ao conceito que dele hoje se tem, a doutrina passou por certos estágios. Primeiramente, seguindo o modelo do direito romano, acreditava que a ação seria o poder de obter em juízo a satisfação de um direito subjetivo. Chegou ao estágio moderno, em que o direito de ação separou-se do direito material, adquirindo a qualidade de um poder jurídico autônomo.

E atingiu seu grau máximo de autonomia, quando se passou a se admitir o seu exercício ainda que a parte não fosse, de fato, titular do direito subjetivo motivador da demanda⁷⁷.

Nesta esteira, foi construída a diferenciação entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional.

⁷⁵ **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15.

⁷⁶ Divagações em torno do tema “direito e processo”. **Revista Forense**, n. 332, Rio de Janeiro, dez. 1995. p. 45.

⁷⁷ Se, de um lado, a autonomia almejada pelos processualistas trouxe grandes resultados acadêmicos, por outro lado, significou um distanciamento do processo dos seus fins propriamente ditos.

Segundo nosso entendimento, a prestação jurisdicional consiste na resposta que há de ser dada a todo aquele que exerce o direito de ação.

Ainda que não tenha direito à pretensão deduzida em juízo, em tendo sido observadas as condições da ação e os pressupostos processuais, o autor tem o direito, que lhe é constitucionalmente garantido, à prestação jurisdicional.

Em não estando presentes os pressupostos de existência, validade e eficácia do processo, é o demandado que faz jus à prestação jurisdicional; é ele que necessita de um pronunciamento judicial que o libere da relação processual, retirando-o da desconfortável situação de réu⁷⁸.

De outro lado, a tutela jurisdicional somente é prestada àquele que demonstra no processo ser detentor do direito material que pretende seja satisfeito ou protegido⁷⁹.

Oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior a respeito do tema: “Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional.”⁸⁰

O direito de ação garante ao autor somente a obtenção de um provimento de mérito. Para obtenção de uma decisão favorável, o autor deve ter o direito de ação e a sua pretensão amparada pelo direito substancial.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “tutela jurisdicional é a proteção que se dá a determinado interesse, por via jurisdicional, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém”⁸¹.

⁷⁸ Citando ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco: “Não só o autor deduz demanda, no processo de conhecimento. O réu demanda também e suas demandas ocorrem em princípio na *fase postulatória* do procedimento, durante a qual ambas as partes postulam. A mais significativa das demandas que o réu pode formular, no tocante ao objeto do processo instaurado por iniciativa do autor, é a de declaração de inexistência do direito alegado por este (improcedência). Mas ele pode demandar também a rejeição da demanda inicial por inadmissibilidade (carência de ação), por inépcia da inicial, por ausência de pressuposto processual, por descumprimento de requisitos de regularidade do processo, por abandono deste *etc.* A garantia de ingresso em juízo é, portanto, assegurada a ambas as partes e ao juiz cumpre pronunciar-se sobre todas as demandas colocadas no processo – quer venham do autor, quer do réu.” (**Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 821)

⁷⁹ Este entendimento não é unânime. Para Ovídio Baptista, tutela jurisdicional e prestação jurisdicional são expressões sinônimas. Também Flávio Luiz Yarshell entende que, mesmo nas hipóteses de extinção do feito, sem julgamento de mérito, há tutela jurisdicional.

⁸⁰ **Inovações sobre o direito processual civil**: tutelas de urgência. São Paulo: Fadis, p. 241.

⁸¹ **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

5.4 Efetividade da tutela jurisdicional

Com efeito, a garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), durante muito tempo, foi entendida como sendo, apenas e tão-somente, o direito à prestação jurisdicional, na qual poderia ou não estar compreendida a tutela jurisdicional.

Este o conceito que entre nós vigorou desde a proibição da autotutela.

Contudo, ao longo do tempo, verificou-se que a simples prolação de decisão, muitas vezes, não era suficiente para a pacificação do litígio; nessas situações, a proteção ou satisfação do direito do demandante não se dava com a simples prolação de decisão a este favorável: era preciso que o comando expresso em tal decisão fosse efetivado, provocasse mudanças no mundo empírico, para que o jurisdicionado tivesse o seu direito de fato tutelado⁸².

Sabe-se hoje que, muitas vezes, para que a tutela jurisdicional seja, de fato, efetiva, há de se deixar de lado o apego demasiado às formas dos atos processuais, valorizando o seu conteúdo.

Como assevera José Roberto dos Santos Bedaque, “Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.”⁸³

São casos que demandam a aplicação do princípio da proporcionalidade, por nós já estudados, no capítulo 3 deste trabalho.

Tem-se claro que, em sendo o direito processual instrumental, devem seus institutos ser concebidos de acordo com o direito material.

Esta necessidade de reaproximação do direito processual ao direito material não é de hoje; começou a dar sinais, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial e, na América Latina, mais recentemente⁸⁴.

⁸² Neste sentido, vale aqui conferir as considerações feitas por Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart: “Em outras palavras, se o particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela que correspondesse à realização da ação privada que foi proibida. O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como o direito que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.” (**Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001. p. 26).

⁸³ **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2003. p. 17.

⁸⁴ Na América Latina, isto aconteceu uma ou duas décadas depois da Segunda Guerra Mundial, o que, conforme Arruda Alvim, “se explica pelo descompasso do desenvolvimento do capitalismo, em nosso continente, o que

Na Europa, nos Estados Unidos e aqui houve pressões sociais, reivindicando *novos* direitos, dada a insuficiência dos instrumentos existentes, destinados à satisfação de interesses puramente individualistas.

Importante dizer que, no nosso País, seguindo o que aconteceu na Europa e nos Estados Unidos, simultaneamente ao fenômeno de ascensão das massas, houve um aumento no número de pessoas nos grandes centros e, conseqüentemente, um nascimento de pretensões até então inexistentes, porque inexistentes, até então, eram determinados tipos de problemas.

Neste sentido, Arruda Alvim assim nos ensina:

Foi depois da segunda guerra mundial que se vieram a perceber, com maior nitidez, pela sua gravidade e dramaticidade, os problemas que passaram a afligir as sociedades existentes e respectivos governos, os quais podem, sinteticamente, ser surpreendidos pelos seguintes indicativos: 1) *desequilíbrio entre os litigantes, constantemente defrontando-se um forte com um fraco (ainda que, na Europa, já em fins do século passado, não fosse esse fenômeno estranho à contextura social, o qual, no entanto e por isso mesmo já, encontrava remédio no sistema do Código de Processo Civil austríaco, mercê do reconhecimento de um juiz ativo, onde, sem embargo deste ponto pioneiro, dentre outros, dever tal Código, ainda, ser considerado um sistema mais afeiçoado ao passado); 2) convivendo com esse desequilíbrio, que vem subsistindo, passou-se a verificar precariedade, ou ausência mesmo da possibilidade de Acesso à Justiça, para um grande número de pessoas, porque: a) não sabem que tem direitos; b) se, eventualmente, tem consciência de que os têm, todavia, não tem condições de arcar com os custos de um litígio; c) e, em função de características, cada vez mais acentuadas, das sociedades moldadas pelo sistema capitalista, em grande número de hipóteses, muitos litígios acabam não sendo individualmente compensatório, mesmo que o lesado tenha consciência dos seus direitos, e, “teoricamente” pudesse cogitar de arcar com os ônus de um litígio, como, exemplificativamente, nos caos de relação de consumo⁸⁵.*

O processo civil existente tinha raízes no individualismo e, assim, os institutos jurídicos consideravam o indivíduo agindo isoladamente.

Tanto o direito civil, como o direito comercial, também foram assim estruturados, considerando um indivíduo, isoladamente.

Os códigos da era clássica haviam sido feitos para favorecer os detentores do poderio econômico e não as massas ascendentes.

estabeleceu momentos mais tardios para a ocorrência de tais reivindicações sociais e respectivas conseqüências.” (Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado da do direito material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, n. I, jan./jun. 2001. p. 96)

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 96.

E, para tornar a situação ainda mais complicada, a evolução da sociedade, como dito acima, trouxe à baila bens jurídicos que eram praticamente inexistentes, ou desconsiderados pelas ordens jurídicas.

São bens jurídicos atinentes ao meio ambiente, ao consumidor, etc., e, mais recentemente, a interesses difusos ou coletivos.

Fez-se, assim, necessário criar modelos processuais capazes de solucionar as novas modalidades de conflitos, envolvendo estes novos bens jurídicos.

O direito processual há de sempre se flexibilizar para atender os desígnios do direito material; do contrário, o instrumento estará fugindo ao seu escopo.

Mais uma vez citando José Roberto dos Santos Bedaque, “o instrumento precisa ser eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido.”⁸⁶

Porque a vida cotidiana não é estática, sempre estão surgindo novas situações de direito material que demandam novos instrumentos para sua proteção e satisfação.

5.5 Tutelas diferenciadas

As constantes reformas pelas quais o nosso diploma processual civil vem passando refletem, justamente, a redescoberta da relação entre o processo e o direito material; esta redescoberta, por sua vez, acentua a necessidade das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, que são tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a proteger e a satisfazer, de forma adequada e efetiva, particulares situações de direito material, que não podem ser adequada e efetivamente satisfeitas e protegidas pelas tutelas jurisdicionais ordinárias.

Como já nos manifestamos em outra oportunidade,

[...] no tocante às técnicas previstas pelo processo civil clássico para concessão da tutela jurisdicional, resta claro que a doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a idéia de que a única tutela contra o ilícito era a reparação do dano.

Por seu turno, a adoção de tutelas diferenciadas tem íntima relação com a efetividade almejada pelo processo civil de resultados, eis que são, por essência, resultado da perseguição da efetividade pelo sistema.

⁸⁶ **Direito e processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.

Nesse sentido, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno *processo de resultados*, em que o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição do litigante⁸⁷.

Neste diapasão, vale anotar que a locução *tutela diferenciada* tem sua origem no conceito de Proto Pisani, segundo o qual aos jurisdicionados há de se garantir “ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diretto sostanziale”⁸⁸.

Oportuna a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Mais recentemente, todavia, observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face a situações de urgência. Os termos tutela diferenciada, ou simplesmente tutela sumária *lato sensu*, indicam exatamente a utilização de técnicas processuais que, ainda no dizer de Proto Pisani, possam: a) evitar às partes e à administração da justiça o “custo” do processo de cognição plena, nos casos em que não se justifica a plausibilidade de contestação; b) assegurar rapidamente a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem de conteúdo (exclusiva ou prevalentemente) não patrimonial e que sofreriam dano irreparável pela demora da cognição plenária; e c) evitar o abuso de defesa do demandado, mediante a utilização dos instrumentos de garantia previstos para o procedimento ordinário⁸⁹.

Por certo, não há, ainda, uma definição unânime da doutrina acerca do que vem a ser a tutela diferenciada.

Sob o nosso ponto de vista, a tutela diferenciada distingue-se das demais espécies de tutela porque se destina a satisfazer ou proteger determinada situação de direito material, que não poderia ser *eficazmente* satisfeita ou protegida por outras espécies de tutela⁹⁰.

A relevância que a tutela diferenciada vem conquistando decorre, justamente, da visão que hoje se tem da necessária interdependência entre os direitos material e processual.

A necessidade que possui o direito material de fazer uso do processo para chegar à sua efetivação, quando há um conflito de interesses, bem como a obrigação que o processo tem de

⁸⁷ Direito civil e processo. **Tutelas diferenciadas**: o resultado da reaproximação do direito processual ao direito material. São Paulo: RT, 2007. p. 501.

⁸⁸ **Lezione di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994. p. 645.

⁸⁹ Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **RePro**, n. 121, mar. 2005. p. 11-37.

⁹⁰ A classificação das tutelas jurisdicionais não mais pode levar em conta, unicamente, critérios processuais.

encontrar para a lide uma justa composição, evidenciam que não se pode pensar no direito processual como uma realidade técnica completamente separada do direito material.

É clara a função do processo de tutelar o direito material.

Como assevera J. E. Carreira Alvim, “O direito processual é, pela sua origem e destinação, um direito de cunho instrumental, destinando-se a garantir a efetividade do direito material.”⁹¹

A não ser do ponto de vista técnico, não se pode falar em autonomia do processo; existe uma necessária interdependência entre o direito processual e o direito material.

Mais uma vez, citamos aqui a lição de Arruda Alvim, que afirma ser “insuficiente proteger no plano do direito material, se inexistirem formas de viabilizar esta proteção”⁹².

O que se busca hoje é um processo de resultados, hábil a, de fato, prevenir ilícitos e prejuízos, fazer cumprir obrigações não espontaneamente adimplidas e, ainda, ressarcir prejuízos consumados.

Está claro que o direito processual não pode, de forma alguma, estar dissociado do direito material; são partes indissociáveis de uma mesma estrutura.

Neste cenário, o direito processual deve ter uma preocupação com os problemas sociais, econômicos e psicológicos que gravitam ao seu redor, já que o processo se presta, justamente, a atender os desígnios do direito material.

Concluimos ressaltando ser dever dos estudiosos de direito processual civil estarem sempre com a atenção voltada ao direito material, de forma a garantir que a tutela jurisdicional esteja em consonância com o princípio chiovendiano de que “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”⁹³.

⁹¹ Em prol de um direito processual econômico. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. I, n. 1, São Paulo, jan./jun. 1998. p. 28.

⁹² Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado da do direito material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, n. I, jan./jun. 2001. p. 101.

⁹³ **Saggi di diritto processuale civile**. I. 2. ed. Roma: Foro It., 1930. p. 110.

6 MEDIDAS DE URGÊNCIA – MEDIDAS CAUTELARES, TUTELA ANTECIPADA E LIMINARES

6.1 Introdução

Com o crescimento da sociedade, cresceu também o Estado e multiplicaram-se os conflitos, acabando por tornar morosa a prestação jurisdicional.

Essa situação tem feito com que a sociedade moderna siga em busca de alternativas para a solução dos conflitos, consciente que está da impossibilidade destes serem solucionados, exclusivamente, pelo Estado.

Assevera J. E. Carreira Alvim que

Estas experiências têm, sobretudo, a vantagem de proporcionar a resolução do litígio a baixo custo e sem a complexidade da Justiça togada. A propósito, Enrique Vescovi (*Manual de Derecho Procesal*, Montevideu, 1994, pp. 364-367) resume algumas formas de justiça alternativa, fora dos tribunais, mormente os *Neighbourhood Justice Center* (Estados Unidos), *Office of Fair Trading* (OFT) e *Advisory Conciliation and Arbitration Service* (ACAS) (Inglaterra), e conciliadores (França)⁹⁴.

De outro turno, para tornar mais eficaz o exercício da jurisdição, se tem buscado a simplificação dos ritos, através da simplificação do processo e do procedimento.

O Direito evolui de acordo com as mudanças da sociedade e, sendo o processo o mecanismo para atuação das regras de direito material, deve também evoluir a fim de atender as exigências da sociedade.

Como assevera João Batista Lopes

É mister, porém, pôr em relevo que a concepção de processo como instrumento técnico destinado a fazer atuar a vontade da lei para resolver os conflitos de interesses ou “garantir o bem da vida” se mostrou insuficiente para atender às necessidades da vida moderna, notadamente os processos que envolvem direitos de extensas coletividades⁹⁵.

⁹⁴ A antecipação de tutela na reforma processual. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 10, jan./mar. 1995. p. 148.

⁹⁵ **A tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

Assim, a doutrina passou a colocar em relevo a concepção de um processo civil de resultados, buscando a instrumentalidade substancial, a fim de se atingir a ordem jurídica justa e atender à sua função social.

João Batista Lopes explica, entretanto, que “a ordem jurídica de um país é justa ou injusta e o processo não tem o condão de modificar o ordenamento jurídico, mas sim de fazê-lo atuar efetivamente”⁹⁶. Nesse sentido, “o processo não é mero instrumento técnico, mas meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica”⁹⁷.

Em situações de emergência, há duas alternativas: seguir os procedimentos ordinários legalmente previstos, desprezando a situação de urgência, ou, ao contrário, proteger o provável direito exposto a um dano iminente.

A segunda opção é a que tem se revelado a mais escolhida, através da adoção de procedimentos mais céleres.

