

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Victor Fernandes Cerri de Souza

**Limitações e considerações gerais para a concessão de Medidas
Liminares, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória no Processo Civil**

SÃO PAULO

2015

Victor Fernandes Cerri de Souza

**Limitações e considerações gerais para a concessão de Medidas
Liminares, Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória no Processo Civil**

Monografia do Curso de Especialização
em Direito Processual Civil da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
COGEAE, sob a orientação do Professor
Luciano Telles.

São Paulo
Outubro de 2015

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luciano Telles, não só por ter dividido seu vasto conhecimento jurídico, mas por ter dedicado seu tempo e amizade, oferecendo todos os elementos necessários para a concretização deste trabalho; indispensável mencionar minha gratidão para com a compreensão e atenção que teve com este trabalho desde o início.

À Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a todo seu corpo docente e diretivo, pelas lições virtuosas.

Aos colegas de aulas e seminários que compartilharam cada lição, acresceram e trocaram ideias sempre construtivas em mais esta jornada acadêmica.

À Rebeca, minha esposa, mulher que me encanta a cada amanhecer, companheira de todo momento; e aos meus pais e irmão que participaram de mais esta conquista,

Ao meu zeloso guardador, fonte de toda sabedoria, por guiar-me a cada dia de minha vida, Deus pai todo poderoso, no qual minha fé é infinita.

*Guiados pela luz divina do criador,
Àqueles que dividiram comigo meus erros, meus anseios e
minhas conquistas,
Àqueles que me repreenderam, me compreenderam e me
exaltaram,
Àqueles que inigualavelmente sempre me amarão, torcerão
por mim e serão meus grandes amigos,
Com todo amor que um ser humano pode nutrir pelo
próximo,
Minha dedicação e gratidão eterna, Mãe e Pai.*

Democracia, para alguns, parece não ser o sistema em que a dialeticidade ocorre amplamente, senão um mecanismo de imposição de suas próprias idéias. (Teresa Arruda Alvim Wambier).

RESUMO

Esta monografia almeja elaborar um panorama geral sobre as medidas liminares e as tutelas de urgência, traçando por introito paralelos elementares que compõe a estrutura nuclear do tema, partindo do exame da imperatividade do direito positivo, sob a égide da contextualização ampla da teoria geral do direito, dos princípios que norteiam o assunto central e das impressões hermenêuticas a respeito.

Conduzindo o texto sob o enfoque dos limites para a concessão de medidas liminares e tutelas de urgência na seara pretendida, este é concatenado em esquema progressivo e em sua sequência desenvolve sobre a medida liminar, conceituando-a e interpondo suas características e aspectos essenciais a composição do tema central.

A fim de destacar o enunciado central a exposição permeia sua análise aos limites para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória, fazendo um apanhado geral da legislação concernente e avaliando sua eficácia jurídica.

Continua trazendo a baila, o conjunto de características e pressupostos para a concessão destas medidas de maneira a construir um estudo mais completo e indispensável à composição do tema enunciado, com a análise do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Demonstra-se ainda a relevância de alguns determinados institutos jurídicos para a compreensão íntegra do tema, e concluindo a análise tece-se um exame sintético das medidas liminares em mandado de segurança e na ação cautelar, dos efeitos da revogação da medida liminar, da ação civil pública, dos reflexos da coisa julgada na seara compreendida e das características gerais da tutela antecipada.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil. Medidas Liminares. Tutelas de Urgência. Limites para a concessão de medidas liminares. Mandado de segurança e ação cautelar.

ABSTRACT

This monograph longs for to elaborate a general scenery on the injunctions and immediate injunctions, drawing for elementary parallel beginning that it composes the nuclear structure of the theme, leaving of the exam of the imperative of the positive law, under the aegis of the wide context of the general theory of the law, of the beginnings that orientate the central subject and of the hermeneutics impressions in respect of.

Driving this text under the focus of the limits for the granting of injunctive and immediate injunctions in the intended business, this is connected in progressive scheme and in sequence it develops about the injunction, appraising itself and interposing their characteristics and essential aspects for the composition of the central theme.

In order to detach the main statement this exhibition interposes its analysis to the limits for the concession of injunction in caution tutelage and in anticipatory tutelage, doing a general overview of the concerning legislation and evaluating its juridical effectiveness.

It continues broaching, the assemblage of characteristics and presupposed for the concession of these measured in way to build a more complete and indispensable study to the composition of the enunciated theme, with the analysis of the *periculum in mora* and *fumus boni iuris*.

It is still demonstrated the relevance of some determined juridical institutes for the complete understanding of the theme, and concluding the analysis its wrote a synthetic exam of the injunction in writ of mandamus and in the injunction action, of the effects of the repeal of the injunction, of the public civil action, of the reflexes of

the thing judged in the understood interest and of the general characteristics of the premature tutelage.

Keywords: Civil Procedural Law. Injunctions. Immediate injunctions. Limits for the granting of injunctive. Writ of mandamus and injunction action.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	A IMPERATIVIDADE DO DIREITO POSITIVO	14
1.1	TEORIA GERAL DO DIREITO.....	15
1.2	A NORMA JURÍDICA E A CIÊNCIA DO DIREITO.....	16
1.3	DA INTERPRETAÇÃO E DA HERMENÊUTICA.....	17
2	MEDIDA LIMINAR	20
2.1	CONCEITO.....	20
2.2	NATUREZA JURÍDICA (ORIGEM E IMPORTÂNCIA).....	21
2.3	TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR (CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS INSTITUTOS E DISTINÇÕES).....	24
2.4	COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.....	26
2.5	DA ORDEM CONCESSIVA DE MEDIDA LIMINAR.....	27
2.6	DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES.....	28
3	LIMIITES PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES, EM TUTELA CAUTELAR E EM TUTELA ANTECIPATÓRIA	30
3.1	PREVISÃO NORMATIVA DAS MEDIDAS LIMINARES E DA TUTELA CAUTELAR.....	31
3.2	EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS IMPEDITIVAS OU RESTRITIVAS DE LIMINARES.....	33
4	CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES EM TUTELA CAUTELAR E EM TUTELA ANTECIPATÓRIA	37
5	INSTITUTOS JURÍDICOS NORTEADORES	42
5.1	ASPECTOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS ÀS MEDIDAS LIMINARES EM ESPÉCIE, MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA E NA AÇÃO CAUTELAR.....	42

5.2	DOS EFEITOS DA CASSAÇÃO OU DA REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.....	46
5.3	AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	48
5.4	DA COISA JULGADA.....	50
5.5	TUTELA ANTECIPADA (CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO ANTECIPATÓRIO).....	51
	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objeto o exame dos limites e das considerações genéricas para a concessão de medidas liminares, particularmente no processo civil, em tutela cautelar e em tutela antecipatória, é em outros termos elaborar uma pesquisa analítica dos requisitos e pressupostos de admissibilidade destes institutos, além de estudar a legislação específica de caráter restritivo, em relação ao deferimento dos diversos instrumentos cautelares e antecipatórios

O trabalho, além dos aspectos nucleares das medidas liminares, de modo amplo e também restrito as suas diferentes espécies, procura apresentar diversos outros aspectos fundamentais, relativos à teoria geral do direito e à imperatividade do direito positivo, aos limites da discricionariedade na interpretação das disciplinas legais e aos principais conceitos, variadas doutrinas e relevantes divergências concernentes ao tema.