Com efeito, está se dando em cada vez maior escala a implementação das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, a respeito das quais já tratamos no capítulo 5 deste trabalho.

Nessa esteira, com o fito de agilizar a prestação jurisdicional, o nosso Código de Processo Civil vem passando por diversas reformas⁹⁸.

Certamente, a introdução no nosso ordenamento jurídico da antecipação de tutela, através da Lei 8.952/94, representa a mais importante contribuição que o movimento reformista deu para a modernidade e a efetividade do processo.

Como salienta João Batista Lopes, “Trata-se de profunda modificação na concepção tradicional de que somente a sentença final tem o condão de satisfazer o direito, vedada, em consequência, antecipação ou execução antes desse momento processual.”⁹⁹

Mas a tutela antecipada não decretou fim às medidas cautelares, que possuem seu papel próprio, como instrumentos que são à garantia da efetividade e da utilidade do provimento que é buscado num outro processo, este chamado de *processo principal*.

⁹⁶ **A tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 31.

⁹⁸ Como assevera Humberto Theodoro Júnior: “É intuitivo que a solução dos conflitos em Juízo tem de ser útil para a parte e para o escopo geral da jurisdição, a um só tempo atribuindo o bem litigioso a quem ele tem direito e mantendo sempre efetiva a vontade da lei na convivência social. Sendo inevitáveis os conflitos na vida em sociedade, quanto mais célere a marcha do debate em Juízo para solucioná-los, mais idôneo se mostrará o processo para cumprir sua missão de fazer justiça, pois é evidente que a incerteza sobre a situação conflituosa e a privação dos bens próprios enquanto perduram são inquestionáveis fontes de injustiça. Abreviar esse estado de injustiça ao mínimo possível é o ideal do princípio de economia processual, um dos pilares da moderna ciência do processo.” (Antecipação de tutela e medidas cautelares: tutela de emergência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, nov. 1998. p. 25)

⁹⁹ **Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 729, jul. 1996. p. 64.

Em todas as espécies de tutela de emergência, há a necessidade de ser preservada a cognição exauriente, não importando a natureza do provimento. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque,

[...] as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las¹⁰⁰.

Para o mencionado jurista, pode-se valer de uma “solução cautelar” para assegurar ou satisfazer um direito; sob o seu ponto de vista, o que mais importa é que ambas são tutelas de emergência, que dão como resposta um procedimento acelerado e, então, contrapõem-se à tutela definitiva.

Considera José Roberto dos Santos Bedaque que

Pelo sistema atual, a antecipação de tutela tem natureza cautelar, visto não possuir aptidão para se estabilizar. Sua eficácia depende do resultado final do processo, este, sim, passível de imutabilidade. Presentes, portanto, a provisoriedade e a instrumentalidade, características identificadoras do pronunciamento cautelar¹⁰¹.

No entanto, em sentido técnico, a tutela antecipada satisfaz o direito material, adiantando os efeitos da sentença de mérito. A tutela cautelar apenas assegura a viabilidade de realização do direito material. A primeira é concedida por decisão interlocutória em um processo que visa atingir, ao final, a cognição exauriente. A segunda é prestada em um processo acessório, que tem o fito de garantir a eficácia de outro processo.

Interessante é a opinião de João Batista Lopes, por nós partilhada: “Assim, a tutela antecipada tem em comum com a tutela cautelar a provisoriedade e a revogabilidade, mas dela se extrema, por não ter caráter instrumental, nem se referir a outro processo, dito principal.”¹⁰²

Também continuam existindo, em total harmonia com a regra geral para a antecipação de tutela, as liminares especificamente previstas em alguns procedimentos especiais (ações possessórias, mandado de segurança, ação de despejo, etc.).

¹⁰⁰ **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 307.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 321.

¹⁰² LOPES, João Batista. **A tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49.

Cuidaremos aqui das medidas de urgência, apresentando as diferenças e as semelhanças entre as suas espécies, valendo observar, desde já, que todas são tutelas diferenciadas, haja vista resultarem de cognição sumária, exceção feita à tutela antecipada concedida com fulcro no art. 273, § 6º do CPC.

6.2 Medidas cautelares

6.2.1 Poder geral de cautela

No século XX, por conta da cientificação do estudo do direito processual, conseguiu-se generalizar e sistematizar a tutela cautelar, até se chegar à concepção de um poder geral de cautela que dotasse o órgão julgador de faculdades hábeis a evitar as situações de perigo de dano, mesmo fora das hipóteses clássicas e específicas, já de longa data conhecidas pelo direito positivo.

Neste cenário, o nosso Código de Processo Civil em vigor instituiu, com autonomia, o processo cautelar.

Fomos um dos países pioneiros em sistematizar o processo em três modalidades (cautelar, conhecimento e execução).

Dentro desse processo cautelar foi incluída, também de forma inovadora, a previsão para o poder geral de cautela (art. 798 do CPC, a seguir transcrito), inspirada no art. 700 do Código de Processo Civil italiano, o qual, embora regule, unicamente, a tutela cautelar, é utilizado, em decorrência de construção doutrinária, para contemplar, também, a tutela antecipada:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Como nos ensina Humberto Theodoro Júnior,

No direito europeu, bem antes da reforma de 1964 ocorrida no direito brasileiro, consolidou-se a ampliação do poder geral de cautela, nele

incluindo-se, não sem resistências, as medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa. Vê-se, na lição de Frederico Carpi, a explicação de que: “A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos *não é efetiva se não é obtível rapidamente*” (La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipada” e giudizio de mérito. Relazione in XV Convegno Nazionale, Bari, 1985, pág. 4)¹⁰³.

Assim sendo, a tutela cautelar não fica restrita às medidas previstas na lei, podendo o órgão julgador conceder, inclusive *ex officio*, outras medidas atípicas, com fulcro na permissiva expressa no aqui referido art. 798 do CPC.

6.2.2 Características das medidas cautelares

Quando o que se busca é, unicamente, a garantia de utilidade e eficácia de um provimento final, a medida de urgência adequada é a liminar, concedida em sede de processo cautelar.

Como ensina João Batista Lopes, “No processo cautelar, objetiva-se garantir o resultado útil do processo principal, evitando-se que a demora em sua solução possa acarretar danos de difícil ou incerta reparação.”¹⁰⁴

A medida cautelar foi a primeira medida de urgência criada no ordenamento jurídico pátrio.

Dentro do gênero medida cautelar, foram criadas medidas acautelatórias e medidas satisfativas; aquela era a tutela que visava assegurar ou, até mesmo, satisfazer o direito pretendido ao final.

Não havia distinção entre as medidas acautelatórias e as satisfativas. O que era colocado em relevância era o fato de ambas serem decisões provisórias, contrapondo-se à definitividade; assim, foram classificadas em um mesmo grupo.

Com efeito, a tutela cautelar está intrinsecamente ligada à tutela pleiteada em sede do processo principal; o seu objetivo é, unicamente, garantir a eficácia e a utilidade desta.

¹⁰³ **Antecipação de tutela e medidas cautelares:** tutela de emergência. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 253, nov. 1998. p. 27.

¹⁰⁴ **A tutela anticipada no processo civil brasileiro.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

Não existe, assim, sob o nosso ponto de vista, tutela cautelar satisfativa. O direito do autor será satisfeito no processo principal; o processo cautelar é apenas auxiliar do processo principal.

Neste sentido, vale conferir o ensinamento de João Batista Lopes:

[...] não se pode falar em cautelar satisfativa, uma vez que a cautelaridade se caracteriza pela não-satisfatividade, isto é, quem acautela, não satisfaz. Diante disso, falar em cautelar satisfativa é apagar as fronteiras que separam o processo cautelar do processo de conhecimento, o que não pode ser admitido pela melhor técnica processual¹⁰⁵.

Com o advento da tutela antecipada, restaram, segundo entendemos, de uma vez por todas, encerradas quaisquer discussões acerca da existência das cautelares satisfativas.

Na tutela antecipada há satisfatividade, pois efeitos práticos são adiantados, em virtude de uma situação de perigo ou do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Justamente por tal razão é que o art. 796 do CPC assegura a dependência do processo cautelar, relativamente ao principal¹⁰⁶.

A tutela antecipada realiza o direito, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a viabilidade de realização do direito.

Se se está diante de uma tutela de caráter satisfativo, não se pode falar que ela é cautelar, ainda que a lei assim a chame.

Como toda medida de urgência, é a medida cautelar provisória, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Importante aqui ressaltar que, tal como já visto anteriormente, o rol existente de medidas cautelares é meramente exemplificativo, pois o art. 798 do CPC dispõe que, além dos procedimentos cautelares específicos, poderá o juiz conceder outras medidas com base no poder geral de cautela.

¹⁰⁵ LOPES, João Batista. **A tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 120 e 121.

¹⁰⁶ “Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 11-13)

6.2.3 Requisitos para a concessão das liminares cautelares

Assim dispõe o art. 804 do CPC:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Além de serem distintas as funções da tutela antecipada e da liminar em medida cautelar, distintos também são os requisitos autorizadores de concessão de cada uma dessas medidas de urgência.

Os requisitos à concessão de tutela antecipada serão a seguir tratados.

Já no que diz respeito aos requisitos que autorizam a concessão de liminar em medida cautelar, são eles o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Por *fumus boni iuris* entende-se a fumaça do bom direito; o direito tem que ser verossímil, provável.

Devem ser demonstrados indícios de que o afirmado coincide com a realidade fática.

Ainda que o processo cautelar se preste a tutelar o processo principal e não o direito material da parte, deve ser demonstrada a probabilidade de existência do direito material pelo demandante.

No que tange ao *periculum in mora*, este consiste no fundado receio de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, possam ocorrer fatos que prejudiquem o curso da ação principal ou a execução da tutela que nesta será buscada.

Caso o órgão julgador não se sinta suficientemente convencido, poderá designar audiência de justificação prévia (art. 804 do CPC), onde deverá o autor produzir todas as provas que se fizerem possíveis, neste momento processual, para demonstrar que faz jus ao deferimento do seu pleito liminar.

Note-se que, em havendo perigo de que a oitiva do réu torne ineficaz a medida, para a audiência de justificação há de ser intimado, unicamente, o autor.

Outrossim, poderá ser determinada a prestação de caução pelo demandante, de forma a garantir o ressarcimento de eventuais prejuízos impingidos ao réu, por conta do deferimento da liminar cautelar¹⁰⁷.

6.2.4 Momento para concessão das liminares cautelares

Nos termos do art. 800 do CPC, podem as medidas cautelares ser propostas antes do processo principal, sendo, nesse caso, chamadas de preventivas, assim como podem, também, ser propostas no curso do processo principal, quando são chamadas de incidentais.

Não dispondo a lei sobre qual é o momento exato para a concessão das liminares cautelares, entendemos que estas podem ser deferidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que presentes os requisitos que autorizem a sua concessão.

Com efeito, uma vez efetivada a liminar, concedida em medida cautelar preparatória, deverá a parte propor a ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessar a eficácia da dita medida de urgência (art. 806 do CPC).

Em vindo a cessar a eficácia da medida, não poderá a parte repetir o pedido, salvo se por novo fundamento (art. 808 do CPC).

6.3 Tutela antecipada

6.3.1 Características da tutela antecipada

O processo cautelar, durante mais de duas décadas, revelou-se adequado para dar respostas às situações que demandavam urgência para solução de conflitos.

¹⁰⁷ Art. 811 do CPC: “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 deste Código;

IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.”

Contudo, como se presta, unicamente, à garantia de eficácia e utilidade do provimento final a ser concedido no processo principal, sem a realização prática do direito material, de pronto, acabou o processo cautelar por se revelar insuficiente para satisfazer pretensões que demandam urgentes soluções.

Sobreveio, então, a Lei 8.952/94 que trouxe a regra geral para a antecipação de tutela, hoje inserta no art. 273 do CPC¹⁰⁸, bem como a regra prevista no art. 461, § 3º¹⁰⁹, para a concessão de tutela antecipada em obrigações de fazer, de não fazer, que depois foi estendida às ações de entrega de coisa, pela Lei 10.444/2002¹¹⁰.

Da forma como está estruturada no art. 273 do CPC, a tutela antecipada no nosso sistema equivale ao provimento cautelar antecipatório do Direito italiano.

Toda medida de urgência que possui caráter satisfativo é uma tutela antecipada.

Com efeito, o provimento antecipatório redistribui entre as partes o ônus temporal do processo, que antes era suportado, exclusivamente, por aquele que tinha razão.

Importante aqui dizer que, sob o nosso ponto de vista, o réu também pode pleitear tutela antecipada, já que, da mesma forma que o autor, o réu também aguarda a tutela jurisdicional final, que poderá a ele ser endereçada.

Na verdade, a tutela antecipada revela-se como sendo instrumento da justa composição da lide, podendo, assim, beneficiar quem demonstre ser o titular do direito (autor

¹⁰⁸ Art. 273 do CPC: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

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

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

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

¹⁰⁹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

¹¹⁰ “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

[...]

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º ao 6º do art. 461.”

ou réu); daí por que entendermos que a possibilidade de concessão de tutela antecipada ao réu não se restringe às ações de caráter dúplice, como entendem alguns estudiosos do Direito.

Diga-se, também por importante, que a antecipação de tutela, cuja regra geral está prevista no já referido art. 273 do CPC, não substitui o poder geral de cautela, este inserto no art. 798, também do CPC. São regras que atuam em campos diversos.

6.3.2 Requisitos para concessão da tutela antecipada

Para a concessão de tutela antecipada (ainda que em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa), devem estar presentes os requisitos expressos no indigitado art. 273 do CPC, quais sejam, existência de prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu e inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Entendemos que a verossimilhança da alegação se traduz no convencimento do órgão julgador de que a versão dos fatos contada provavelmente é a real, a verdadeira.

Mais uma vez, trazemos o ensinamento de J. E. Carreira Alvim:

A esta altura, pode-se concluir que, diante de uma alegação, a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui¹¹¹.

O que deve haver é uma carga de probabilidade suficiente para convencer o julgador da verossimilhança da alegação.

Da mesma forma em que o réu pode, em seguida, demonstrar que a alegação do autor é absolutamente inverossímil, aquela prova, que, inicialmente, aparentava ser inequívoca¹¹², pode vir a se revelar a mais equívoca e imprestável possível.

¹¹¹ A antecipação de tutela na reforma processual. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 10, jan./mar. 1995. p. 154.

¹¹² Como nos ensina Paulo Hoffman: “O *caput* do art. 273 do CPC exige ‘prova inequívoca’ para a concessão da tutela antecipada. Todavia, evidentemente não está se referindo àquela prova decorrente da certeza formada após o contraditório pleno entre as partes e que somente aparecerá ao término da instrução, mas àquela plausível e

Como assevera Araken de Assis,

[...] a tormentosa “prova inequívoca”, mencionada no art. 273, *caput*, é qualquer meio de prova, em geral a documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco (inciso I) ou de abuso de direito (inciso II)¹¹³.

E como nos sugere Barbosa Moreira:

Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada no trecho “desde que [...] se convença”, e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução “prova inequívoca”. Raciocinemos, pois, a partir daí. “Inequívoca” é o antônimo de “equivoca”. Consoante ensinam os dicionários, “equivoco” significa aquilo “que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação”. Um sinônimo de “equivoco” seria “ambíguo” e o antônimo perfeito, “unívoco”, definido como “palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica”. Nessa óptica, será equivoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva¹¹⁴.

De outro turno, compartilhamos do entendimento de que a tal “prova inequívoca” não precisa, necessariamente, ser documental; para convencer o órgão julgador de forma a ser por este concedida a tutela antecipada pleiteada, pode o autor requerer a produção de qualquer tipo de prova que se preste a evidenciar ter ele razão.

Pode, inclusive, haver a produção de prova oral, em audiência de justificação prévia, nos termos do art. 804 do CPC, que, inclusive, encontra correspondência no art. 461, § 3º, também do CPC¹¹⁵.

Sob o nosso ponto de vista, caso o órgão do julgador entenda ser necessária a produção de outras provas, além da documental produzida pelo demandante, quando do seu pleito, poderá *ex officio* determinar a realização de outras provas para formar a sua convicção acerca da medida de urgência reclamada.

robusta que permita ao juiz proferir decisão sumária, com elementos fortes de convicção quanto à prevalência do direito alegado pelo autor.” (**Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 170)

¹¹³ Antecipação da tutela. Esmape, v. 2, n. 4, abr./jun. 1997. p. 41.

¹¹⁴ Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. Repro, São Paulo, v. 26, out./dez. 2001. p. 104.

¹¹⁵ Ora, se pode haver audiência de justificação nos casos de tutela antecipada pleiteada em sede de ações de obrigações de fazer ou de não fazer, por que razão não poderia tal audiência acontecer em todos os demais tipos de ação em que se esteja pedindo medida de urgência?

A bem da verdade, entendemos que, ao aproximarmos as locuções formalmente contraditórias – prova inequívoca e verossimilhança –, chegamos ao conceito de probabilidade, que, por sua vez, reflete maior segurança que a simples verossimilhança.

A probabilidade é menos do que a certeza, mas é mais do que a credibilidade, ou a verossimilhança.

Quanto ao requisito expresso no inciso I do mencionado art. 273 do CPC – fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação –, este se revela análogo àquele constante do art. 798 do CPC – lesão grave e de difícil reparação –, podendo ambos ser traduzidos como a necessidade de se demonstrar que existe um risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação. Caso não seja concedida a medida de urgência pleiteada, este dano acontecerá.

Já no que tange ao requisito constante do inciso II do citado artigo de lei (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), pode-se afirmar que a sensibilidade do órgão julgador revela-se como sendo de fundamental importância para que se averigüe a presença deste requisito legal; o órgão julgador, com a sua experiência, saberá identificar se o réu está extrapolando o direito à ampla defesa que lhe é constitucionalmente assegurado.

Nesse caso, a doutrina fala que a antecipação de tutela é *punitiva*, dada a atitude abusiva do demandado.

Já no que diz respeito à possibilidade de concessão de tutela quando incontroverso um ou mais pedidos cumulados, ou parte deles, prevista no art. 273, § 6º do CPC, pode-se afirmar que se trata de uma autorização a um julgamento parcial antecipado da lide, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Somos da opinião de que, independentemente de haver cumulação de pedidos, ou seja, ainda que exista um único pedido, a parte deste que for incontroversa pode ser alvo de tutela antecipada, com fulcro na permissiva legal acima expressa, que comporta interpretação extensiva.

De fato, não se mostra crível que aquele que possui razão tenha de esperar até o final do processo para que lhe seja entregue o bem da vida acerca do qual não pendem controvérsias.

Por fim, gostaríamos de deixar registrado o nosso entendimento no sentido de que pode a tutela antecipada ser concedida, ainda que não tenha havido pedido da parte.

Estando o órgão julgador diante de situação em que, claramente, o direito da parte não poderá ser adequada e eficazmente protegido e/ou satisfeito caso tenha ela que aguardar até o

final do processo para obter a tutela jurisdicional almejada, deve ele conceder a medida de urgência que deveria ter sido pela parte requerida.

O que não pode acontecer é ficar o órgão julgador observando, passiva e atonitamente, o direito da parte perecer e, ainda assim, continuar conduzindo um processo que sabe que não será hábil a atingir os fins a que se presta.

Como já visto, o processo é um instrumento de proteção ao direito material; se não haverá direito material para ser protegido e/ou satisfeito ao final do processo, de nada adianta insistir com a movimentação da máquina do Judiciário.

6.3.3 Momento para a concessão da tutela antecipada

Não tendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, esta pode ser concedida, no bojo do processo de conhecimento, a qualquer tempo, não importando sequer o grau de jurisdição¹¹⁶.

Deve-se, apenas, observar o princípio da menor restrição possível, ou seja, o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário.

Enquanto não transitada em julgado a decisão do processo de conhecimento, não esgotada a função jurisdicional, pode a tutela antecipada ser concedida.

Quando a sua concessão se dá no início do processo, diz-se que ela é liminar (*in limine*¹¹⁷), no início do processo.

Como a tutela antecipada pode ser prolatada antes da decisão final do processo, ou seja, antes de formada a convicção do órgão julgador, pode ser ela revogada, a qualquer tempo, haja vista ser, como todas as demais medidas de urgência, provisória.

¹¹⁶ Contrário a este entendimento é Araken de Assis: “Em geral, o autor postulará a antecipação na inicial. Nada impede, porém, requerimento ulterior a qualquer tempo. Às vezes, somente após o encerramento da fase postulatória surgirá o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, aludido no art. 273, I; e, de qualquer sorte, só após a resposta do réu, não se conceberá abuso no direito de defesa. E há termo final, relativamente ao juiz de primeiro grau: após a coleta da prova é-lhe vedado antecipar os efeitos da tutela, ainda que o receio de dano (art. 273, I) ou o abuso do réu (art. 273, II) apareçam nessa oportunidade. E isso, consoante dispõe o art. 273, *caput*, porque a antecipação limita-se a um juízo de verossimilhança. Esgotada a atividade probatória, surgirá a certeza, ultrapassando a singela plausibilidade.” (Antecipação da tutela. **Revista da Esmape**, v. 2, n. 4, abr./jun. 1997. p. 46).

¹¹⁷ “A palavra liminar é derivada do latim *liminaris*, de *limen*, que significa limiar, soleira, entrada, porta, Pertence à família do termo *limes*, *limitis*, linde, fronteira, limite.” (LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 20)

Isto é, a tutela antecipada, assim como as demais medidas de urgência¹¹⁸, é revestida de provisoriedade, tal como expresso no § 4º do já citado art. 273 do CPC.

A antecipação de tutela pode versar sobre um, sobre vários ou sobre todos os efeitos da tutela final pretendida.

Haja vista que a tutela antecipada pode vir a ser concedida, repita-se, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, é certo afirmar que a tutela antecipada pode ou não ser liminar.

Pode ser concedida na sentença, com o objetivo de tirar a possibilidade de eventual recurso que vier a ser manejado suspender os efeitos de parte ou da íntegra da decisão atacada.

Muito se discutiu sobre qual seria o recurso cabível para atacar a tutela antecipada concedida na sentença.

Havia os que defendiam ser o recurso de agravo de instrumento, sob o argumento de que a decisão concessiva da dita medida de urgência constituía um capítulo da sentença, uma verdadeira decisão interlocutória proferida no bojo da sentença – duas decisões numa mesma peça.

Assim, a parte deveria ingressar com recurso de agravo de instrumento para ver reformada a decisão que havia deferido a tutela antecipada, bem como com recurso de apelação para ver reformada a própria sentença.

De nossa parte, sempre acreditamos que o caminho correto consiste no manejo de um recurso de apelação, hábil a atacar a sentença e, assim, via de conseqüência, a tutela antecipada nela concedida.

Neste aspecto, vale aqui dizer que, apesar de o art. 520, inciso VII do CPC, fazer menção à sentença que confirma a antecipação de tutela, por óbvio, a mesma regra de recebimento do recurso somente no efeito devolutivo deve valer para os casos em que a antecipação de tutela é concedida apenas na própria sentença e para aqueles em que a antecipação de tutela é revogada em tal decisão.

Interessante trazer à baila ementa de julgado do STJ acerca do tema:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MULTA - INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 98 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - MOMENTO DA SENTENÇA - POSSIBILIDADE - APELAÇÃO - CABIMENTO - EFEITO DEVOLUTIVO - LEI PROCESSUAL NO TEMPO - COMINAÇÃO DE

¹¹⁸ O art. 807 do CPC dispõe que as medidas cautelares podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo.

MULTA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - ARTS. 588 C/C 659 DO CPC.

1. A insistência na oposição de embargos declaratórios para atender a exigência de prequestionamento explícito não merece sanção.
2. O recurso cabível contra antecipação de tutela deferida na sentença é a apelação, recebida apenas no efeito devolutivo.
3. Mesmo antes da vigência da Lei 10.352/2001, a apelação contra sentença, que confirma ou defere antecipação de tutela, pode ser recebida sem efeito suspensivo.
4. É incabível cominação de multa em execução provisória de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. É que “se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios” (CPC, art. 588, cabeça c/c 659). (REsp 267540/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 12/03/2007)

Por fim, vale aqui dizer que é possível a concessão de tutela antecipada em ação rescisória, tal como expressamente consta do art. 489 do CPC, cuja atual redação foi determinada pela Lei 11.280/2006.

Certo é que, antes mesmo de haver esta permissiva legal, os nossos tribunais já vinham admitindo a concessão da dita medida de urgência em ação rescisória.

Neste sentido, é o julgado cuja ementa segue abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. NOVEL REDAÇÃO DO ARTIGO 489, DO CPC (LEI 11.280/2006). ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 273. NECESSIDADE. PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA. INEXISTÊNCIA.

1. A antecipação de tutela na ação rescisória, outrora consagrada na jurisprudência do Eg. STJ, veio a ser contemplada na reforma do Código de Processo Civil (Lei 11.280/2006), que alterou o artigo 489, ao dispor que: “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.
2. Destarte, mercê da novel consagração legislativa, não houve exoneração quanto ao cumprimento dos requisitos do artigo 273, do *Codex* Processual.
3. *In casu*, trata-se de pedido de antecipação dos efeitos da ação rescisória em que se aduz violação literal do artigo 535, do CPC, pelo acórdão proferido em sede de agravo regimental em recurso especial, que não reconheceu omissão perpetrada pelo Tribunal local, o que teria redundado na inadmissão de recurso extraordinário, por ausente o requisito do prequestionamento.
4. Deveras, ausente prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação dos autores, uma vez que tanto a instância ordinária, quanto a extraordinária, restaram acordes acerca do entendimento de que o magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia *sub judice*, sem que isso represente negativa de prestação jurisdicional, razão pela qual se impõe desacolher o pleito de antecipação.

5. Agravo regimental desprovido, mantendo-se o indeferimento do pedido de antecipação de tutela. (AgRG na AR 3715/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 27/06/2007)

Com efeito, deve o magistrado ponderar sobremaneira a concessão de tutela antecipada em sede de ação rescisória, tendo em vista já existir uma decisão prolatada após cognição exauriente, cujo cumprimento ficará suspenso, em vindo a ser deferido o pleito de tutela antecipada.

6.4 Liminares

6.4.1 Definição

A liminar pode apresentar natureza cautelar, mas não é de sua essência a natureza cautelar.

Como nos ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

Embora a liminar possa apresentar natureza cautelar, não tem necessariamente esta natureza, pois nem todas as liminares são cautelares (Lara, *Liminares*, 23). Exemplo típico é o da liminar possessória, que antecipa efeito da sentença, sem ter o objetivo de assegurar o resultado prático de processo de conhecimento (Ovídio Baptista, *Coment.*, 66; Lara, *Liminares*, 23). A medida liminar constitui-se sempre como antecipatória dos efeitos fáticos da sentença, ao contrário da medida cautelar, que pode ou não apresentar caráter antecipatório. As medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar, ao contrário da liminar, que pode ser concedida em vários tipos de ação, como, por exemplo, na ACP, no MS, na ação possessória, na ação de nunciação de obra nova e na própria ação cautelar¹¹⁹.

Assim sendo, conclui-se que as liminares nada mais são do que provimentos jurisdicionais que se contrapõem no tempo aos provimentos finais.

¹¹⁹ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º.10.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.123, comentário 2º ao art. 804.

6.5 Risco de irreversibilidade

Sabe-se que, ainda que provisórias, por vezes, as medidas urgentes podem provocar, no mundo real, mudanças definitivas e irreversíveis.

São os casos em que o órgão julgador, aplicando o princípio da proporcionalidade por nós já estudado, acaba por deixar de lado o perigo de irreversibilidade e concede a medida de urgência reclamada, em prol de um bem jurídico de maior importância.

Vale conferir a lição de Barbosa Moreira a respeito do assunto:

Em alguns casos, realmente, a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos. Vejamos dois exemplos. Há necessidade urgente de submeter menor a uma transfusão de sangue, para salvar-lhe a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivo religioso, e faz-se necessário requerer ao juiz o suprimento da autorização: se não for obtido incontinenti, o provimento já não será útil. O ofendido em sua honra requer a apreensão do jornal que contém a matéria injuriosa: a não ser que se antecipe a tutela, os exemplares já terão circulado e causado no seio da comunidade a repercussão nociva à reputação do lesado. Nessas hipóteses, e em várias outras, a antecipação produzirá efeitos irreversíveis: não se poderá restituir à fonte o sangue transfundido; o jornal apreendido não mais circulará utilmente.

Os autores que se têm ocupado da questão sublinham que, em casos assim, a proibição de antecipar a tutela, se tomada ao pé da letra, poderia surtir, por sua vez, efeitos igualmente irreversíveis. Sem a oportuna transfusão de sangue, o menor provavelmente morreria; não haveria como recolher os exemplares vendidos do jornal, e muito menos como apagar da mente dos leitores a impressão já produzida. Efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer no de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consiste em proceder a uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor¹²⁰.

Assim, apesar de o texto legal falar em medidas provisórias e, assim sendo, reversíveis, compartilhamos do entendimento de que não é o provimento que é irreversível – este, por certo, pode ser alterado, a qualquer tempo, mediante nova decisão judicial, conforme o disposto no art. 273, § 4º e no art. 807, ambos do CPC –, o que pode se revelar irreversível são os efeitos do provimento antecipado no mundo real¹²¹.

¹²⁰ Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Repro**, São Paulo, v. 26, out./dez. 2001. p. 106.

¹²¹ Por exemplo, uma decisão antecipatória de tutela que autoriza a realização de uma cirurgia tem efeitos irreversíveis: A cirurgia não poderá ser desfeita, em decorrência da revogação da tutela outrora concedida. A decisão pode ser alterada; mas os seus efeitos no mundo empírico não.

Nos casos em que se apresente como manifesto o risco de irreversibilidade, pode pelo órgão julgador ser exigida garantia do autor para a concessão da tutela pleiteada. Essa possibilidade também tem lugar no Direito italiano (art. 669-*undecies*), que admite a caução para eventual ressarcimento do dano.

Em havendo risco de irreversibilidade do provimento, pode o órgão julgador, perfeitamente, ao conceder a medida de urgência, exigir a oferta de caução pela parte por esta favorecida, para que prejuízos não sejam impingidos à outra parte, em vindo a ser revogada a decisão de urgência outrora concedida¹²².

Caso não tenha a parte condições de prestar caução, deverá o órgão julgador recorrer ao princípio da proporcionalidade, sopesando os bens jurídicos envolvidos.

A regra é no sentido de que, uma vez efetivada a tutela antecipada com a produção dos seus efeitos do plano fático, em vindo a ser tal medida revogada, aquele em favor de quem a medida foi concedida deverá reparar os prejuízos impingidos à parte contrária, independentemente de culpa ou dolo.

É o que dispõe o art. 811 do CPC, plenamente aplicável a todas as espécies de medidas de urgência e não somente às medidas cautelares.

6.6 Efetividade *versus* segurança jurídica

A demora judicial e a falta de efetividade das decisões judiciais, por conta da excessiva duração do processo, acabam por gerar uma nova espécie de dano àquele que tem razão: é o chamado dano marginal, que consiste na frustração do direito pela demora e a ineficácia do processo.

Esse dano há de ser considerado pelo órgão julgador, no momento da apreciação de pedido de concessão de medida de urgência.

Devem, neste momento, ser sopesados os direitos à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica.

¹²² Neste sentido é, também, o entendimento de Edgard Antonio Lippmann Jr.: “[...] é possível a concessão de providências cautelares (antecipação de tutela), seja a requerimento da parte, seja de ofício, no processo ordinário, ou em feitos em que ela não esteja expressamente contemplada, independentemente do processo específico regulado no Livro III, do CPC, com cognição parcial (sumária) do mérito [...]” (Antecipação de tutela: utopia ou realidade? **Repro**, São Paulo, n. 81, jan./mar. 1996. p. 37)

Por direito à efetividade da jurisdição entende-se direito a meios expeditos e eficazes de exame da demanda levada à apreciação do Estado.

Eficazes, pois ao litigante devem propiciar a concretização, de fato, da sua vitória.