Diante disso, poder-se-á haurir que a dinâmica que o mundo dos negócios imprime à vida moderna, criando meios para a consecução dos objetivos e desenvolvimento do Estado, na realização do bem comum, não pode ser estagnada, quando o legislador não a acompanha, oferecendo os instrumentos legais, adequados às novas situações, nas quais possam ser emoldurados os ajustes necessários às imposições processuais.

No que tange a distribuição de capítulos, a pesquisa apresenta-se tematicamente dividida em cinco partes, iniciando pelos elementos fundamentais concernentes à imperatividade do direito e à teoria geral do direito, passando pela contextualização das medidas liminares em geral e de sua concessão em mandado de segurança e ação cautelar.

Por derradeiro, escuso-me pelas imperfeições naturais deste trabalho motivador, esperando ter abordado com clareza as premissas elementares da seara processual, tendo sido capaz de conferir o êxito pretendido no propósito inicial.

1 A IMPERATIVIDADE DO DIREITO POSITIVO

De início, oportuno considerar que apesar de o magistrado deter a prerrogativa da aplicação direta do poder estatal, sua autoridade e a extensão de seu poder são expressamente limitados por todo o ordenamento jurídico pátrio vigente.

Por conseguinte, não podem os juízes aplicar a justiça norteados por conceitos subjetivos e pré-conceitos amplamente difundidos na sociedade contemporânea, que corroboram para um ideal conotativo de aplicação da justiça, depreendido de fundamentos científicos e técnicos. O togado deve observar, portanto que o verdadeiro e único poder outorgado legitimamente a ele, é a prestação da tutela jurisdicional, aplicando o ordenamento jurídico conforme seus postulados, à luz da hermenêutica jurídica, mas até as restrições das margens de seus ditames; de maneira a não criar regramentos paralelos que deformem os resultados finais da aplicabilidade da norma.

Nesse sentido, torna-se o magistrado por vezes, extremamente dependente de um positivismo jurídico distante da realidade social e que não locupleta os reais anseios dos cidadãos (MAXIMILIANO, 1995). O trecho a seguir elucida e configura de maneira mais prática essa situação:

[...] hoje, entende-se por Justiça a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um juiz faz justiça quando, imparcialmente, sem propender emocionalmente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta (JAIME, 1992).

Já embarcando na seara pretendida, depreendemos que esta enunciação arrazoa o fato de o magistrado não poder conceder qualquer espécie de medida liminar, estando ausente qualquer um de seus requisitos condicionadores, ou mesmo deixar

de concedê-la, estando presentes as condições. Assim - frisa-se - o juiz não poderia lastrear suas decisões apenas sob à égide de suas convicções íntimas, de suas impressões subjetivas ou de sua ponderação axiológica, os limites para a concessão ou não de medidas liminares, devem observar estritamente as imposições imperativas do regramento legal.

1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO

Ao longo da história, o direito progrediu como ciência e perseguiu inúmeros fundamentos almejando explicar o próprio direito em sua raiz mais profunda e seus alicerces mais consolidados.

Primordialmente a escola exegética buscou estruturar o ideal unidimensional do direito, contextualizando-o exclusivamente no plano normativo, ou seja, restringindo-o apenas à lei.

Na sequência, ascenderam as escolas dogmáticas, expandindo o direito para um caráter bidimensional, à medida que inseria na aplicação deste, uma dogmática valorativa aliada ao elemento normativo.

Surgiram também as escolas histórica, sociológica, e a vertente mais moderna da própria escola dogmática, que contribuíram para a concepção do direito, ressaltando outros de seus elementos basilares, em especial, o valor da justiça, como componente intrínseco ao direito.

Remetendo à contemporaneidade, o ilustre e saudoso jurista Miguel Reale (1998, p. 60), soube captar as mutações da ciência jurídica e melhor demonstrar a dinamicidade do direito no plano real, definindo-o num composto dialético de uma realidade tridimensional, alicerçada pelo fato, pelo valor e pela norma em conjunção elementar da essência do direito. Como bem define o próprio jurista:

[...] Fato, valor, norma, são, por conseguinte, elementos ou dimensões da experiência jurídica, o que não só é reconhecida de uma forma ou de outra, por filósofos filiados às mais diversas correntes doutrinárias, como Lask, Radbruch, Sauer, Pound, Stone, Roubier, Hall, Recaséns Siches, Luigi Bagolini, Carlos Cassio, Cabral de Moncada, Eduardo García Máynez e Legaz Lacambra [...].

Daí exprime-se que a ciência do direito deve ser interpretada dinamicamente, como um corpo de doutrina variável, na qual a significação dos termos varia consideravelmente seguindo o movimento das matrizes da cultura, fundida a um fenômeno deontológico e epistemológico.

1.2 A NORMA JURÍDICA E A CIÊNCIA DO DIREITO

Preliminarmente ainda faz-se pré-requisito para o desenvolvimento completo do tema, abordar alguns pontos científicos.

Sobre as normas jurídicas, estas são oriundas de uma função criadora do direito, exercida pela autoridade jurídica, e guardam uma relação direta das normas com a sociedade. Relação esta, refletida pela circunstância de que a conduta humana normatizada serve ao interesse coletivo e confere significado jurídico aos fatos:

A norma Jurídica não é descritiva de um comportamento efetivamente mantido, mas é isto sim, a fórmula do comportamento que deve ser mantido, em determinada circunstância. Ela é a indicação de caminho, e não o relato do caminho percorrido. Ela não descreve o que é, mas o que deve ser. Ela não é norma do ser, mas do dever ser (TELLES JR., 1985, p.256).

O jusfilósofo Norberto Bobbio (1994, p. 27), define norma jurídica como “aquela norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.

Nesse passo, a ciência jurídica, como um complexo de relações intersubjetivas, tem por finalidade principal a descrição e o estudo do direito em seu sentido mais amplo, a fim de dar a ele efetividade. Sua limitação reside na incapacidade de prescrever o direito de forma objetiva e aplicada, pois suas proposições não são dotadas de força

impositiva ou atributiva de direitos e/ou deveres, vez que estas prerrogativas fazem parte das funções resguardadas à autoridade pública.

Interpondo estes institutos, Hans Kelsen (1998, p. 194) define a ordem jurídica como “uma pluralidade de normas gerais e individuais que regulam o comportamento humano, isto é, o determinam como devido”.