O dever imposto aos jurisdicionados de terem de se submeter, obrigatoriamente, à jurisdição estatal, não mais podendo buscar a justiça pelas suas próprias mãos, não pode representar a estes um castigo.

Deve a tutela jurisdicional do Estado ser rápida, expedita, pois é da essência da efetividade da jurisdição o julgamento da demanda em prazo razoável.

De outro lado, pode-se afirmar que ninguém poderá ser privado da sua liberdade ou de seus bens, até que se esgote o devido processo legal. Isto é segurança jurídica.

Como assevera Teori Albino Zavascki,

É, pois, direito fundamental do litigante demandado (como o é, também, do litigante demandante) o direito à chamada cognição completa, exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos¹²³.

Como se tratam (o direito à efetividade e o direito à segurança jurídica) de direitos fundamentais, entre eles não há hierarquia, no plano normativo.

O fator tempo é hábil a desencadear tensão entre esses dois direitos, na medida em que o decurso do tempo é imprescindível para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas, de outro lado, é incompatível com a efetividade da jurisdição.

Tal conflito entre direitos fundamentais resolve-se mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, objeto do nosso estudo, no capítulo 3 deste trabalho.

Ao conceder uma medida de urgência, o órgão julgador deverá sopesar os bens jurídicos envolvidos, de forma a verificar qual valor constitucional deverá prevalecer – o da efetividade da tutela ou o do contraditório e ampla defesa.

¹²³ Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 46, ago. 1995, Reforma Processual Civil, p. 29.

6.7 Fungibilidade

Como mencionado no capítulo 4 deste trabalho, em 2002, sobreveio a Lei 10.444, que introduziu o § 7º ao art. 273 do CPC, que trouxe permissiva para aplicação do princípio da fungibilidade entre as medidas de urgência.

A este respeito, cabe-nos aqui repetir que, nada obstante o texto do citado dispositivo legal fazer menção, unicamente, à possibilidade de, em tendo sido requerida antecipação de tutela, quando o caso demandava, na realidade, providência de natureza cautelar, ser esta deferida, em caráter incidental do processo ajuizado, uma vez presentes os respectivos pressupostos, entendemos que o contrário também pode acontecer: uma vez sendo requerida providência cautelar, em caso em que deveria ter sido pleiteada antecipação de tutela, presentes os pressupostos legais, há de ser esta deferida.

Tal como visto, as medidas cautelares e a tutela antecipada identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, mas sujeitam-se a regimes processual e procedimental diversos.

Daí por que da importância da permissiva acima citada de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas de urgência.

6.8 Considerações finais

As medidas de urgência, porque concedidas após cognição sumária, não fazem coisa julgada material.

Toda decisão há de ser devidamente fundamentada, explicitando o órgão julgador as razões do seu convencimento, seguindo-se o princípio do livre convencimento motivado, por nós já tratado no capítulo 2 deste trabalho.

E diferente não é com relação às decisões atinentes a medidas de urgência.

De outro lado, a efetivação das medidas de urgência mostrava ser possível, antes mesmo da Lei 11.232/2005, haver cognição e execução dentro de um mesmo processo.

Ainda que não seja a decisão concessiva de medida de urgência um título executivo, trata-se de modalidade de execução sem título permitida, a qual deve obedecer a regras próprias, tendo lugar sempre nos mesmos autos em que a urgente medida foi concedida.

Tal como assevera Paulo Hoffman,

A introdução da antecipação da tutela e das medidas visando ao cumprimento das obrigações específicas teve o mérito de inovar e retirar o processo civil e os próprios operadores do direito de um estado geral de apatia e ineficiência, mas não podem ser encaradas como solução definitiva do mal da duração exagerada do processo, com sobrevalorização desses institutos como se fossem capazes de *per si* de resolver todos os problemas¹²⁴.

Assim, não se pode pensar que o problema da morosidade da justiça está resolvido por conta da existência, no nosso ordenamento jurídico atual, das chamadas medidas de urgência.

Por óbvio, essas se apresentam como uma válvula de escape, tanto à parte que tem razão, quanto ao órgão julgador, para que se garanta o não-perecimento do direito material, no curso do processo.

Contudo, não se pode olvidar a imperiosa necessidade de serem feitas análises e mudanças em todo o nosso sistema jurídico, buscando-se uma aceleração do trâmite processual sem, claro, deixar de lado o valor segurança.

¹²⁴ **Razoável duração do processo.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 146.

7 MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL

7.1 Tutela antecipada em sede recursal e tutela recursal antecipada

Primeiramente, cabe aqui tratar de importante distinção entre a antecipação da tutela pleiteada pelo autor ou pelo réu, em sede recursal, e a antecipação da tutela recursal, que também pode ser requerida por qualquer das partes litigantes¹²⁵.

Ambas são antecipações de tutela, passíveis de ser concedidas no âmbito recursal.

A primeira diz respeito ao mérito da causa propriamente dito; antecipa-se aquela tutela, seus efeitos ou parte deles, que se busca obter com o julgamento da lide.

Como já vimos, não tratando o diploma legal do momento preclusivo para a concessão de tutela antecipada, pode esta ser concedida em grau recursal, desde que presentes os requisitos para tanto. Essa tutela antecipada diz respeito ao mérito da causa.

Com relação à definição de mérito da causa, oportuna mostra-se trazeremos a lição de Liebman:

A cognição do juiz é dirigida ao fim de decidir se a demanda proposta no processo é fundada ou infundada e se, conseqüentemente, deve ser acolhida ou rejeitada. Todas as questões, cuja resolução pode ser direta ou

¹²⁵ Como ressaltamos no capítulo anterior, entendemos que tanto o autor quanto o réu podem formular pedidos dessa natureza, ainda que não haja reconvenção ou pedido contraposto. Na medida em que o réu tem interesse em se liberar da relação processual e pede o julgamento de improcedência da demanda, pode requerer seja a tutela por ele pleiteada antecipada. Suponhamos, por exemplo, que o autor esteja cobrando, através de ação pelo rito ordinário, o cumprimento de obrigação expressa em contrato não assinado por duas testemunhas. O réu, em sua defesa, apresenta prova de quitação da sua obrigação. De outro lado, o autor remete aos órgãos de proteção ao crédito pedido de inclusão, em seus cadastros, do nome do réu. O réu, comerciante que é, totalmente dependente de crédito no mercado financeiro para o capital de giro do seu negócio, apavora-se com a simples possibilidade de ver seu nome incluído nos cadastros dos referidos órgãos de proteção ao crédito. Assim sendo, a fim de evitar que danos irreparáveis ou de difícil reparação lhe sejam impingidos, pois, repita-se, a sobrevivência do seu negócio depende do seu crédito no mercado financeiro, formula, com fulcro nas provas já produzidas nos autos, pedido de antecipação de tutela, para que seja o autor impedido de promover o cadastro do nome dele, réu, nos ditos órgãos.

No âmbito recursal, o raciocínio é o mesmo: imaginemos que a intenção do autor, de inclusão do nome do réu nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, somente tenha sido manifestada quando o processo já estava em grau recursal; foi o processo extinto, sem julgamento de mérito, em primeira instância e o apelo do autor foi recebido no duplo efeito. O réu pode, perfeitamente, ainda que esteja o processo em grau recursal, pleitear tutela antecipada, nos moldes descritos acima.

De outro turno, imaginemos que o réu saiu vencedor em primeira instância e o autor apelou. Em suas contrarrazões, o réu está a pleitear a manutenção da decisão combatida; está, assim, por ele sendo buscada tutela jurisdicional. Desta forma, pode ele, perfeitamente, pleitear sejam antecipados os efeitos da tutela recursal de não-provimento do recurso manejado.

indiretamente influente em tal decisão, formam, em seu complexo, o mérito da causa¹²⁶.

Pode-se, assim, dizer que o mérito da causa corresponde ao conjunto de questões apresentadas à cognição do juiz e que levarão ao acolhimento ou à rejeição do pedido.

Guarda relação com a matéria de fundo a ser dirimida pelo órgão julgador, a qual é, via de regra, de direito material, mas pode, perfeitamente, ser de direito processual, como se dá, por exemplo, na ação rescisória.

Já a antecipação da tutela recursal diz respeito ao mérito do recurso; antecipa-se o que se espera obter com o julgamento do recurso.

Na prática, por vezes, o mérito da causa e o mérito do recurso confundem-se; há casos em que o mérito do recurso acaba sendo, exatamente, o mérito da causa. Mas esta não é a regra.

O mérito do recurso coincide com o pedido apresentado de reforma da decisão. O pedido pode ser, por exemplo, de anulação da decisão combatida; neste caso, por óbvio, o mérito do recurso não coincidirá com o mérito da causa.

De outro turno, quando o pleito for de reforma de decisão que julgou improcedente o pedido inicial, o mérito do recurso confundir-se-á com o mérito da causa, pois o que se está pedindo, em sede recursal, é justamente o bem da vida que ao demandante foi negado, em primeira instância.

A tutela recursal consiste na providência requerida pela parte ao tribunal e não está, necessariamente, vinculada ao mérito da causa, como já se demonstrou.

Assim sendo, como a tutela antecipada em sede de recurso está ligada ao mérito da causa e a tutela antecipada recursal está ligada ao mérito do recurso, da mesma forma que, em determinadas situações, o mérito da causa coincide com o mérito do recurso, há casos em que a tutela antecipada em sede de recurso confunde-se com a tutela antecipada recursal.

Suponhamos que a ação tenha sido julgada improcedente em primeira instância e que o autor interponha recurso de apelação. Com este recurso, busca o autor a reforma da decisão de primeiro grau, com a entrega da tutela jurisdicional almejada.

Caso o autor venha a pleitear a antecipação da tutela recursal, estará ele pleiteando a antecipação da tutela referente ao mérito da causa – o que ele alcançará com o deferimento da antecipação da tutela recursal será a antecipação da tutela jurisdicional almejada na demanda.

¹²⁶ **Manuale di diritto processuale civile**: principi. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. I, p. 162-163.

De qualquer forma, são conceitos e providências distintas; daí por que de termos entendido ser pertinente aqui se fazer este preâmbulo.

7.2 Tutela antecipada em sede recursal

Como já salientamos, não tendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação de tutela, esta pode ser concedida, dentro do processo de conhecimento, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Como nos ensina João Batista Lopes,

Em verdade, razão alguma existe para se estabelecer limite temporal à concessão da tutela antecipada. O adjetivo *antecipada* não significa que a tutela deva ser concedida liminarmente. Indica, sim, que a providência está sendo concedida antes do momento normal, em razão da urgência.

Esse entendimento está em perfeita harmonia com as tendências atuais do processo civil, que privilegiam a efetividade e a presteza da jurisdição. Não se pode descuidar, ao propósito, da função publicística e do caráter social do processo, que ficam comprometidos com a morosidade da justiça.

Ademais, em rigor técnico, não existe um momento próprio para a antecipação da tutela, seja na hipótese do inciso I, seja na do inciso II do art. 273.

Com efeito, a situação de perigo a que se refere o inciso I pode ocorrer a qualquer tempo. Por igual, a hipótese do inciso II também não tem momento único para se verificar: antes da citação (se o réu agir no sentido de frustrá-la) ou após esta (se abusar do direito de defesa) e mesmo depois da sentença (se se valer de expedientes protelatórios)¹²⁷.

Dessa forma, revela-se plenamente possível que, em grau recursal, o órgão julgador antecipe a tutela jurisdicional reclamada pela parte.

O pedido de tutela antecipada pode já ter sido feito e indeferido na instância anterior e, caso ocorram fatos supervenientes, ou ainda, apresentem-se fatos novos (arts. 462 e 517 do CPC), pode ser feito novo pedido, em sede recursal, o qual pode, perfeitamente, vir a ser deferido.

Nesse diapasão, importante aqui deixar registrado que não se pode inovar no juízo recursal, sendo vedado às partes modificar a causa de pedir ou o pedido. Contudo, a regra expressa no art. 517 do CPC, permite sejam alegadas novas questões, de fato, desde que se

¹²⁷ **A tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

comprove que estas não foram levantadas no primeiro grau de jurisdição por motivo de força maior.

A permissão de inovar em sede recursal acabaria por estimular a deslealdade processual, já que propiciaria à parte que mantivesse “cartas na manga” – as melhores provas e os mais fortes argumentos – para apresentar em grau recursal.

Com efeito, essa regra proibitiva não alcança as questões de ordem pública, que são automaticamente transferidas ao exame do tribunal pelo simples efeito translativo do recurso, nem tampouco aquelas questões que podem ser alvo de conhecimento a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Podem ocorrer fatos supervenientes ou novos, a justificar a aplicação da permissiva expressa no art. 517 do CPC.

Neste sentido, bastante ilustrativa é a ementa abaixo transcrita:

EMENTA: FAMÍLIA. SUPRIMENTO JUDICIAL DE IDADE PARA O CASAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. FATO NOVO NOTICIADO NOS AUTOS, APÓS A PROLAÇÃO DA DECISÃO. GRAVIDEZ DA REQUERENTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ART. 296 DO CPC. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE, NOS TERMOS DO ART. 517 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SENDO DESNECESSÁRIA A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. Considerando que a gravidez da requerente gera enquadramento nas hipóteses excepcionais previstas no art. 1.520 do Código Civil, que autorizam o suprimento da idade para o casamento, é de se acolher o pedido inicial, autorizando-se a requerente a contrair matrimônio. Preliminares rejeitadas e recurso provido. (Apelação Cível 70022115976, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 05/12/2007)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery definem os fatos supervenientes como sendo “aqueles que aconteceram depois da sentença e que, por essa razão, não são atingidos pela proibição porque não poderiam ter sido alegados no primeiro grau. A parte pode alegar livremente esses *facta superveniens* na apelação (CPC 462)”¹²⁸.

De outro lado, definem fatos novos como

[...] os fatos que já haviam acontecido antes da sentença, mas que a parte não quis ou não pôde argüir. Não pôde porque não os conhecia ou porque houve motivo de força maior que a impediu de os alegar. [...] Só podem ser argüidos na apelação se a parte provar que deixou de o fazer no juízo de

¹²⁸ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 861.

primeiro grau, por motivo de força maior. Não se confundem com os fatos supervenientes, que não poderiam ser alegados antes da sentença porque só aconteceram depois dela e que, portanto, podem ser alegados na apelação (CPC 462). A norma abre exceção e permite que se aleguem novas questões de fato, não propostas no juízo inferior, desde que a parte comprove que deixou de o fazer por motivo de força maior¹²⁹.

Sob esse prisma, gostaríamos de deixar aqui registrado o nosso entendimento no sentido de que até mesmo o julgamento prolatado pelo órgão *a quo* pode ser considerado como um fato superveniente, para fins de embasamento de um novo pedido de tutela antecipada, este endereçado ao órgão julgador do recurso.

O convencimento do órgão julgador *a quo*, expresso na decisão combatida, pode, por exemplo, atestar o abuso do direito de defesa pelo demandado, requisito previsto no inciso II do art. 273 do CPC para a concessão da tutela antecipada, por nós já detidamente estudado no capítulo anterior.

A própria decisão combatida pode servir a convencer o tribunal da verossimilhança da alegação feita por aquele que está a pleitear a tutela antecipada.

Pode também acontecer de somente surgir o interesse em se pedir a tutela antecipada quando o processo já está em grau recursal. Fatos novos ou supervenientes, que trouxeram o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que apontaram ser incontroverso determinado pedido, enfim, pode ser que somente no âmbito recursal é que venham a ser preenchidos os requisitos necessários à antecipação da tutela.

O pedido de tutela antecipada deve ser endereçado ao relator ao qual foi o recurso distribuído¹³⁰.

A decisão monocrática que nega ou concede a tutela antecipada, no âmbito recursal, antes da Lei 11.187/2005, poderia ser atacada através de agravo interno, aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 557, § 1º do CPC.

Contudo, com a nova redação dada ao parágrafo único do art. 527 do CPC, tornou-se tal decisão irrecurável, o que, sob o nosso ponto de vista, não se mostra crível.

Isto porque, se a decisão referente a pedido de tutela antecipada, em primeiro grau de jurisdição, é passível de reforma através de recurso de agravo de instrumento, nada há que justifique que esta mesma decisão, apenas porque proferida em instância e momento diversos, seja irrecurável.

¹²⁹ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 861.

¹³⁰ Antes da Emenda à Constituição Federal de nº 45, datada de 30 de dezembro de 2004, como não havia a distribuição imediata dos feitos (agora obrigatória por força do art. 93, XV), o pedido de tutela antecipada era endereçado ao presidente do tribunal, enquanto não escolhido o relator do recurso.

Justamente este é o entendimento de Ernane Fidelis dos Santos, expresso antes da alteração havida no indigitado parágrafo único do art. 527 do CPC, a respeito da concessão da tutela antecipada em grau recursal e da recorribilidade desta decisão:

Em segundo grau, há de se ter cautela quanto à concessão, de forma tal que, se se permitir ao relator do recurso antecipação, é também de se conceder a possibilidade de recurso, seja no caso de deferimento, seja de indeferimento, para o colegiado¹³¹.

Com a proibição de interposição de recurso de agravo interno contra a dita decisão, voltou-se a abrir a possibilidade de ser impetrado mandado de segurança com o fim de atribuir ao recurso de agravo de instrumento o almejado efeito suspensivo.

Logo após a publicação da Lei 11.187/2005, que deu a nova redação ao já referido parágrafo único do art. 527 do CPC, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina assim se manifestaram a respeito da questão:

Pensamos que a alteração mais relevante da Lei 11.187/2005 é a que elimina os recursos contra as decisões do relator que determina a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e que decida sobre a antecipação dos efeitos da tutela recursal ou a concessão de efeito suspensivo ao agravo (hipóteses referidas nos incs. II e III do art. 527), já que, como dissemos acima, quando dos comentários à nova redação do art. 522, entendemos que, já pelo modelo anterior à Lei 11.187/2005, o agravo deveria ficar retido nos autos, salvo se demonstrasse risco de dano e irreparável e de difícil reparação.

O fato de a alteração realizada pela Lei 11.187/2005 vedar o manejo de recurso contra a decisão do relator, no entanto, atrai a incidência do art. 5º, II, da Lei 1.533/1951, permitindo que a parte prejudicada impetre mandado de segurança contra o ato judicial em questão – evidentemente, respeitando os requisitos específicos deste remédio constitucional. A propósito, é interessante notar que se decidia, antes das alterações da Lei 11.187/2005, que não cabia mandado de segurança contra a decisão do relator que concedesse ou não efeito suspensivo a agravo de instrumento, *em razão da possibilidade de se interpor agravo interno contra esta decisão*. Assim, se coerente com esta ordem de idéias, passará a jurisprudência a admitir mandado de segurança contra a decisão do relator, nos casos em que, de acordo com a recentíssima Reforma, *tal decisão seja irrecorrível*¹³².

Com efeito, é muito claro que o objetivo da indigitada Lei 11.187/2005 foi diminuir o número de recursos de agravo, nos tribunais, sob o argumento de que os julgamentos de todos

¹³¹ Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Repro**, São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1999. p. 59.

¹³² **Breves comentários à nova sistemática processual civil II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 263.

os demais recursos acabavam ficando prejudicados e morosos demais, por conta do altíssimo número de recursos de agravo que ocupava a pauta de julgamentos dos órgãos colegiados.

E é exatamente este o entendimento que o STJ expressa no julgado cuja ementa abaixo é transcrita:

Processo civil. Recurso em mandado de segurança. Possibilidade de impetração do *writ* dirigido diretamente ao Plenário do Tribunal *a quo*, visando a impugnar decisão irrecorrível proferida pelo Relator que, nos termos do art. 522, inc. II, do CPC (com a redação dada pela Lei nº 11.187/2005), determinou a conversão do agravo de instrumento interposto pela parte, em agravo retido.

- As sucessivas reformas do Código de Processo Civil estabeleceram um processo cíclico para o agravo de instrumento: Inicialmente, ele representava um recurso pouco efetivo, de modo que sua interposição vinha sempre acompanhada da impetração de mandado de segurança que lhe atribuísse efeito suspensivo. Visando a modificar essa distorção, a Lei nº 9.139/95 ampliou o espectro desse recurso, tornando-o ágil e efetivo, o que praticamente eliminou o manejo dos *writs* para a tutela de direitos supostamente violados por decisão interlocutória.

- O aumento da utilização de agravos de instrumento, porém, trouxe como contrapartida o congestionamento dos tribunais. Com isso, tornou-se necessário iniciar um movimento contrário àquele inaugurado pela Lei nº 9.139/95: o agravo de instrumento passou a ser restringido, inicialmente pela Lei nº 10.352/2001 e, após, de maneira mais incisiva, pela Lei nº 11.187/2005.

- A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irresignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial.

- A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau (hipótese em que seria distribuído a um relator das turmas ou câmaras dos tribunais). Ele é impetrado, em vez disso, contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, já que tais *writs* devem ser julgados pelos órgãos plenos dos tribunais de origem.

- Não obstante, por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento de mandado de segurança para essas hipóteses.

Sendo irrecorrível, por disposição expressa de lei, a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, ela somente é impugnável pela via do remédio heróico.

Recurso especial conhecido e provido. (RMS 22847/MT, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 01/03/2007)

Vejam que, de fato, tal como previam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, passou o mandado de segurança a ser largamente utilizado para a concessão de efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento.

Estão os tribunais, assim, ora com suas pautas largamente recheadas de mandados de segurança, ao invés de recursos de agravo interno.

Por último, importante aqui deixar registrado que a tutela antecipada, concedida no âmbito recursal, tem exatamente as mesmas características daquela concedida em primeira instância.

A figura é a mesma; a única diferença está no momento processual em que a medida é concedida.

Por isso, fazemos aqui remissão ao estudado no capítulo 6 deste trabalho.

7.3 Decisões positivas e decisões negativas

Para uma melhor compreensão do tema, entendemos por bem dividir o nosso estudo de acordo com o conteúdo da decisão que é através do recurso combatida.

Tal decisão pode ser positiva, sendo esta entendida como aquela decisão que concede o que fora pleiteado em primeiro grau de jurisdição.

Se o autor pediu fosse o réu condenado a desocupação do seu imóvel e a sentença assim determinou, a decisão é positiva; se, ao contrário, entendeu o órgão julgador que o réu tinha direito de continuar residindo no citado imóvel, julgando improcedente a ação, a decisão é negativa.

Uma decisão positiva contém um comando, ainda que meramente declaratório.

Já a decisão negativa é aquela que não concede o que fora pedido; ela traz a denegação do pedido formulado.

Por certo, como há casos de julgamentos de procedência parcial, existem decisões que são, ao mesmo tempo, positivas e negativas; positivas quanto à parte do pedido que foi acolhida e negativas quanto à parte do pedido rejeitada.

Nessas hipóteses, também valerão as regras e as conclusões a seguir tratadas.

Tanto os recursos manejados contra as decisões positivas, quanto aqueles interpostos contra as decisões negativas, são dotados de efeito devolutivo; através deste efeito, a matéria é transferida ao conhecimento de órgão hierarquicamente superior ou, dependendo do caso, é o julgamento renovado, perante o mesmo órgão prolator da decisão guerreada.

É da essência de todos os recursos o efeito devolutivo¹³³.

De outro lado, alguns recursos são dotados de efeito suspensivo, que prolonga a situação de ineficácia da decisão combatida, situação esta já existente, por conta da simples sujeição da decisão a recurso que se sabe ter o condão de suspendê-la.

O efeito suspensivo não decorre da interposição do recurso e sim da mera recorribilidade do ato.

Assim sendo, alguns doutrinadores acabam por entender ser mais correto chamar esse efeito de obstativo e não de suspensivo, na medida em que a eficácia da decisão nem chega a existir; só se suspende o que está fluindo e, neste caso, a decisão nem chega a produzir efeitos; ela já nasce ineficaz, por conta, repita-se, da sua sujeição a recurso com o condão de suspender os seus efeitos¹³⁴.

O efeito suspensivo não resulta da interposição do recurso, nem tampouco do seu recebimento pelo órgão julgador; ele é decorrente da mera recorribilidade do ato – a simples previsão de recurso com efeito suspensivo acaba por fazer com que a decisão já nasça suspensa; a interposição do recurso e o seu recebimento, no efeito suspensivo, apenas se presta a confirmar ou a estender tal situação de ineficácia.

No nosso sistema processual, temos o seguinte panorama:

- i) recursos de apelação, de embargos de declaração e ordinário, via de regra, têm efeito suspensivo.
- ii) recursos de agravo, especial, extraordinário e embargos de divergência, via de regra, não têm efeito suspensivo.

É exatamente isto o que dispõe o art. 497, do CPC, *in verbis*: “Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.”

¹³³ Alguns doutrinadores entendem que somente os recursos que serão julgados por órgão hierarquicamente superior são dotados de efeito devolutivo. Assim sendo, os embargos declaratórios, por exemplo, não têm efeito devolutivo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. V, p. 230).

¹³⁴ Neste sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon assim nos ensina: “A expressão efeito suspensivo não reflete com precisão a realidade, já que há suspensão apenas quando algo já estava fluindo; rigorosamente, nesses casos, o recurso obsta a produção de efeitos do ato decisório, havendo em verdade um efeito obstativo que impede a atuação imediata da decisão. Se a executoriedade é uma característica da decisão sujeita a recurso com efeito meramente devolutivo, a suspensividade é também um atributo da própria decisão impugnada que não projeta imediatamente seus efeitos; é preciso aguardar, no mínimo, até o fim do prazo para a interposição do recurso adequado e, no máximo, até não haver mais a possibilidade de interposição de meio de impugnação dotado de efeito suspensivo.” (**Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 219)

Os embargos de divergência seguem a mesma regra dos recursos que o antecedem: recursos especial e extraordinário que, como visto acima, são desprovidos de efeito suspensivo.

Especificamente quanto aos embargos infringentes, vale aqui dizer que têm eles efeito suspensivo, quando manejados contra acórdão que julgar ação rescisória.

Afora este caso, os embargos infringentes são dotados dos mesmos efeitos que o recurso de apelação interposto anteriormente, cujo acórdão, não unânime, será atacado através dos ditos embargos.

A decisão não produz qualquer alteração no plano fático, até que se julgue o recurso recebido no efeito suspensivo. E, por certo, a todos os recursos não dotados de efeito suspensivo, pode este vir a ser agregado, através da antecipação da tutela recursal, como veremos mais adiante.

7.3.1 Decisões positivas

7.3.1.1 Tutela antecipada

Num recurso interposto para atacar determinada decisão positiva, busca-se transformar esta em decisão negativa.

E decisão negativa, como visto acima, é aquela que não traz consigo nenhum comando; não produz mudanças no plano fático.

Pois bem. Pouco importa se a decisão atacada é interlocutória, uma sentença, uma decisão monocrática ou uma colegiada; o fato é que, no recurso contra esta modalidade de decisão interposto, que foi recebido no efeito suspensivo, pode ser pleiteada tutela antecipada, com o fim de, desde logo, ser efetivado, na prática, o comando contido na decisão atacada.

A tutela antecipada poderá antecipar um ou vários dos efeitos da decisão guerreada, tornando-a eficaz, mesmo pendente de julgamento o recurso contra ela manejado. A previsão legal para esta modalidade de medida de urgência está no art. 273 e, em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer ou de entrega de coisa, no art. 461, ambos do CPC.

Suponhamos que foi ajuizada ação com o fim de compelir determinado plano de saúde a pagar os custos decorrentes de transplante renal que viria a ser feito pela autora. Julgada

procedente a ação, foi interposto recurso de apelação pela parte vencida, o qual foi recebido no duplo efeito.

Os autos estavam no tribunal, aguardando o julgamento do recurso, quando foi o autor surpreendido com o encontro de um doador com ele compatível. Assim sendo, o autor formula pedido de tutela antecipada ao relator, para o fim de lhe ser autorizada, desde logo, a realização da cirurgia, em consonância com o que havia sido determinado na sentença.

O relator defere o pedido, aplicando o princípio da proporcionalidade (conforme estudamos no capítulo 3).

O que o autor pediu e conseguiu foi uma tutela antecipada, hábil a possibilitar a realização do seu direito, independentemente do julgamento do apelo manejado pelo réu.

Trata-se de antecipação de tutela, em grau recursal e não de antecipação da tutela recursal.

Isto porque, como visto, não se está antecipando qualquer providência relacionada ao mérito do recurso, que consiste na reforma da decisão guerreada; está se antecipando provimento correlato ao mérito da causa.

Essa medida de urgência tem o condão de retirar a decisão combatida da situação de ineficácia em que se encontra, em virtude da interposição de recurso recebido no duplo efeito.

Nesse diapasão, vale aqui repetir que o efeito suspensivo prolonga a situação de ineficácia da decisão, que já existia por conta da sua sujeição a recurso.

Trata-se de simples antecipação de tutela, concedida uma vez presentes os requisitos do art. 273 e, em sendo o caso, do art. 461, ambos do CPC.

Como já estudamos anteriormente (item 7.2, acima), o pedido deve ser endereçado ao relator ao qual foi o recurso distribuído.

Pode acontecer de a necessidade de concessão da tutela antecipada surgir após prolatada a decisão que será atacada mas antes da interposição do competente recurso.

Nesse caso, também entendemos que a competência para apreciar o pedido de tutela antecipada é do órgão julgador *ad quem*, aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 800, parágrafo único do CPC.

Isto porque, ao prolatar a sua decisão, o órgão *a quo* cumpre e esgota a sua função jurisdicional.

Nada mais pode ser feito por tal órgão julgador, a não ser exercer o juízo de admissibilidade de recurso que contra a sua decisão venha a ser interposto, bem como alterar a sua decisão, através do julgamento de embargos declaratórios.

Esse pedido de tutela antecipada há de ser feito mediante simples petição, na qual o demandante, além de expor os fatos e os fundamentos que embasam o seu pleito de medida de urgência, deverá fazer menção à sujeição da decisão a recurso dotado de efeito suspensivo.

Deverá, outrossim, juntar cópias de todas as peças processuais que entender serem necessárias à apreciação do seu pedido de urgência pelo órgão *ad quem*.

Por óbvio, não seria justo que o autor, vencedor na demanda, tivesse que aguardar a interposição de recurso pela parte vencida para, só então, poder pleitear a medida de urgência da qual necessita.

Ou ainda: suponhamos que o autor não tivesse saído vencedor, na totalidade, não seria justo ter ele que interpor o recurso, às pressas, para poder fazer o pedido da tutela antecipada almejada.

Daí por que entendermos que o pedido de tutela antecipada pode ser feito diretamente no tribunal, através de simples petição, antes mesmo de interposto o competente recurso.

Não interposto o competente recurso, pela parte vencida, perde esta antecipação de tutela a sua razão de ser, haja vista tornar-se a decisão prolatada, que não fora guerreada, plenamente eficaz, não mais necessitando o vencedor valer-se de medida de urgência para satisfação da sua pretensão.

Já no caso de tempestiva interposição do recurso pela parte vencida, uma vez subidos os autos ao tribunal, será o pedido de tutela antecipada feito antes da interposição do recurso, autuado em apenso.

Esse é o caso de tutela antecipada concedida, em sede recursal, para ver realizado, de plano, o comando expresso na decisão positiva guerreada, ainda ineficaz por conta da sujeição a recurso dotado de efeito suspensivo ou em virtude de já ter este sido interposto.

No mais, fazemos remissão ao já estudado acerca do tema, no item 7.2, acima.

7.3.1.2 Tutela recursal antecipada – concessão de efeito suspensivo a recurso dele desprovido

A decisão positiva é aquela que contém determinado comando, hábil a produzir, efeitos no plano fático, caso não esteja sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo.

Assim sendo, com o fim de evitar as alterações no plano fático que podem por tal decisão ser implementadas, antes do julgamento final da lide, pode-se buscar a concessão de efeito suspensivo a recurso dele, inicialmente, desprovido.

A concessão de efeito suspensivo em recurso que ataca decisão positiva nada mais é do que a antecipação da tutela recursal pleiteada pela parte recorrente; antecipa-se, através da concessão do efeito suspensivo, um dos efeitos da tutela recursal, qual seja, a ineficácia da decisão combatida, de forma que esta não produza alterações no plano fático.