Portanto, o operador do direito, ao aplicar a lei, deve ater-se ao direito pleno, considerando todo o complexo científico, normativo, valorativo e social que abrange sua formação. Contudo o fator preponderante desta equação jurídica resultante na eficácia da justiça, é a norma, como bem elucida a reflexão abaixo:

É absolutamente inegável que o juiz, para exercer sua específica função com a eficiência esperada, precisa conhecer com precisão, o direito em toda a sua plenitude. Porém, o que de fato caracteriza seu agir e seu atuar é a essência da criação de normas individuais – rigorosamente respaldadas na correta interpretação dos dispositivos legais em sentido amplo – para a objetiva solução dos conflitos que lhe são apresentados. De forma análoga, também o legislador precisa conhecer o complexo normativo, com ênfase na Constituição; mas, de forma diversa da situação anterior, o que caracteriza sua função é essencialmente a produção normativa, e não propriamente os ensinamentos de interpretação que possa dar a respeito da Constituição, como no caso dos magistrados (FRIEDE, 2005, p. 21).

1.3 DA INTERPRETAÇÃO E DA HERMENÊUTICA

As leis positivas, são sempre formuladas em termos gerais, fixam regras, consolidam princípios, e estabelecem normas amplas, que nem sempre esmiúçam caracteres específicos e minuciosos. Daí o ofício basilar dos executores da lei passa a ser a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, aplicando em última análise, o direito. Esse processo técnico-interpretativo consiste em descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positivada, para então mensurar seu real alcance prático.

Sinteticamente, interpretação é momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, que ocorre quando o operador do direito procura encontrar, por meio de técnicas específicas, qual o real conteúdo e significado da norma jurídica; e hermenêutica jurídica, é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas e métodos interpretativos.

Nesse condão, sobre a essência do tema, com maestria explica o Professor Miguel Reale (1998, p. 291):

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.

Especificamente sobre a interpretação das normas jurídicas relativas às medidas liminares, por sua importância derivada do instantâneo efeito na esfera jurídica da aplicação normativa considerada, há a essencial necessidade de se proceder com o mais profícuo exame de cada um dos elementos hermenêuticos envolvidos, extraíndo o real significado da norma regulamentadora das medidas liminares, especialmente no que concerne aos requisitos de admissibilidade da medida e a seus específicos pressupostos autorizadores.

Importante destacar também, que a interpretação das normas jurídicas relativa às medidas liminares necessariamente tem de ser realizada com a efetiva observância de todos os métodos próprios, além, naturalmente, da mesma observância quanto ao alcance restritivo, inerente às normas de exceção (CAMPOS, 2008).

Assim, a correta interpretação destas normas jurídicas apenas poderá ser obtida com a excelência da aplicação imparcial de todos os critérios hermenêuticos, provedores, em última instância, da necessária garantia da ordem jurídica e da absoluta igualdade de tratamento entre os que buscam a tutela jurisdicional, de modo geral, e a tutela cautelar, de modo particular:

As normas jurídicas relativas às medidas liminares não constituem propriamente normas de exceção, em seu sentido estrito, mas, com toda certeza, em face da própria existência de pressupostos autorizadores “fechados” para a concessão das medidas liminares,

as regras concernentes á aplicabilidade destas não podem, em hipótese alguma, ser entendidas (e, por consequência, interpretadas) fora do contexto específico de restrição ao seu alcance, no que tange fundamentalmente ao resultado hermenêutico (FRIEDE, 2005, p. 64).

2 MEDIDA LIMINAR

A partir deste ponto, tendo tecido as considerações gerais necessárias, a pesquisa aprofunda-se em seu foco principal, mergulha no exame das peculiaridades desta providência de caráter emergencial, abarcando seu conceito jurídico, suas características e fundamentos, sua mutação gradativa, seus pressupostos e condições de concessão ou negação, e as demais discussões que permeiam o tema.

2.1. CONCEITO

Considerando sua etimologia, a palavra liminar é derivada do latim *liminari*, de *limen*, (porta, entrada), para indicar tudo o que se faz inicialmente, em começo (SILVA, 2005, p. 848).

A medida liminar pode ser definida como sendo um provimento administrativo-cautelar do Juízo, admitido quando se destaquem relevantes e urgentes os fundamentos do pedido, a fim de preservar a integridade da sentença.

Sob outro prisma, como afirma Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 248), medida liminar:

[...] é uma providencia cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante. Em outras palavras, visa a impedir que o retardamento da decisão final venha a torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido.

Constitui, portanto, efetiva provisão judicial obrigatória se comprovado estiver que os efeitos imediatos do ato impugnado ou da omissão, caracterizadora de outra lesão

de direito líquido e certo, ameaçam frustrar os objetivos da própria ação mandamental, popular, civil pública ou da ação principal no caso de medidas cautelares, se esta resultar em eventual reconhecimento do direito do impetrante, autor, ou requerente.

Assim, desde que sejam relevantes os fundamentos do pedido, e, portanto, sua não concessão possa resultar a ineficácia da medida, caso seja esta concedida somente no final, deve ser deferida a medida liminar requerida. Em outras palavras, o objetivo da medida liminar é acautelar um direito que pode ou não ser reconhecido ao final da sentença, o que permite exprimir que sua concessão não é uma antecipação da decisão meritória, não se confundindo o objeto da medida liminar com o objeto da ação própria em que está contida.

É certo que a decisão concessiva da liminar sempre causa uma antecipação, no sentido do que propõem as idéias de Antônio Cezar Lima da Fonseca (1990), Hamilton de Moraes e Barros (1987), Ovídio Araújo Baptista da Silva (1974), José Cretella Júnior (1988) e Rodolfo de Camargo Mancuso (1989), mas não antecipação da sentença ou do mérito em si, como melhor dispõem os apontamentos da jurista:

Preliminarmente, a liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença. Ela antecipa somente os efeitos que decorrem desta decisão. Em segundo lugar, nem todos os efeitos são antecipados pela liminar. Os efeitos que integram o conteúdo da sentença, ou seja, os de natureza declaratória ou constitutiva, não são passíveis de antecipação. A liminar só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundo dos fatos. Os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico (LARA, 1994, p. 21).

2.2 NATUREZA JURÍDICA (ORIGEM E IMPORTÂNCIA)

Quando o Estado Moderno se investiu da função julgadora, a quantidade elevada de processos e a complexidade progressiva das causas submetidas à tutela jurisdicional contribuíram para gerar gradativamente um processo de morosidade da

prestação da função jurisdicional, culminando numa das causas primordiais para o surgimento da providência cautelar e, por consequência, das medidas liminares.

Celso Agrícola Barbi (1977, p. 202), ao reproduzir a idéia de Piero Calamandrei, dita a seguinte comparação, sobre os motivos que tornam emergenciais uma decisão de caráter provisório que almeje obstar os efeitos de ato ofensivo a direito que poderá ser reconhecido na tutela cognitiva definitiva:

As medidas de terceiro grupo (medidas cautelares que antecipam a decisão do litígio) [...], equivalem às tropas de cobertura, destinadas a manter as posições até que chegue o grosso exército, evitando, a este, perdas maiores do que lhe custaria a posição perdida.

A medida liminar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo e destina-se a durar por espaço de tempo delimitado, sendo absorvida ou substituída pela solução definitiva da lide. Norteado por esta raiz conceitual, Aliomar Baleeiro (1999, p. 843) disserta que “[...] A liminar é assim remédio provisório, casável a qualquer momento, autonomamente concedido, que não representa decisão final de mérito [...]”.

Sua natureza acautelatória, tanto no processo de conhecimento, quanto no mandado de segurança, é detectada pela instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e autonomia que revestem essa medida.

Essa medida tem por escopo assegurar e proteger uma pretensão, mas não satisfazê-la, possuindo caráter assecuratório diferente do que estrutura a tutela antecipatória, pois nesta segunda, há a efetiva satisfação da pretensão, antecipando os efeitos do provimento final:

O que justifica a liminar é simplesmente a possibilidade de o dano consumir-se antes da citação, qualquer que seja o motivo. Impõe-se o provimento imediato, porque se se tiver de aguardar a citação, o perigo se converterá em dano, tornando tardia a medida cuja finalidade é, essencialmente, preveni-lo (THEODORO JÚNIOR, p.394).

Nessa linha de raciocínio, ensina José Manoel de Arruda Alvim Netto (1994, p. 20): “Quanto à natureza da medida liminar, devemos dizer que, na verdade, ela se constitui numa espécie de medida cautelar [...]”.

Prevalece no entendimento doutrinário e jurisprudencial contemporâneo a idéia de que é uma faculdade do juiz conceder a medida liminar, não estando atrelado exatamente à uma obrigatoriedade de concedê-la quando presentes os requisitos necessários, mas sim observando para sua eventual concessão ou não, critérios de oportunidade e conveniência, à fim de garantir a efetividade da aplicação da decisão final (RIBEIRO, 1990, p. 285).

Entretanto, zelando pela integridade desta pesquisa, é necessário fazer constar o posicionamento divergente:

A concessão de liminar, em nosso entendimento, desde que satisfeitos os pressupostos do fundamento jurídico relevante e do perigo na demora da prestação jurisdicional, a par de estar demonstrando documentalmente o direito líquido e certo, violado ou em vias de vir a ser violado, não dá margem de discricionariedade ao julgador, eis que se trata de direito subjetivo da parte obter a proteção adiantada pela medida liminarmente concedida (CAIS, 2004, p. 328).

A faculdade-poder que o Código de Processo Civil confere aos magistrados de conceder liminares não é ampla nem discricionária, mas deve ser exercida com cautela e segundo os princípios que fundamentam e norteiam o instituto processual. As liminares são instrumentos acautelatórios e satisfativos de um direito material. Assim, é oportuno transcrever:

A liminar não é uma liberalidade da justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade (MEIRELLES, 2000, p. 50).

Considerando que o deferimento da medida liminar possui caráter excepcional e a situação regra, é a não-necessidade de providência administrativa que suste os efeitos de ato danoso ao direito do requerente, consiste esta em decisão interlocutória. Melhor explica a jurista:

Considerando-se a provisoriedade que caracteriza toda liminar, depreende-se que a decisão sobre seu pedido deve ser classificada com interlocutória [...]. A classificação da decisão acerca da liminar como interlocutória é corrente majoritária na doutrina (LARA, 1994, p. 36).

Sendo assim, a medida liminar tem caráter discricionário, vez que deve ser apreciada sob o condão da valoração entre oportunidade e conveniência, e visa assegurar a efetividade da sentença, sem ingressar no núcleo do conflito, ainda que como antecipação provisória do que decidirá o juiz ao final.

Encerrando qualquer dúvida conceitual que ainda se possa ter neste ponto e já vislumbrando os seguintes, é indispensável dispor o inteligente paralelo traçado por Cleide Previtalli Cais (2004, p. 530/531):

Entendemos oportuna a análise traçada por Mantovanni Colares Cavalcante quando alerta para a confusão terminológica verificada no jargão forense, sendo “comum a utilização do termo liminar como sendo o próprio substantivo (o juiz concedeu liminar, o advogado requereu a liminar etc.), quando, na verdade, se cuida de um adjetivo, a indicar um aspecto temporal de medida judicial, sendo liminar toda medida concedida no início da ação, no limiar do feito. Assim, tanto a medida cautelar como a antecipação dos efeitos da tutela podem ser concedidas liminarmente, vale dizer, preambularmente, sem a oitiva da parte adversa, o mesmo ocorrendo em se cuidando de medidas assecuratórias do direito, como as medidas possessórias. É importante tal observação, tendo em vista que as medidas de urgência serão concedidas: I) no final da ação que as garante (no julgamento da ação cautelar, no julgamento do mandado de segurança); ou II) no decorrer da própria ação (antecipação dos efeitos da tutela deferida depois da contestação); ou até mesmo III) no início da ação (reintegração de posse ao despachar a inicial). Nesse último caso, tem-se a concessão liminar da medida.

2.3 TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR (CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS INSTITUTOS E DISTINÇÕES)

Apesar de alguns doutrinadores não diferenciarem ambos os institutos processuais, são relevantes os pontos que distinguem a tutela antecipatória da tutela cautelar.

Assim sendo, é imperioso constatar que a tutela antecipatória, faz alusão à uma jurisdição própria de conhecimento, ou seja, remete à um plano meritório, sendo sempre satisfativa do direito reclamado, ao contrário da tutela cautelar, que apenas visa garantir o resultado útil do processo principal.

A tutela antecipatória é de natureza cognitiva sumária, excepcionalmente urgente e relativamente exauriente, vez que apenas existe a tutela absolutamente exauriente na decisão definitiva, relativa ao grau de jurisdição em questão, diferente, pois, da tutela cautelar, que conquanto de cognição sumária e em regra urgente, não é exauriente.

Por fim, aponta-se que, a natureza de reversibilidade da tutela antecipatória é de caráter relativo, pois atinge o mérito da causa, enquanto a natureza da tutela cautelar é de caráter absoluto, uma vez que não atinge o *meritum causae*.

A nota dos escólios da jurisprudência reflete de maneira objetiva tais distinções:

[...] Tutela antecipada, não se confunde com medida liminar cautelar, eis que nesta, a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido de ação (BRASIL, 1996, p. 240).

Vale anotar que a tutela antecipatória está positivada no artigo 273 do Código de Processo Civil e a tutela cautelar nos artigos 796 e seguintes, também do Código de Processo Civil. A doutrina bem prepondera a finalidade dessas medidas:

A técnica engendrada pelo novo artigo 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo, pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que se assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor (DINAMARCO, 1995, p.139).

Contudo, é indispensável considerar que invariavelmente o impedimento legal constante no artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil, que veda, em todos os casos, a concessão da antecipação de tutela quando existir risco de irreversibilidade

do provimento antecipado, deve ser observado criteriosamente. Em idêntica trilha José Joaquim Calmon de Passos (1995, p. 33) explica que “[...] A antecipação está autorizada havendo ‘fundado receio’ de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver ‘perigo’ de irreversibilidade [...]”.

2.4 COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Antes de partir para o conceito de competência propriamente dito, e suas especificações pertinentes ao presente estudo, é prudente atentar para a definição de jurisdição de De Plácido e Silva (2005, p. 802):

[...] atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar do juiz [...]. Por ela, se determina a competência, que assinala os limites da jurisdição dentro da matéria, considerada em certo lugar.