Como visto anteriormente, a tutela antecipada pode antecipar um ou vários efeitos da tutela jurisdicional reclamada.

Quando se trata de tutela recursal, o que se busca é a reforma ou a anulação da decisão guerreada; assim sendo, a antecipação da tutela recursal guarda correspondência com tudo o que possa ser feito para obstar a decisão recorrida de produzir seus efeitos.

Se o que se está pedindo é a reforma da decisão guerreada, mantê-la suspensa é uma forma de antecipação de tutela.

Com efeito, é a legislação processual que estabelece se o recurso dispõe de efeito suspensivo. A respeito do assunto, tratamos no item 7.3.

Por certo, o órgão julgador não pode, de ofício, atribuir efeito suspensivo a recurso que, por disposição legal, deva ser recebido somente no efeito devolutivo.

Porém, caso haja pedido da parte, para concessão do referido efeito suspensivo, o órgão julgador poderá, sim, receber o recurso no duplo efeito.

Assim sendo, conclui-se que o órgão julgador somente poderá receber o recurso no efeito suspensivo caso a lei assim determine ou se houver pedido da parte nesse sentido.

Ou seja, somente pode haver concessão *ex officio* de efeito suspensivo a recurso, em havendo previsão legal neste sentido.

O recurso de apelação, como visto acima, este é dotado de efeito suspensivo, exceção feita às hipóteses elencadas no art. 520 do CPC.

A princípio, o rol constante do dito dispositivo legal é taxativo, não admitindo interpretações extensivas.

Contudo, em conformidade com a permissiva expressa no parágrafo único do já referido art. 558 do CPC, as disposições expressas no *caput* deste artigo de lei são também aplicáveis ao recurso de apelação:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro

sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.

Há, pois, regra que autoriza a concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação dele desprovido, em havendo requerimento da parte, nos casos previstos no art. 558 do CPC, quais sejam, de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação apresentada.

A bem da verdade, a regra do art. 558 do CPC não tem aplicação somente às demandas elencadas no art. 520 do CPC e sim a todos os casos em que o recurso de apelação, por força de lei, não é recebido no efeito suspensivo.

O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação pode ser feito ao órgão julgador de primeiro grau, na própria petição de interposição do apelo ou em petição em apartado, demonstrando estarem presentes os requisitos exigidos pelo já referido art. 558 do CPC.

Contra a decisão do juiz acerca desse pleito de concessão de efeito suspensivo, poderá ser manejado recurso de agravo de instrumento.

Ressalte-se que tal recurso não será convertido em Agravo Retido, pois se trata de exceção comportada pela regra expressa no art. 527, inciso II do CPC, que assim dispõe:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

[...]

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa¹³⁵.

Em tal recurso de agravo de instrumento, poderá, também, ser pleiteado efeito suspensivo, nos termos dos arts. 527, III¹³⁶ e 558, *caput*, do CPC.

¹³⁵ Redação dada pela Lei 11.187/2005.

¹³⁶ Redação dada pela Lei 10.352/2001.

A concessão de tal efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, neste caso, será, a bem da verdade, também uma antecipação da tutela recursal – o julgamento final deste recurso de agravo se presta a conceder o efeito suspensivo reclamado ao recurso de apelação.

Da decisão do relator acerca da concessão ou não do efeito suspensivo, não mais cabe recurso de agravo interno, em consonância com a atual redação do art. 527, parágrafo único.

Tal decisão somente é passível de reforma no momento do julgamento do recurso de agravo de instrumento, a menos que o próprio relator houver por bem a reconsiderar.

Também com o fim de se obter efeito suspensivo a recurso de apelação dele desprovido, pode se ingressar com medida cautelar, diretamente no tribunal.

A medida cautelar, como estudado no capítulo 6 deste trabalho, é medida de urgência, que se presta a garantir a utilidade e a eficácia de tutela jurisdicional que se busca em outro processo.

No caso em comento, o efeito suspensivo almejado se presta garantir que o não-provimento do apelo, resultante do seu julgamento, seja útil e eficaz à parte recorrente.

A decisão atacada não terá realizado no mundo prático mudanças passíveis de causar à parte recorrente lesão de grave e de difícil reparação.

Dessa forma, pode-se dizer que a concessão de efeito suspensivo a recurso manejado contra decisão positiva configura, ao mesmo tempo, uma antecipação da tutela recursal e uma decisão cautelar.

Estas duas modalidades de medida de urgência, por vezes, acabam por se confundir, dadas as suas semelhanças.

Já estudamos que ambas são provisórias, concedidas após cognição sumária, revogáveis e, via de regra, reversíveis.

A tutela cautelar tem a expectativa de ser substituída, ao passo que a tutela antecipada tem a expectativa de ser confirmada.

Não é a cautelar satisfativa; ela não satisfaz, de plano, a pretensão da parte. Já a tutela antecipada adianta os efeitos desta pretensão reclamada – ela acautela, na medida em que satisfaz.

Pois bem. Interposto o recurso de apelação, opera-se o efeito devolutivo, com a transferência da matéria ao conhecimento do órgão julgador *ad quem*. Assim sendo, já estando a causa no tribunal ou já interposto o apelo, como dito acima, a medida cautelar deve ser manejada, diretamente, no tribunal.

Esta é a regra expressa no aqui já referido art. 800, parágrafo único do CPC.

O relator que apreciar a medida cautelar em tela ficará prevento para o julgamento do recurso de apelação.

Uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, poderá o relator da cautelar, verificando ser relevante o fundamento do apelo e a presença de lesão grave ou de difícil reparação, conceder a liminar reclamada para dar efeito suspensivo ao apelo.

Importante dizer que, já estando o recurso de apelação no tribunal, não mais se mostra necessária o ajuizamento de medida cautelar para a ele conceder efeito suspensivo; basta que este requerimento seja feito, através de simples petição, endereçada ao presidente do tribunal ou ao relator do apelo, caso este já tenha sido escolhido.

Dessa forma, tal como aqui estudamos, há 3 (três) formas de se obter efeito suspensivo a recurso de apelação dele desprovido:

- a) através de pedido feito, no bojo das razões de apelação ou em petição apartada, ao órgão julgador de primeiro grau. Não tendo o efeito suspensivo sido deferido pelo juiz de primeira instância, interpõe-se recurso de agravo de instrumento, pleiteando a concessão do almejado efeito suspensivo ao tribunal;
- b) mediante medida cautelar, ajuizada diretamente no tribunal, com fulcro no art. 800 do CPC;
- c) através de mera petição ao presidente do tribunal ou ao relator do recurso, caso este já tenha sido designado, quando os autos do apelo já estiverem na instância superior;

Contudo, o STJ entende que somente as alternativas expressas nas letras “a” e “c” acima são factíveis.

De acordo com o entendimento pretoriano, fazer uso da referida medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso de apelação não se mostra crível, já que o recurso de agravo de instrumento presta-se, justamente, a esta finalidade.

Nesse sentido, foi o recentíssimo julgado, cuja ementa segue abaixo transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL. APELAÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO. MEDIDA CAUTELAR. INCABÍVEL. HONORÁRIOS.

1. Não cabe ação cautelar visando emprestar efeito suspensivo a apelação que não o tem. Adequada, no sistema do Código de Processo Civil, é a interposição de agravo de instrumento contra a decisão do juiz que declara os efeitos em que recebe o apelo.

2. Ajuizada ação manifestamente incabível e citado o réu, a sentença que declara a extinção do processo deve condenar o autor no pagamento de honorários. (AgRg no REsp 845877/RO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 12/02/2008)

Porém, compartilhamos da opinião de ser possível o aforamento da referida medida cautelar, pois, como nos ensina Leonardo José Carneiro da Cunha,

[...] as condições da ação estão presentes, sendo possível juridicamente o pedido, eis que encontra escoro no parágrafo único do art. 800 do CPC. A parte que interpôs o recurso afigura-se como legítima para requerer a providência cautelar, sendo igualmente legítima a parte contrária, eis que beneficiária do ato judicial que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo.

Resta, por fim, aquilatar a presença do interesse de agir. Este depende da conjugação da *necessidade* e *utilidade* da providência jurisdicional, além da *adequação* do procedimento adotado.

Para que exista a *necessidade* da providência jurisdicional, é preciso que não haja outro meio, senão o judicial, para solucionar o impasse. Ora, nesse caso da ação cautelar, há efetivamente necessidade, pois o efeito suspensivo da apelação não pode ser obtido por outro meio, senão o judicial; a parte interessada não dispõe de meio *extrajudicial* para a obtenção do pretendido efeito suspensivo. A circunstância de existir a possibilidade de se interpor um agravo de instrumento não subtrai a necessidade da ação cautelar¹³⁷.

Observemos que não estamos falando da possibilidade de interposição de 2 (dois) recursos, contra uma mesma decisão, o que estaria a desrespeitar o princípio da singularidade.

Estamos falando que o efeito suspensivo almejado ao recurso de apelação pode ser obtido tanto através de recurso de agravo de instrumento, quanto através de medida cautelar, endereçada ao tribunal *ad quem*.

A não-interposição de recurso de agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que recebe o apelo apenas no efeito devolutivo não impede seja a tutela recursal pleiteada de outra forma, quer seja através de medida cautelar, quer seja através de simples petição.

Isto porque a antecipação da tutela recursal, como qualquer outra tutela antecipada, pode ser requerida a qualquer tempo, enquanto vivo o processo, enquanto não transitada em julgado a decisão que a ele coloca termo.

Se o legislador não determinou o momento exato em que pode referida medida de urgência ser concedida, assim não podem vir os tribunais a determinar.

De acordo com o entendimento do STJ, acima exposto, a medida cautelar somente seria cabível entre o momento da interposição do apelo e a decisão judicial relativa aos efeitos em que este é recebido.

¹³⁷ Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. **Revista Autônoma de Processo**, Curitiba, n. 1, out./dez. 2006. p. 358.

Também em consonância com tal entendimento, a medida cautelar afigura-se cabível quando o interesse na suspensão da decisão combatida somente desponte após o decurso do prazo para a interposição do referido recurso de agravo de instrumento.

O recurso de agravo de instrumento também não é dotado, por disposição legal, de efeito suspensivo.

Contudo, como já visto, em havendo requerimento da parte, o relator poderá, sim, conceder o efeito suspensivo, prolongando, assim, a situação de ineficácia da decisão agravada.

A previsão para tal concessão está nos já referidos arts. 527, III e 558, *caput*, do CPC, que dispõem poder ser pelo relator atribuído efeito suspensivo, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução idônea e, ainda, noutros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação.

Da decisão que conceder ou não o pleiteado efeito suspensivo, repita-se, não mais cabe recurso de agravo interno, podendo, assim, a decisão ser atacada através de mandado de segurança.

Tal como visto, tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, possuem, unicamente, efeito devolutivo.

Assim sendo, interposto um ou os dois dos referidos recursos contra decisão positiva, em nada será afetada a eficácia desta; o comando produzirá, normalmente, os seus efeitos, dando causa a mudanças no plano fático.

Com efeito, os recursos em comento são de argumentação vinculada ao dispositivo alvo de prequestionamento na decisão recorrida.

Assim sendo, o juízo de admissibilidade de tais recursos acaba sendo mais complexo, com necessárias incursões ao mérito da pretensão recursal.

Dessa forma, a transferência do conhecimento da lide aos tribunais superiores somente se dá após a admissão dos recursos especial e extraordinário, quando, então, estes são recebidos no efeito devolutivo.

Assim é que os tribunais superiores entendem não dispor de competência, enquanto não admitidos os recursos, para a apreciação de medida cautelar, nada obstante a regra expressa no art. 800, parágrafo único, que determina que, uma vez manejado o recurso, há de ser a medida cautelar proposta diretamente no órgão julgador *ad quem*.

Neste sentido, são as Súmulas 634 e 635 do STF¹³⁸.

Conclui-se, pois, que somente pode se pleitear a concessão de efeito suspensivo aos recursos em comento, através de medida cautelar diretamente proposta no tribunal, depois de já recebidos os recursos, pelo tribunal *a quo*.

Somente em casos excepcionais, vem o Superior Tribunal de Justiça aceitando o aforamento da referida medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade positivo do recurso especial, tendo ou não este já sido interposto:

Processo civil. Medida cautelar visando a atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto. Súmulas 634 e 635, do STF. Critérios para sua aplicação.

- Via de regra, não é possível conhecer, nesta sede, de pedido de atribuição a efeito suspensivo de recurso especial ainda não admitido na origem, por força do óbice contido nas Súmulas 634 e 635, do STF. Tal pedido deve ser formulado ao tribunal de origem, nos termos do respectivo regimento interno.

- Em hipóteses excepcionais, o STJ excepciona essa regra, conferindo efeito suspensivo a recurso especial já interposto, mesmo que não tenha sido realizado, na origem, o exame de admissibilidade. Tal exceção, porém, somente se admite em hipóteses de claro e iminente prejuízo para a parte, de decisão evidentemente contrária à jurisprudência deste tribunal ou de teratologia.

- Nos casos em que ainda não há sequer a interposição do recurso na origem, maior rigor ainda deve pautar a concessão de efeito suspensivo. Isso porque nessas hipóteses, além de se usurpar a competência do Tribunal a quo para conhecer da medida cautelar, esta Corte ainda estaria adiantando, se não um posicionamento, ao menos uma tendência quanto às questões que reputa relevantes para o julgamento da causa. Esse adiantamento representaria valiosa orientação para a parte que ainda redigirá o recurso especial, em prejuízo da paridade de armas que deve informar o processo civil. Negado provimento ao agravo. (AgRG na MC 13123/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 20/09/2007)

MEDIDA CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO URGENTE E EXCEPCIONAL.

1. Em casos de cabal demonstração de ameaça de lesão irreversível e da presença de *fumus boni iuris*, é admissível a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto na origem.

2. Excepcionalmente, o STJ pode dispensar a publicação do acórdão (art. 506, III, do CPC), pressuposto para a interposição de Recurso Especial, que busca conferir àquele efeito suspensivo.

3. Situação em que se deve preservar os poderes de investigação da Secretaria de Direito Econômico, que merecem especial deferência em razão da alta complexidade da matéria e da especialização técnica do órgão.

¹³⁸ Súmula 634: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.”

Súmula 635: “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

4. Autorização para o deslacre dos objetos apreendidos na Ação de Busca e Apreensão, impondo-se, entretanto, sigilo ao processo administrativo em trâmite perante a Secretária de Direito Econômico, nos termos do art. 35, §2º, da Lei 8.884/94, resguardando-se, a um só tempo, a celeridade do processo administrativo e o direito de privacidade das empresas.
5. Liminar parcialmente deferida, pois preenchidos os requisitos necessários para a concessão da medida, diante da presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.
6. Decisão referendada pela Turma Julgadora (art. 288/RISTJ). (Medida Cautelar 13103/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 07/08/2007)

Quando o recurso especial já foi interposto e inadmitido pelo órgão julgador *a quo*, tendo, então, sido manejado recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 544 do CPC, enquanto estiver este pendente de julgamento, igualmente em situações excepcionais, admite o órgão pretoriano seja perante ele proposta medida cautelar, com o fim de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR CUJA PRETENSÃO DE EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PERANTE O STJ. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO PELA VIA CAUTELAR. PRECEDENTES. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO AUTORIZADORES DA CONCESSÃO.

1. É excepcional a concessão de efeito suspensivo a recurso especial inadmitido pelo Juízo *a quo*, em sede de medida cautelar, ainda que pendente de apreciação agravo de instrumento interposto perante esta Corte Superior.
2. É que, nesses casos, o que se pretende é atribuir efeito suspensivo ao agravo, situação deveras excepcional, a reclamar o requisito da teratologia da decisão ou a sua consonância límpida com a jurisprudência predominante do E. STJ, mercê da admissibilidade *prima facie* o recurso especial (Precedentes do STJ: EDcl no AgRg na MC 9129/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 28.03.2005; AgRg no AgRg na MC 5147/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 14.03.2005; AgRg na MC 8480/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 28.02.2005; AgRg na MC 7635/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 21.06.2004; AgRg na MC 6549/BA, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 10.11.2003; e AgRg na MC 1997/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 18.09.2000).
3. *In casu*, o acórdão especialmente recorrido esposou entendimento consonante com a jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido da legitimidade da recusa, pela exequente, de nomeação à penhora de bem de difícil alienação, qual seja, título da dívida pública, sem cotação na Bolsa de Valores, ante a ausência de liquidez (Precedentes: AgRg no Ag 616978/RJ, desta relatoria, publicado no DJ de 20.06.2005; AgRg no Ag 705716/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 28.11.2005;

AgRg no REsp 476560/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, publicado no DJ de 02.06.2003).