Daí, extraí-se que a jurisdição como gênero, vem em primeiro lugar, marcando o poder outorgado ao juiz ou à autoridade, enquanto a competência, como espécie, no pressuposto de uma jurisdição, limita o poder contido nesta.

Em melhores palavras, a competência é uma porção delimitada da jurisdição, ou seja, uma parcela desta; esses limites estipulados visam impor o campo de ação dos órgãos jurisdicionais, e não do poder que estes detêm.

Conforme o regramento processual, pode a competência ser de foro ou de juízo e relativa ou absoluta. Inseridas no rol de incompetência relativa, estão a incompetência objetiva territorial de foro, prevista no artigo 95 do Código de Processo Civil, a incompetência de juízo em relação ao valor e a incompetência funcional recursal. Já inseridas como incompetências absolutas estão, a incompetência subjetiva de foro, disposta no artigo 99 do mesmo diploma legal, e as incompetências de juízo em razão da matéria, valor, condição das pessoas e funcional.

Contudo, conforme postulam os ditames da doutrina e da jurisprudência majoritária, mesmo sendo a incompetência absoluta indisponível as partes, não impede necessariamente o pronunciamento judicial acerca do pedido de medida liminar quando estiverem presentes os requisitos, ainda que seja o magistrado absolutamente incompetente.

No sentido de que a atuação do juiz incompetente é admissível no pedido de medida liminar, tecem as doutrinas de Humberto Theodoro Júnior (2004), Ovídio Araújo Baptista da Silva (1974) e Galeno Lacerda (1983), comentários atestando que em casos de comprovada urgência e adequação dos requisitos, quando por algum motivo não for acionado o juízo competente, a medida liminar deve ser concedida.

Mas, é importante entender que, a confirmação, modificação ou revogação desta medida não pode ser examinada pelo magistrado incompetente, pois nessas hipóteses não existe a presença efetiva do risco de dano (condição autorizadora da excepcionalidade em tese).

Apesar de distinto do tema da competência jurisdicional, mas apenas para efeito de registro na presente pesquisa, vale apontar que, o impedimento e a suspeição do juiz, respectivamente dispostos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, não podem, mesmo em caráter excepcional serem superados para que o juiz possa apreciar a providência liminar requerida.

2.5 DA ORDEM CONCESSIVA DE MEDIDA LIMINAR E SEU DESCUMPRIMENTO

A ordem judicial concessiva de medida liminar diferencia-se das outras pelo caráter de emergência que normalmente a compõe, e por isso seu descumprimento pode acarretar consequências graves e irreversíveis.

Na esfera cível, não há medidas específicas à fim de garantir a eficácia da ordem, contudo, no âmbito penal, o crime de desobediência, tipificado no artigo 330 do Código Penal, resguardaria sanção aplicável à tal situação.

Defende Antônio Cezar Lima da Fonseca (1990), que nos casos de descumprimento de liminar por autoridade pública em mandados de segurança, configuraria o delito de prevaricação, descrito pelo artigo 319 do Código Penal.

2.6 DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES

Para findar essas considerações gerais sobre a medida liminar, é razoável, depois de ter apenas citado em algumas oportunidades anteriores do estudo em pauta, analisar e entender os requisitos essenciais para a concessão de medidas liminares, e mesmo que de forma genérica familiarizar-se com conceitos que apareceram com frequência a partir deste ponto da dissertação.

Sem dúvida o elemento basilar mais importante para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, *habeas corpus*, ação direta de inconstitucionalidade ou como antecipação de cautela, é o *periculum in mora*, que significa, o perigo de dano derivado do retardamento da medida definitiva, ou seja, o risco de demora aludido nas passagens anteriores. A urgência em obter-se a tutela jurisdicional pleiteada, decorrente do *periculum in mora*, deve ser incondicionalmente provada. Nas palavras de Rodolfo Camargo Mancuso (1989, p. 30) “[...] é ônus do requerente provar que necessita da cautela de modo urgente, ante certa situação grave e incontornável de outra maneira, havendo o risco objetivo e atual de que a lesão temida se converta em dano efetivo”.

Não menos importante, é o exame do segundo elemento, o *fumus boni iuris*, indispensável para medir a viabilidade da medida liminar suscitada. Essa expressão remete à idéia da existência de um direito aparente ou da provável existência de um

direito, estabelecendo um vínculo subjetivo entre o mérito do pedido principal, e o mérito da providência cautelar.

3 LIMITES PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES, EM TUTELA CAUTELAR E EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

A partir deste capítulo ingressamos no ponto principal desta pesquisa, à medida que proceder-se-á nesta continuidade, a análise dos requisitos e pressupostos de admissibilidade dos institutos que intitam esta monografia e enunciam esta parte.

Ademais, examinar-se-á também a legislação específica de caráter restritivo, atentando à efetividade jurídica dos meios infraconstitucionais impeditivos.

Forçoso apontar que, apesar da concreta diferença existente entre esses institutos, conforme constatado no capítulo anterior, seus respectivos pressupostos de admissibilidade agem da mesma maneira como elementos de cunho intrinsecamente restritivo.

Igualmente, as inúmeras leis infraconstitucionais restritivas quanto à possível concessão de provimentos cautelares: Lei nº. 2.770 de 4 de maio de 1956 em seu artigo 1º; Lei nº. 4.348 de 26 de junho de 1964 em seu artigo 5º; Lei nº. 4.862 de 29 de novembro 1965 em seu artigo 51; Lei nº. 5.021 de 9 de junho de 1966 em seu artigo 1º, parágrafo 4º; Lei nº. 7.969 de 22 de dezembro 1989 em seu artigo 5º; Lei nº. 8.076 de 23 de agosto de 1990 em seu artigo 1º, e Lei 8.437 de 30 de junho de 1992.

Ou de provimentos antecipatórios: essencialmente Lei nº. 9.494 de 10 de setembro 1997.

Exercem uma função de limitação jurisdicional, ainda que imprimidas com algumas controvérsias quanto à sua eficácia quando afronta a Constituição Federal, e quanto à aplicabilidade dos respectivos dispositivos de lei, vez que os Poderes Legiferantes,

não têm primado pelo rigor técnico-jurídico necessário para a edição dessas importantes fontes normativas.

Nesse sentido, oportuna é a constatação de Roy Reis Friede (2005, p.164):

[...] em inúmeras situações os Poderes Executivo e Legislativos, têm comumente confundido os diferentes institutos da tutela cautelar (de nítida função acautelatória, relativa à uma jurisdição imprópria ou extensiva, com referibilidade processual) e da tutela antecipatória (de nítida função cognitiva, relativa a uma jurisdição própria ou de conhecimento, com referibilidade material), editando normas regulamentares de difícil interpretação, como a Lei n. 9.494/97, que, ao disciplinar mecanismos restritivos em relação à concessão da tutela antecipatória, acabou por estabelecer um inconveniente (e equivocada) similitude com a tutela cautelar, dispondo, em seu art. 1º, a plena aplicabilidade das restrições ao deferimento de liminares acautelatórios, expressamente consignadas nos arts. 5º e parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348/64, no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei n. 5.021/66 e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92, às medidas antecipatórias previstas nos arts. 273 (tutela antecipada) e 461 (tutela específica), ambos do CPC.

3.1 PREVISÃO NORMATIVA DAS MEDIDAS LIMINARES E DA TUTELA CAUTELAR

Nessa seara, cumpre alinhar sinteticamente que as medidas liminares, de natureza jurídica instrumental cautelar, em mandado de segurança, em *habeas corpus*, em ação popular, em ação civil pública, em ação direta de inconstitucionalidade ou como antecipações provisórias de medidas cautelares nominadas e inominadas, estão previstas e expressas em leis especiais, conforme os exemplos notórios que seguem:

- Mandado de Segurança - Lei nº. 12.016 de 7 de agosto de 2009 em seu artigo 7º, inciso III:

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

.....

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

- *Habeas Corpus* – por integração analógica e construção jurisprudencial;

- Ação Popular – Lei nº. 4.717 de 29 de junho de 1965, em seu artigo 5º, parágrafo 4º:

Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

.....
§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

- Ação Civil Pública – Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985 em seu artigo 12: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo”.

- Ação direta de inconstitucionalidade – Constituição Federal de 1988 em seu artigo 102, inciso I, alínea p:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

.....
p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

- Ações cautelares preparatórias ou incidentais – Código de Processo Civil em seu artigo 804:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção 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.

Completando esta coletânea legislativa, resta ainda apontar que as medidas liminares, de maneira implícita e genérica, encontram-se previstas na Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso XXXV:

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.

Neste dispositivo manifesta-se o princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional, conferindo ao Poder Judiciário possibilidades de alteração que até então não possuía e, conseqüentemente, ampliando sua esfera de interferência e seu poder intrínseco, especialmente no que tange à aplicação de medidas liminares de modo geral.

Sobre este dispositivo, José Cretella Jr. (1988, p. 436), faz uma ressalva importante e destacável:

[...] A apreciação do Poder Judiciário incide apenas sobre lesão a direito, considerando que, de acordo com nosso atual regramento jurídico, a lesão à interesse somente pode ser resolvida no âmbito administrativo, uma vez que, concorrendo o interesse público e o interesse privado, há naturalmente uma flagrante e legal supremacia do primeiro sobre o segundo.

3.2 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS IMPEDITIVAS OU RESTRITIVAS DE LIMINARES

Conforme constatar-se-á na sequência deste título, existem algumas normas infraconstitucionais, anteriores à Constituição Federal que vigora contemporaneamente, que traçam limites *ratione materiae* para a concessão de medidas liminares.

De maneira quase que absoluta a doutrina e a jurisprudência mais recente entendem que esses limites impostos, colidem diretamente com princípios constitucionais expressos e implícitos no ordenamento jurídico pátrio, e dessa forma, terminam por ferir o poder cautelar geral, ou seja, o poder que o juiz detém de outorgar *ex officio* as medidas cautelares indispensáveis a garantia da possibilidade de satisfação futurada pretensão das partes, e também o poder cautelar de forma ampla, ou seja, a principiologia constitucional implícita na legislação.

Essa tendência da ciência jurídica atual preceitua que a ineficácia jurídica dessas normas é manifesta e, sendo assim, deve ser reconhecida pelo julgador, sob pena deste ser omissos em seu dever de usar o poder que lhe foi atribuído pela soberania popular, refletida pela promulgação da Constituição.

Cultivando este raciocínio, Sérgio Ferraz (1992, p. 109) afirma que “É inconstitucional a norma legal ou regulamentar que proíba, transitória ou definitivamente, a concessão de liminar”. No mesmo passo, Betina Rizzato Lara (1994, p. 74) diz que “Todo e qualquer veto à concessão de liminares, no nosso entender, é inconstitucional, mesmo que o motivo justificador para tal vedação seja o interesse público”. Outro ponderado e sólido postulado da doutrina atesta:

Por causa de indesejáveis abusos que houve, há hipóteses em que, hoje, se proíbe a concessão de medida liminar. São estas proibições, a nosso ver, inconstitucionais, justamente pelo que afirmamos, com relação à importância da medida liminar e sua ligação com a natureza e finalidade do mandado de segurança (ARRUDA ALVIM PINTO, 1992, p.24).

Apesar de o aludido posicionamento ser majoritário, não se pode deixar de contrapor nesta oportunidade, argumentos divergentes da doutrina que permeiam a jurisprudência:

A mera restrição ao poder de cautela do juiz, em casos determinados e diante de razões plausíveis, não conflita com a regra geral do amplo recurso ao judiciário. A apreciação da demanda é sempre permitida, inviabilizando-se apenas o seu atendimento imediato, nas situações especificadas em lei, como medida de proteção ao Erário Público (GUIMARÃES, 1992, p.28).

Alinhado no mesmo diapasão, Galeno Lacerdo (1984, p.341) lança a seguinte assertiva: “Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares”.

Finalmente, cumpre indicar que há julgados que apontam para integral validade material dessas normas impeditivas, condicionando a concessão da providencia cautelar vindicada, à necessária comprovação dos requisitos de admissibilidade.

Como uma das pioneiras dessas restrições normativas, tem-se a vigente Lei nº. 2.770 de 4 de maio de 1956, que proíbe expressamente em seu artigo 1º, a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira.

Na sequência progressiva, tem-se a Lei nº. 4.348 de 26 de junho de 1964, vedando em seu artigo 5º a liminar em mandados de segurança que pretendam à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumentos ou extensão de vantagens. A Lei nº. 7.969 de 22 de dezembro de 1989, em seu artigo 1º, estendeu os efeitos do referido artigo 5º, às medidas cautelares.

Cabe mencionar também a Lei nº. 4.862 de 29 de novembro de 1965, que em seu artigo 51 revogou o artigo 39 da Lei nº. 4.357 de 16 de julho de 1964 que proibia liminar em matéria fiscal, mas limitou o prazo de eficácia da medida liminar em 60 (sessenta) dias.

Nesse sentido, vale consignar também a Lei nº. 5.021 de 9 de junho de 1966 que postulou proibindo a concessão de liminar para pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias à servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias.

Continuando, a Lei nº. 8.437 de 30 de junho de 1992, no artigo 1º, Parágrafo 1º, estabeleceu inúmeras vedações às medidas liminares, especialmente em processos cautelares, sempre que providência semelhante não puder ser concedida em ações

de mandado de segurança, em razão de vedação legal, além de também impor outras várias limitações concernentes ao instituto da tutela provisória.

Necessário observar que o texto original destes dispositivos de lei tem sido constantemente modificado pela edição de algumas medidas provisórias (e.g. 1.703/98, 1.774/98, 1.798/99, 1.906/99, 1.984/99, 2.102/2000 e 2.180/2001), o que dá margem à discussão sobre a possibilidade de se legislar em matéria processual por meio de medidas provisórias:

Abrindo o debate, acentuo que também eu entendo que a medida provisória que proíbe à concessão de medida liminar em mandado de segurança é inconstitucional. Assim votei, nesta Corte, vencido na companhia dos ministros Paulo Brossard e Celso de Melo. Sob esse aspecto, pois, nada há que reparar na decisão *sub examen*, já que, segundo penso, a não-concessão de liminar, pela Corte Suprema na ação direta que tem por objetivo a citada medida provisória, não impede que os juízes, no controle de constitucionalidade difuso, deixem de aplicá-la, por inconstitucionalidade se assim entenderem (BRASIL, 1990, p. 7071).