4. Destarte, em sede de cognição sumária, não ressoa evidente a plausibilidade do direito vindicado em sede de recurso especial, donde se infere a ausência do requisito do *fumus boni juris*, viabilizador da concessão da medida cautelar pleiteada.

5. Medida cautelar improcedente.

6. Agravo regimental prejudicado. (Medida Cautelar 13140/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11/12/2007)

Já o entendimento do STF é firme no sentido de que a medida cautelar somente pode ser ali ajuizada uma vez já admitido o recurso extraordinário na origem, não comportando esta regra exceções:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Medida cautelar ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Competência não instaurada. Recurso ainda pendente de juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Pedido não conhecido. Agravo regimental improvido. Aplicação das súmulas 634 e 635. Enquanto não admitido o recurso extraordinário, ou provido agravo contra decisão que o não admite, não se instaura a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de tutela cautelar tendente a atribuir efeito suspensivo ao extraordinário. (AC-AgR 491/MS, Rel. Ministro, Cezar Peluso, 1ª Turma, j. 30/11/2004)

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Concessão pelo STF. Impossibilidade. Recurso pendente de juízo de admissibilidade na origem. Ação cautelar. Pedido não conhecido. Competência do presidente do tribunal local. Agravo regimental improvido. Aplicação das súmulas 634 e 635. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade do tribunal de origem, a cujo presidente cabe decidir sobre o pedido. (AC-AgR 279/ES, Rel. Ministro Cezar Peluso, j. 21/09/2004)

Assim é que, via de regra, enquanto não admitido o recurso de fundamentação vinculada, a medida cautelar com o fim de a ele emprestar efeito suspensivo há de ser requerida, diretamente, ao tribunal *a quo*.

Se requerida a medida cautelar no tribunal *a quo*, quem apreciará a liminar reclamada será o presidente do órgão, salvo se de forma diversa dispuser o seu regimento interno.

Já se requerida a medida cautelar, nos tribunais superiores, quem apreciará o pleito de urgência será o relator sorteado, que ficará, então, prevento para o julgamento dos recursos.

A respeito dos temas aqui em debate, vale, novamente, trazer a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Muitos dos precedentes que veiculam o entendimento, segundo o qual a cautelar somente pode ser ajuizada no tribunal superior após admitido o

recurso extremo, fundam-se no argumento de que, a se admitir a cautelar para o tribunal superior antes desse momento, estar-se-ia subtraindo da corte local a competência para exercer o juízo de admissibilidade e, uma vez deferida a liminar, impondo, praticamente, ao tribunal de origem que remeta os autos ao juízo *ad quem*. Essa constatação denotaria um impediante a mais para o manejo da cautelar antes de admitido o recurso na origem.

Parece falho, com o devido respeito, o argumento. É que segundo entendimento igualmente firmado, na cautelar já pode ser exercido, pelo ministro relator, o juízo de admissibilidade do recurso externo. Ora, se o relator já verifica que o recurso reúne condições de seguimento, deve, sim, determinar a remessa dos autos originários para o tribunal superior, a fim de apreciá-lo e, provavelmente, dar-lhe provimento. Isso tudo estará evidente na análise do *fumus boni iuris*, a entremostrarem que o acórdão recorrido estaria, aparentemente, violando o dispositivo de norma (*infra*) constitucional¹³⁹.

Assim sendo, conclui-se que a regra é no sentido de que, enquanto não admitido o recurso especial e/ou o extraordinário, deve a medida cautelar ser proposta perante o tribunal estadual.

Admitido o recurso, pode a medida cautelar ser intentada, diretamente, no tribunal superior.

Por fim, gostaríamos de aqui tratar da utilidade do mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo a recurso que não o tem.

É sabido que, antes da Lei 9.139/95, devia o recurso de agravo de instrumento ser interposto perante o órgão julgador de primeira instância, o que consistia num procedimento demorado e completamente incompatível com as situações de urgência.

Era, então, comum que o agravante, além de interpor o recurso de agravo, impetrasse mandado de segurança, com o fito de obter efeito suspensivo ao recurso de agravo.

À época, inexistia a previsão para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento; a redação que hoje tem o art. 558 do CPC é fruto da Lei nº 9.139/95¹⁴⁰.

Assim sendo, como o recurso de agravo de instrumento, na anterior sistemática, não se revelava eficaz quando havia situações de urgência ou de dano irreparável e de difícil reparação, tanto a jurisprudência quanto a doutrina acabavam por admitir o uso do mandado

¹³⁹ Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. **Revista Autônoma de Processo, Curitiba**, n. 1, out./dez. 2006. p. 367.

¹⁴⁰ “Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou da câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.”

de segurança contra ato judicial passível de recurso, sem efeito suspensivo, com a finalidade exclusiva de a este recurso emprestar o dito efeito.

Após o advento da referida Lei, passou o recurso de agravo de instrumento a ser interposto diretamente no tribunal estadual, tendo o seu procedimento se tornado mais rápido e menos complicado.

Com a possibilidade de concessão, pelo relator, de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, foi eliminado o uso do mandado de segurança.

O próprio art. 5º, inciso II da Lei 1.533/51, impede o uso de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso.

Tal vedação consta, também, da Súmula 267 do STF¹⁴¹.

Atualmente, admite-se o uso do mandado de segurança somente contra decisão judicial que esteja a causar prejuízo à parte e não seja passível de recurso.

Neste caso, admite-se o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal, sendo impetrado para ver reformada determinada decisão e não para o fim de emprestar efeito suspensivo a recurso dele desprovido.

Também pode o mandado de segurança ser utilizado por terceiro prejudicado, que não mais tenha prazo para impetrar o recurso que era cabível para pleitear a reforma de determinada decisão que está a lhe prejudicar.

7.3.2 Decisões negativas

7.3.2 Efeito ativo – tutela recursal antecipada e tutela antecipada em sede recursal

Como já asseverado anteriormente, a decisão negativa é aquela que não concede o que fora pedido; ela não traz consigo o comando almejado pela parte demandante.

Desta feita, a interposição de recurso contra uma decisão negativa, este recebido só no efeito devolutivo ou em ambos os efeitos, não é hábil a promover qualquer alteração na situação do demandante – aquela decisão, que nada lhe concedeu, apenas permanece ineficaz.

Assim sendo, pode-se dizer que o prolongamento da situação de ineficácia de determinada decisão negativa, em decorrência da interposição de recurso com efeito

¹⁴¹ Súmula 267: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

suspensivo, em nada afeta as partes: A situação destas fica como sempre esteve; nada muda no plano fático.

Destarte, ao contrário do que se dá em relação a uma decisão positiva, o efeito suspensivo, que obsta a eficácia de decisão negativa, revela-se como sendo inócuo a proteger e a satisfazer qualquer pretensão de direito material.

Com efeito, a antiga redação do art. 527 do CPC, em seu inciso II¹⁴², autorizava a concessão, pelo relator do recurso de agravo de instrumento, de efeito suspensivo.

Assim sendo, em princípio, interpretando-se, literalmente, o texto legal, entendia-se que somente podia ser concedida a antecipação da tutela recursal nos recursos manejados contra decisões positivas. Não se podiam adiantar as pretensões recursais daqueles que atacavam decisões negativas, o que, por óbvio, não se mostrava crível.

Destarte, mesmo antes da Lei 10.352/2001, que veio a alterar o já referido art. 527 do CPC, tendo a nova redação do seu inciso III passado a autorizar o deferimento, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, da pretensão recursal, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência dos nossos tribunais já admitiam a concessão do chamado efeito “ativo”:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO APÓS O ADVENTO DA LEI N. 9.139/95. LIMINAR INDEFERIDA PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. IMPETRAÇÃO DE OUTRO *WRIT*, ATACANDO A DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. MEIO DE IMPUGNAÇÃO ADEQUADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

I – Antes do advento da Lei n. 9.139/95 – “Lei do Agravo”), admitia-se a impetração de mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em outro *writ*. Atualmente, contra a decisão monocrática que indefere liminar em *writ*, cabe tão-somente recurso de agravo de instrumento, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em *writ* para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leito natural, deixando de ser a panacéia de outrora. Precedente do STJ: RMS 5.854/PE.

II – Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado ‘efeito suspensivo ativo’. Interpretação teleológica do “novo” art. 558 do CPC. Precedentes dos tribunais regionais federais.

III – Recurso ordinário conhecido, mas improvido. (RMS 8.516/DF, Rel. Ministro Ademar Maciel, STJ, 2ª Turma, un., DJ 08/09/1997. p. 42.435)

¹⁴² “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

[...]

II – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão; [...]”

Isto porque se se podia antecipar a tutela recursal em sede de recurso interposto contra decisão positiva, não fazia sentido que o mesmo não pudesse acontecer em recurso interposto contra decisão negativa.

Por certo, tanto as decisões positivas quanto as decisões negativas são passíveis de causar danos irreparáveis e de difícil reparação; assim sendo, nada havia que justificasse tratamentos diversos aplicados aos recursos que viessem a ser contra elas interpostos.

Daí por que da construção jurisprudencial acerca do chamado efeito ativo que, por fim, acabou por restar inserido em permissiva legal.

E este efeito ativo, nos recursos manejados contra decisões negativas, é, como visto, uma antecipação da tutela recursal.

O que o recorrente pretende com a reforma da decisão atacada é a concessão daquilo que pediu, inicialmente, e que não lhe foi dado.

A antecipação da tutela recursal, nesses casos, corresponde à transformação de uma decisão negativa em uma decisão positiva.

Por óbvio, esta transformação não é perene, pois, como toda medida de urgência, é a antecipação da tutela recursal provisória; produz efeitos até o final do julgamento daquela determinada questão ou até o momento em que, porventura, venha a ser revogada.

A respeito do tema, assim nos ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Decisão negativa do juiz. Efeito ativo. Quando a decisão agravada tiver conteúdo negativo, como, por exemplo, no caso de o juiz de primeiro grau indeferir pedido de liminar, pode o relator conceder a medida pleiteada no primeiro grau. No regime anterior, antes da modificação trazida no CPC 527 pela L 10352/01, a concessão do *efeito ativo* ao agravo era admissível por aplicação extensiva do ex CPC 527 II, combinado com o CPC 558. A concessão, pelo relator, da medida denegada pelo juiz de primeiro grau é, na verdade, antecipação do resultado do mérito do agravo de instrumento, perfeitamente admissível no sistema brasileiro, à luz do CPC 273. A essa circunstância a doutrina dá o nome de *efeito ativo* do agravo¹⁴³.

A antecipação da tutela recursal, quando se está diante de decisão negativa, acaba, na maioria das vezes, a coincidir com a própria antecipação de tutela do mérito da causa.

Tal se dá porque, nesses casos, o mérito da causa acaba por se confundir com o mérito do recurso – através do recurso se busca obter o que não se obteve com o pedido inicialmente formulado.

¹⁴³ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 895.

Reverter o julgamento de improcedência ou de indeferimento em um julgamento de procedência ou de deferimento é o mesmo que dar ao demandante o que, inicialmente, não lhe fora dado.

De tão próximas que acabam ficando estas 2 (duas) modalidades de tutela antecipada, houvemos por bem aqui tratá-las, conjuntamente.

Claro que, como já citamos anteriormente, há casos em que poderá a tutela antecipada ser pleiteada, apenas em grau recursal, porque somente então surgiu o interesse para tanto. Imaginemos, por exemplo, uma sentença que extinguiu, indevidamente, um processo, sem julgamento de mérito, por inércia da parte demandante.

O demandante interpõe recurso de apelação e, pendente este de distribuição no tribunal local, surge o interesse do recorrente em requerer uma antecipação de tutela.

Neste caso, o mérito do pleito de antecipação de tutela formulado pelo recorrente não guarda relação com o mérito do recurso, onde é reclamada a anulação da sentença e o prosseguimento do feito, com a produção das provas necessárias à convicção do órgão julgador.

Salientamos que não se trata o exemplo em tela de hipótese abarcada pela disposição constante do art. 515, § 3º do CPC, haja vista não versar a causa sobre questão exclusivamente de direito, nem tampouco estar a lide em condições de imediato julgamento.

Mas a regra, como aqui dissemos, é que, nos casos de recursos manejados contra decisões negativas, a antecipação da tutela recursal coincida com a antecipação da tutela relativa ao mérito da demanda.

Outrossim, somos da opinião de que a regra expressa no art. 527, inciso III do CPC, tem aplicação não só ao recurso de agravo de instrumento, como também a todas as modalidades recursais.

Entendemos que em todos os recursos, da mesma forma como pode ser concedido, pelo relator, o efeito suspensivo almejado que, como visto, corresponde à antecipação da tutela recursal em casos de decisões positivas, pode pelo julgador ser deferida, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal, quando a decisão atacada for negativa.

O pedido de concessão de efeito ativo pode ser feito fazendo-se uso dos mesmos mecanismos descritos no capítulo anterior atinentes ao chamado efeito suspensivo.

Pode o recorrente formular o pedido na própria petição de recuso, em petição apartada ou através de medida cautelar.

Acerca, especificamente, de efeito ativo concedido através de medida cautelar, é o julgado cuja ementa segue abaixo transcrita:

MEDIDA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO. DESRESPEITO À ORDEM CLASSIFICATÓRIA. EFEITO ATIVO A RECURSO ESPECIAL.

O concurso público rege-se pelo princípio da obediência à ordem classificatória.

Havendo demonstração de que a ordem do concurso público fora violada; de que há perigo irreversível na demora em reintegrar os autores no curso de formação; e de que há plausibilidade no recurso especial, a medida cautelar há de ser deferida.

Medida cautelar procedente, para emprestar efeito ativo a recurso ordinário em mandado de segurança. (MC 7358/PI, Rel. Ministro Paulo Medina, 6ª Turma, j. 23/11/2004)

Tudo aquilo o que foi estudado acerca do efeito suspensivo tem aplicação quanto ao efeito ativo; isto porque, repita-se, a antecipação da tutela recursal em recursos onde se atacam decisões positivas traduz-se no efeito suspensivo; e a antecipação da tutela recursal em recursos em que são atacadas decisões negativas traduz-se no efeito ativo.

Tanto o efeito suspensivo quanto o efeito ativo são antecipações da tutela recursal reclamada; o que distingue um do outro não é nada além do que o conteúdo da decisão através do recurso atacada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo e os novos rumos do Judiciário: desafios e tendências. **Repro**, São Paulo, v. 142, p. 268/286, dez. 2006.

ABRÃO, Carlos Henrique. Antecipação da tutela recursal. **Repro**, São Paulo, n. 111, p. 165/166, jul./set. 2003.

AGUIRRE, Jose Eduardo Suppioni de. Tutela antecipada e o princípio da proporcionalidade. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 47-65, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. Liminar cautelar e antecipação da tutela. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 15, n. 1, p. 11/12, 1999.

ALVIM, Arruda. O Código de Processo Civil, suas matrizes ideológicas, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas que se lhe seguiram, com suas novas necessidades. A complementação do sistema processual. Processo e procedimento, no sistema Constitucional de 1988. **Repro**, São Paulo, v. 70, p. 34/48, abr./jun. 1993.

_____. O direito de defesa e a efetividade do código do processo: 20 anos apos a vigência do Código. **Repro**, São Paulo, v. 79, p. 207/221, jul./set. 1995.

_____. Ação civil pública. Tutela antecipada. Desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência. (Parecer). **Repro**, São Paulo, v. 105, p. 207/219, jan./mar. 2002.

_____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela; as obrigações de fazer e não fazer; valores dominantes na evolução dos nossos dias. **Repro**, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 51/106, jan./mar. 2000.

_____. Mandado de segurança contra ato judicial. Medida cautelar concedida liminarmente em 2º grau. Cumprimento que não pode ser obstado em razão da pendência de embargos de declaração (Parecer). **Repro**, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 122/130, out. 1990.