4 CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES EM TUTELA CAUTELAR E EM TUTELA ANTECIPATÓRIA

Considerando os requisitos essenciais para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, *habeas corpus*, ADIn ou como antecipação de cautela, o que primeiro se destaca é o *periculum in mora*, ou seja, o fundado receio da existência de um dano jurídico de difícil ou impossível reparação durante o curso da ação que contém o pedido de mérito, sendo portanto, uma das condições necessárias para viabilizar o deferimento da medida liminar pretendida ou mesmo sua concessão de ofício.

Conforme se pode extrair dos pensamentos de Willard de Castro Villar (1971, p. 61), a expressão *periculum in mora* significa objetivamente o perigo de dano derivado do retardamento da medida definitiva.

Contextualizando melhor o requisito em pauta, Ovídio Araújo Baptista da Silva (1974, p. 29) leciona que “[...] sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma situação perigosa que ameaça fazer periclitar um determinado bem jurídico criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar”.

Sobre a avaliação e mensuração do dano pelo magistrado, bem sintetiza o Professor Humberto Theodoro Júnior (1976, p. 78):

A plausibilidade do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isto dar-se-à com muito maior liberdade de ação do que a formação de certeza que se exige no processo definitivo.

Deve o magistrado, portanto, atentar para identificar o risco de dano que corresponda a fatos que desequilibrem efetivamente a situação preexistente.

Na sequência dos requisitos essenciais, não menos importante é a comprovação do *fumus bonis iuris*, ou seja, o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado.

Inevitável novamente citar o Professor Humberto Theodoro Júnior (1976, p.77) que com maestria dogmática leciona sobre a identificação prática deste elemento:

Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação, e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção de medidas preventivas.

A norma positivada, mais especificamente a Lei nº. 12.016 de 7 de agosto de 2009, em seu artigo 7º, inciso III, estabelece o regramento do duplo fundamento da providência cautelar e enumera os requisitos elementares da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, quais sejam:

- a) A relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados e;

- b) A irreparabilidade futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado.

O juiz ao examinar o caso concreto, irá valorar o fundamento do pedido e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida, não se torne ineficaz. Daí concluir-se que este fundamento é de ordem subjetiva e não processual.

Em sua maior parte, a doutrina tem postulado que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado do mandado de segurança identificam-se com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; conforme o artigo 7º, inciso III, da Lei nº. 12.016, *verbis*:

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

.....
 III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Assim, a lei permite exprimir que a providencia liminar visa paralisar a pratica de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do magistrado, assegurando a possibilidade de satisfação do direito do impetrante.

A respeito desta providência no processo cautelar, mais algumas linhas didáticas da doutrina:

Apesar de toda a preocupação do legislador ao disciplinar um trâmite processual diferenciado no processo cautelar, visando justamente a entrega da prestação jurisdicional em tempo suficiente para proteger eficazmente o interesse do requerente, por vezes a proteção cautelar não pode esperar o regular trâmite processual, sob pena de perecimento do interesse que se procura proteger. Surge então a necessidade de concessão de liminar na cautelar, ou seja, tornar o que já era urgente ainda mais urgente. A liminar no processo cautelar representa o supra-sumo da urgência (NEVES, 2009, p. 1089).

Após a comprovação destes principais requisitos, é imprescindível a constatação da efetiva presença do requisito denominado *periculum in mora inverso* ou *reverso*, consistente no afastamento da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, contra o réu, impetrado ou requerido, como conseqüência da concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor, impetrante ou requerente.

Sobre esta consequência, adverte Egas Dirceu Moniz de Aragão (1974, p. 38) que “[...] há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar”.

Na continuidade, avaliados os requisitos mencionados, deverá ser observado o pressuposto especial para a concessão da antecipação liminar, expresso no artigo 804 do Código de Processo Civil:

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.

Em outras palavras, cumpre em situações como esta configurada pela lei, a comprovação de que a antecipação da medida cautelar, em forma de liminar, é estritamente indispensável, vez que abrir a possibilidade de o réu contestar traria consigo risco considerável de tornar a medida ineficaz, frustrando seu objetivo. Dessa maneira a liminar *inaudita altera pars* age como freio a discricção judicial, quando verificar-se que a citação do réu possa tornar o procedimento ineficaz.

Como bem explica Betina Rizzato Lara (1994, p. 94), em alusão a Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

Neste sentido, Pontes de Miranda afirma que a medida cautelar, se pedida *inaudita altera parte*, deve ser concedida no bojo da petição concebida nos termos do art. 801, sendo ela um *adiantamento da prestação jurisdicional da cautela*. A liminar somente pode ser concedida se a urgência é tal que seria ineficaz a *sentença assegurativa*.

Esses elementos autorizadores da concessão da medida liminar atuam como agentes vinculativos, restringindo e limitando o índice de liberdade do juiz ao proferir a respeito da oportunidade e da conveniência da concessão da medida liminar. Além do mais, por esse deferimento tratar-se de decisão interlocutória, fica o juiz vinculado aos motivos que nortearam sua decisão, culminado por comprometer o poder discricionário original.

Mesmo sem pretensões de debruçar-se sobre as extensas linhas de raciocínio e complexas teses que versam sobre a questão específica da discricionariedade na concessão de liminar em ação cautelar, não poderíamos deixar de citar a brilhante passagem Betina Rizzato Lara (1994, p. 104), que expressa sintética e objetivamente a conclusão mais ponderada à respeito deste tema:

A nossa análise sobre este assunto está baseada na seguinte premissa: *existe discricionariedade por parte do juiz na possibilidade de determinar as medidas que julgar adequadas. Não há discricionariedade quando se trata da análise dos seus requisitos, isto é, do “periculum in mora” e do “fumus boni iuris”.*

Há de considerar que quando tratar-se de pronunciamento judicial sem conteúdo decisório algum, como por exemplo, atos de mera movimentação processual ou atos ordinários, não existe necessariamente a obrigatoriedade de fundamentação do conteúdo decisório. Sendo assim, os pronunciamentos judiciais concessivos de medida liminar, por terem caráter essencialmente decisório, devem ser invariavelmente fundamentados.

5 INSTITUTOS JURÍDICOS NORTEADORES

Consubstanciando a raiz processual desta análise acadêmica, este último título dedicar-se-á ao exame dos institutos inerentes às medidas antecipatórias, trazendo a baila um exame específico, de contexto dirigido sobre os conceitos basilares e sobre os aspectos elementares relativos às medidas liminares e cautelares.