_____. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n.1, p. 93/114, jan./jun. 2001.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. I.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. Tutela antecipada no Tribunal: medida cautelar no Tribunal e no juízo de primeiro grau. **Revista da Procuradoria Federal Especializada – INSS**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 19/29, abr./jun. 2002.

_____. A antecipação de tutela na reforma processual. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, n. 135, p. 9/31, abr. 1995; **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 148/163, jan./mar. 1995.

_____. Em prol de um “direito processual econômico”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 28/34, jan./jun. 1998.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Repro**, São Paulo, v. 74, p. 20/39, abril/jun. 1994.

ALVIM, Teresa Arruda. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. **Repro**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 122/125, abr./jun. 1994.

ARAGÃO, E. M. de. Poder geral do juiz (medidas provisórias). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 37-57, 1990.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 48, n. 272, p. 5/24, jun. 2000.

_____. Antecipação da tutela. **Revista da Esmape**, Recife, v. 2, n. 4, p. 28/54, abr./jun. 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-79, jan./mar. 1999.

AZULAY NETO, Messod. A medida cautelar como instrumento processual para a obtenção de efeito suspensivo em recursos. **BLA: Boletim Legislativo**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 13, p. 398/399, maio 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do princípio da proporcionalidade. **Arquivos de Direito**, Nova Iguaçu, v. 2, n. 3, p. 65/75, 1999.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Arcádia, 1944.

BARROS, Raimundo Gomes de. **Antecipação da tutela**: a grande novidade no Código de Processo Civil. IOB – Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 12, p. 198/197, junho 1995.

BASTOS, Aurélio Wander. **Legalidade e efetividade**: as dimensões paradoxais da decisão judiciária. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 65/80, nov./dez. 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa**. 1994. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1994.

_____. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Direito processual civil: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BISOONI, Lígia Cristina de Araújo. Alterações à disciplina dos artigos 515 e 520 do código de processo civil: Lei nº 10.352 de 28/12/01. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 147/157, jan./jun. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Eduardo de Carvalho. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2002.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: extensão e limites do direito processual de resultados justos**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 2006.

BROCHADO, Maria. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência nos Tribunais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 165/172, jul./set. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novas observações sobre a efetividade do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 343, p. 3/9, jul./ago. 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. 2000. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Lemos, 2004. v. 1.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Medidas liminares no processo cautelar. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 263, p. 5/24, set. 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. **Repro**, São Paulo, v. 140, out. 2006, p. 72/85.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Observações em torno do mandado de segurança e da ação cautelar para conferir suspensibilidade de recurso. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 29/34, abr./jun. 1996.

CASTRO FILHO, V. Princípios constitucionais aplicáveis ao Processo Civil. **Repro**, São Paulo, v. 70, abril/jun. 1993, p. 154/165.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Antecipação da tutela em ação rescisória. *In*: NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 385/409.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile I**. 2. ed. Roma: Foro It., 1930. _____ . **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

CORREIA, Belize Câmara. Considerações sobre a atuação da tutela jurisdicional específica. **Doutrina Adcoas**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 43/50, fev. 2002.

COUTURE, Eduardo. **Interpretação das leis processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. **Revista Autônoma de Processo**, Curitiba, n. 1, p. 345/375, out./dez. 2006.

_____. Impugnação da decisão que determina a retenção de recursos especial e extraordinário. **IOB – Repertório de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 9, p. 195/193, maio 2000.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Embargos declaratórios com efeitos infringentes em medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso especial (jurisprudência comentada). **Repro**, São Paulo, v. 31, n. 135, p. 179/193, maio 2006.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. **Repro**, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 187/220, abr. 2005.

DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. **Repro**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 195/201, out./dez. 1986.

_____. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 49, n. 285, p. 31/60, jul. 2001.

DI MARINO, Bruno. O princípio da ampla tutela jurisdicional e o dever do juiz de apreciar todas as questões do processo. **Doutrina Adcoas**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 146/147, abr. 2004.

DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do Processo. **Repro**, São Paulo, v. 97, p. 213/225, jan./mar. 2000.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. Liminares: poder discricionário ou vinculado? **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 5, p. 46/53, out./dez. 1993.

DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada. **IOB - Repertório de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial. São Paulo, n. 20, p. 618-617, out. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: PODIVM, 2005. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. t. I-II.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio constitucional da proporcionalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, p. 101-7, abr./jun. 1992.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 5/18, mar. 1996.

FANTONI JUNIOR, Neyton. A tutela jurisdicional antecipada à luz da efetividade da Constituição e do prestígio da função jurisdicional. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 43, n. 215, p. 31/43, set. 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2007.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Atribuição de efeito substitutivo ativo à apelação e a tutela recursal antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 5, n. 7, p. 284/301, 2001.

FERREIRA, William Santos. Medidas cautelares para dar efeito suspensivo a recurso e para obstar efeitos da decisão rescindenda. **Repro**, São Paulo, v. 77, p. 149/163, jan./mar. 1995.
_____. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D. Acesso à justiça e tutelas de urgência – o pleno acesso a ordem jurídica justa e a efetividade do processo. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 21, n. 73, p. 27/37, 1993.

FRANCIULLI NETTO, D. Concessão de efeito suspensivo em recurso especial. **Repro**, São Paulo, v. 28, n. 109, p. 124/133, jan./mar. 2003.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. **A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIEDE, Roy Reis. Origem ampla e remota da providência cautelar. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 47/48, nov./dez. 1997.

_____. Concessão liminar da antecipação de tutela. **Revista da Procuradoria Geral da República**, Brasília, n. 8, p. 21/33, jan./jun. 1996.

_____. Dos recursos em matéria cautelar (liminar) (recurso em medidas acautelarias). **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 57/82, out./dez. 1999.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 48/67, dez. 2000.

GARCIA, Aílton Stropa. Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes – artigo 5º, LV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 701, p. 426/427, mar. 1994.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 78, p. 27/30, set. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 65, p. 13, 1996.

GUERRA FILHO, W. S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 3, n. 4, p. 196-209, maio 2000.

HANADA, N. Recursos extraordinário e especial retidos. Medida cautelar, agravo de instrumento, mandado de segurança. **IOB – Repertório de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 17, p. 366/364, set. 2000.

HESPANHA, B. O direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 48, p. 7/90, jul./set. 2004.

HOFFMAN, P. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JORGE, M. H. Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo. *In*: NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KLAES, Marianna Izabel Medeiros. As medidas cautelares no processo civil brasileiro. **Revista de Direito do Mercosul**, Buenos Aires, v. 5, n. 3, p. 79/104, jun. 2001.

KLOURI, César Marcos. Ação cautelar inominada: limiar para concessão de efeito suspensivo perante o S.T.J. e S.T.F. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, v. 16, n. 24, p. 105/110, 2002.

LACERDA, Galeno. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo. **Repro**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 38/40, jan./mar. 1983.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização. **Repro**, São Paulo, n. 118, p. 289/302, nov./dez. 2004.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile: principi**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. I.

LIMA, Marcelo Pires. O princípio da proporcionalidade na penhora e na execução civil como instrumento de alcance de efetividade. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 9, n. 11, p. 283-292, 2005.

LIPPMANN JUNIOR, Edgard Antonio. Antecipação de tutela: utopia ou realidade? **Repro**, São Paulo, n. 81, p. 37/41, jan./mar. 1996.

_____. Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva. **Repro**, São Paulo, v. 23, n. 92, p.33/36, out./dez. 1998.

LOPES, João Batista. A tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 729, p. 63/74, jul. 1996.

_____. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno; Justiça morosa? **Repro**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 128/138, jan./mar. 2002.

_____. Tutela antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 93-100, set. 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; CURIONI, Rossana Teresa; VEIGA, Fernanda Duarte Spindola. Antecipação da tutela: a tutela antecipada como instrumento para a Justiça do terceiro milênio. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 134/158, nov./dez. 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Medida cautelar nos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 46, n. 248, p.5/8, jun. 1998.

MAGALHÃES, Jose Roberto de Barros. Ação rescisória: antecipação de seus efeitos. **Repro**, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 228/250, jan./mar. 1989.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. Tutela cautelar no sistema processual de Código de Processo Civil modificado. **Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo**, São Paulo, v. 163, p. 6/27, maio/jun. 1997.

MAIZMAN, Victor Humberto. Da imprescindibilidade da concessão da tutela de urgência em sede de medida cautelar incidental interposta perante o TST, na pendência de decisão quanto à admissibilidade do recurso ordinário por parte do tribunal “a quo” (inteligência do parágrafo único do art. 800 do CPC). **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 12, n. 138, p. 38/43, dez. 2000.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. 1999. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 706, p. 56/60, ago. 1994.

_____. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

MARINS, Victor A. Bomfim. Antecipação da tutela cautelar. **Jurisprudência Brasileira: cível e comércio**, Curitiba, n. 180, p. 81/89, 1997.

MARQUES, Márcio Severo. Cautelares – liminares e acesso ao judiciário (Lei n. 8.437/92). **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 61, p. 187/189, 1992.

MARTINS, Luísa Adélia Brollo. O princípio da proporcionalidade interagindo no acesso à Justiça. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 40, p. 457-64, maio/ago. 2004.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Medidas de urgência: o necessário sincretismo processual previsto no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 55/58, mar./abr. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Ricardo Galvão de. A função hermenêutica do princípio da proporcionalidade, A: superação de uma perspectiva lógico-formal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 38, p. 113-127, set./dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **IOB – Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, São Paulo, n. 14, p. 372-361, jul. 2000.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, 52).

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ação processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. **Repro**, São Paulo, v. 30, n. 124, p. 283/90, jun. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. **Repro**, São Paulo, v. 26, p. 101/110, out./dez. 2001; **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 5/13, set./out. 2001.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 5/18, set./out. 2003.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 5/14, maio/jun. 2001.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, no seu 70 aniversário**. São Paulo: Saraiva, p. 201/220, 1982.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V.

MURITIBA, Sergio. Antecipação da tutela na ação rescisória. *Ciência e Direito*: **Revista Jurídica** da Fic-Unaes, Campo Grande, v. 2, n. 4, p. 117/139, nov./abr. 1999.

NASCIMENTO FILHO, Firly. Os princípios constitucionais do processo civil atual. **Direito, estado e sociedade**. Rio de Janeiro, n. 20, p. 39/70, jan./jul. 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º.10.2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Edson Alvisi. Aspectos relevantes das tutelas de urgência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 52, n. 324, p. 80/88, out. 2004.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. **Questões controvertidas de processo civil e de direito material**: doutrina, jurisprudência e anteprojetos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Riv. Dir. Proc.**, XXI, Padova, p. 470-474, 1966.

OCTAVIANI, Eliane Avelar Sertorio. Tutela jurisdicional diferenciada e a efetividade do processo. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 71/89, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 214/239, jul. 1997.

_____. Efetividade e processo cautelar. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 61, p. 175/182, jul. 1994.

_____. Direito material, processo e tutela jurisdicional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 25-49, jul./ago. 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. As tutelas de urgência nos recursos extraordinários. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 321/356, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

ORTOLAN, Guilherme Soares de Oliveira; LOPES, Paulo Eduardo Vasconcelos de Paula. Antecipação de tutela: breve esboço histórico e de direito comparado. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 64/74, jul./ago. 2004.

PINTAÚDE, G.. Proporcionalidade como postulado essencial do Estado de direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 387, p. 95-116, set./out. 2006.

PINTO, N. L. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Repro**, São Paulo, v. 105, p. 43/63, jan./mar. 2002.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. Novas técnicas processuais de acesso à justiça. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1.349-1.356, nov. 2005.

PORTANOVA, R. Os princípios constitucionais e o processo civil. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, n. 6, p. 59/78, maio 1999.

PRUDENTE, A. S. A antecipação da tutela na sistemática do Código de Processo Civil. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 66, p. 278/294, mar. 1996.

QUEIROZ, R. A. S. de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REDECKER, Ana Cláudia. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 21, n. 20, p. 9-20, 1999.

REZEK NETO, Chade. Princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito brasileiro. **Revista Jurídica Universidade de Franca**, Franca, v. 5, n. 9, p. 65/69, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, n. 160, p. 33/54, set./out. São Paulo, 1997.

RIGOLIN, Antonio. Das medidas cautelares. **Repro**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 135/147, out./dez. 1989.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Antecipação de tutela recursal em sede de agravo e apelação: interpretação da Lei n. 10.352/01. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 44/54, mar./abr. 2004.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma. **Repro**, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 212/221, jan./mar. 1997.

_____. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 783, jan. 2001, p. 11/15.

ROSSI, Matheus Corredato. O meio adequado de impugnação à antecipação de tutela concedida com a sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 817, p. 105/117, nov. 2003.

ROSSI, Matheus Corredato. Antecipação de tutela concedida com a sentença e o princípio do contraditório e ampla defesa. **Repro**, São Paulo, v. 134, abr. 2006, p.245/261.

SAKO, Emília Simeão Albino; SILVA, Celismara Lima da. A aplicação do princípio da proporcionalidade na solução dos “hard cases”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 52-66, fev. 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. LISBOA, Ramon. Tutela de urgência no direito brasileiro e argentino: uma resposta à crise de inefetividade jurisdicional. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, n. 32, n.1/2, p. 151/171, dez. 2003.

SANTOS, Artur Antônio Ribeiro dos. Antecipação da tutela na fase recursal: comentário do artigo 273, inciso II, do CPC brasileiro. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 7, n. 13, p. 14/24, 2004.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Repro**, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 45/58, out./dez. 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela. Duas perspectivas de análise. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, p. 84/101, jul. 1997.

_____. Direito material e processo. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 31, n. 96, p. 289/311, dez. 2004.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A efetividade do processo e as tutelas diferenciadas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 2, v. 4, p. 133/145, jul./dez. 1999.

SOUZA, Sebastião Pereira de. **Medidas liminares**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 663, p. 47/64, jan. 1991.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgências. **Repro**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 72/94, abr./jun. 2003.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 32, n. 33, p. 19-29, 2000.

SYLLA, Antonio Roberto. O princípio da efetividade e sua moderna aplicação no sistema processual civil brasileiro. Justiça e sociedade: **Revista Jurídica** da FCJAC – UNOESTE, Presidente Prudente, v. 2, n. 3, p. 147/169, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. **Repro**, São Paulo, v. 53, p. 78/84, jan./mar. 1989.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 253/268, nov. 1993.

TEIXEIRA, Welington Luzia. A instrumentalidade técnica do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 32/52, nov./dez. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 64/78, jan./mar. 1998.

_____. Tutela cautelar durante a tramitação de recurso. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 231/246, 1991.

_____. Antecipação de tutela e medidas cautelares: tutela de emergência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 253, p. 25/45, nov. 1998.

_____. Execução fiscal: garantia de juízo; carta de fiança apresentada quando já requerida e ordenada a penhora; prazo para embargos; medida cautelar; efeito suspensivo a recurso de apelação dele despido. (Parecer). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 47, n. 270, p. 55/62, abr. 2000.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Repro**, São Paulo, v. 30, n. 125, p. 61/78, jul. 2005.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. Divagações em torno do tema “direito e processo”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 91, n. 332, p. 45/61, out./dez. 1995.

_____. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. **As inovações do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC). **Repro**, São Paulo, n. 144, p. 23/37, fev. 2007.

_____. Antecipação da tutela na sentença e a adequação recursal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 46, n. 253, p. 46/49, nov. 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Antecipação de tutela: liminares e tutela antecipada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 252, p. 5/7, out. 1998.

VIANA, José Carlos. Processo Cautelar e Efetivação da Tutela Jurisdicional. *In*: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **Temas sobre tutela de urgência**. São Paulo: Arte & Ciência, p. 129/133, 2002.

VICARI, Márcio Luiz Fogaça. Antecipação da tutela recursal e competência do relator. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 207/217, jan./fev. 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Sistema cautelar brasileiro e sistema cautelar italiano. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 16, p. 85/95, mar./abr. 2002.

_____. A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. **Repro**, São Paulo, n. 112, p. 240/267, out./dez. 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 46, p. 27/38, ago. 1995.

_____. **Antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)