5.1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS ÀS MEDIDAS LIMINARES EM ESPÉCIE: MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA E NA AÇÃO CAUTELAR

Não diferindo de outras ações a medida liminar em mandado de segurança, é uma providência cautelar de caráter emergencial, que detém função cautelar, e de modo algum visa à antecipação do mérito da causa. Daí vale registrar que a medida liminar no *writ* constitucional possui referibilidade processual e inerente intuito assecuratório, objetivando a efetividade da sentença a ser proferida:

[...] ao receber a petição inicial do mandado de segurança, pode o Juiz, com fundamento no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, determinar, liminarmente, que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido. Para tanto basta que seja relevante o seu fundamento e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da sentença que acaso venha, ao final, a deferir o pedido. Não implica dizer que a cobrança seja indevida. A medida liminar é sempre provisória. Presta-se, apenas, para manter a situação, afastando o ato impugnado até o final julgamento, para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação (MACHADO, 1998, p. 131).

Portanto, sob o risco de grave lesão ao direito reclamado no mandado de segurança, defere-se a medida liminar, que obstará a propagação da ilegalidade ou

do abuso de poder submetido à apreciação da justiça. O raciocínio de José Cretella Júnior (1980, p. 277), interpreta essas assertivas:

Se o Mandado de Segurança é o remédio heróico que se contrapõe à auto-executoriedade, para contar-lhes os efeitos, a medida liminar é o 'pronto socorro', que prepara o terreno para a segunda intervenção enérgica (como é evidente), porém mais cuidadosa do que a primeira. A auto-executoriedade jorra do ato espontaneamente, com intensidade ímpar; a liminar susta-lhe a ação, antes que se manifeste. O ato ilegal é veneno de ação rápida, que não pode ser tratado paliativo. Seu antídoto é o remédio heróico que paralisa a ação deletéria da medida ilegal. Em inúmeros casos, entretanto, o ato impugnado tem de ser atacado logo, porque do contrário a lesão produziria danos irreparáveis. Se o doente está sufocando, se o coração está paralisado, é necessário que seja atendido imediatamente. A observação e o tratamento cuidadoso ficam para depois. A intervenção ultra-enérgica, sobrestando o processo em desenvolvimento, é a ação liminar.

Remetendo novamente ao direito positivo, o mandado de segurança possui previsão expressa no artigo 5º da Constituição Federal em seus incisos LXIX e LXX, e no artigo 1º da Lei nº. 12.016 de 7 de agosto de 2009; seguem os textos de lei:

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:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A medida liminar por sua vez, como já mencionado em oportunidades anteriores desta mesma pesquisa, está prevista no artigo 7º, inciso III, também da Lei nº. 12.016/2009; uma consideração importante sobre seu caráter discricionário não pode deixar de compor esta coleção científica:

Sendo, pois a liminar providência de índole cautelar, não há por que afastá-la dos princípios que regem o poder geral de cautela do juiz da apreciação dos pressupostos de sua concessão, quais sejam, a relevância do direito alegado e a ineficácia da segurança caso deferida a final. Lei n. 1.533/51, art. 7º, inciso III. Na apreciação desses pressupostos há uma inafastável dose de subjetivismo, fazendo com que cada julgador possa em tese, produzir juízo diverso a respeito da concessão ou não da providência cautelar. Isso, porém, não leva à conclusão de que uma decisão fundamentada que nega a liminar seja ilegal e assim passível de correção através de mandado de segurança impetrado perante à instância superior (ARRUDA ALVIM PINTO, 1994, p. 64).

Finalmente, concluindo os comentários sobre medidas liminares em mandado de segurança, faz-se necessário para superar-se este tópico traçar as distinções entre as finalidades do mandado de segurança e da medida liminar, justificando a independência completa das decisões que postulam sobre cada instituto.

Assim, o mandado de segurança objetiva impedir desdobramentos prejudiciais causados por autoridade pública quando agindo com ilegalidade ou abusando do poder a esta atribuída, logo seu objeto é o ato coator ilegal ou abusivo, que constranja, lese ou ameace o direito do impetrante.

Quanto à medida liminar, sua pretensão é garantir que a eventual concessão da segurança não perca a razão de ser, reconhecendo que realmente o impetrante foi coagido por ato ilegal ou abusivo, mas que a lesividade sofrida, sendo irreversível, fez frustrar o direito líquido e certo declarado na sentença.

A medida liminar em Ação Cautelar tem natureza jurídica de simples antecipação *in limine* da medida cautelar vindicada, o que a torna diferente da liminar nos ritos constitucionais. Portanto, a medida liminar em ação cautelar necessita do sinérgico cumprimento do requisito previsto no artigo 804 do Código de Processo Civil, que sinteticamente estipula ser lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la eficaz; além disso, obriga a efetiva presença dos pressupostos autorizadores dos demais institutos liminares, como os já estudados *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, não produção do *periculum in mora inverso* e relevância do fundamento jurídico do pedido

O processo cautelar tem por objeto principal satisfazer o interesse público, garantindo a integralidade dos efeitos das decisões tomadas nos processos principais. O Código de Processo Civil, em seu artigo 806, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar, para a propositura da ação principal.

Liminar em mandado de segurança e liminar na ação cautelar são medidas provisórias, contudo, não se confundem em sua natureza e regime jurídico:

A primeira (liminar em ação cautelar) tem como escopo assegurar a operatividade de uma ação principal em curso ou ser posteriormente proposta, conforme se tratar de ação cautelar antecedente (preparatória) ou incidente. A segunda (liminar em mandado de segurança) tem conteúdo prático antecipatório da sentença a ser proferida na mesma ação (MARINS, 2001, p. 402/403).

Vale uma última observação sobre os institutos em pauta: a medida liminar depende de uma ação já proposta, já o procedimento cautelar, se desenvolve antes ou no decorrer do processo principal.

Outra diferenciação importante:

Caso típico de medida provisória não cautelar são as liminares que se admitem em certos procedimentos especiais de mérito, como os de interditos possessórios e os mandados de segurança. Essas liminares ao contrário da providência propriamente cautelar, já se apresentam como a 'entrega provisória e antecipada do pedido', já são 'decisão satisfativa do direito, embora precária'. Destinam-se a transformar em definitiva com a sentença final (THEODORO JÚNIOR, 1989, p. 1109).

Em suma, no mandado de segurança, a liminar objetiva assegurar um direito violado ou prestes a ser violado por ameaça claramente detectada, é uma espécie de garantia processual inscrita na Constituição com um poder aplicacional superior, visto que a lei ordinária não pode impor condições restritivas à sua utilização. Já na ação cautelar, a liminar, embora também relevante objetiva tão somente garantir a ação principal, isto é, assegurar àquele que pretende discutir direito de que se julga titular, que corre o risco de perecer, se a tramitação do processo principal, sem outra garantia, tornar de nenhuma eficácia a decisão final (MARTINS, 1994, p. 02/03).

Encerrando este ponto, indispensável contextualizar mesmo que brevemente, a contracautela: que constitui uma caução em garantia. Em outros termos, é um instrumento de precaução processual conferido aqueles que sofrem os efeitos da concessão da medida liminar. Estando o juiz convencido da existência de risco para o litigante que sofrer os efeitos da medida liminar, deve impor *ex officio* a contracautela. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (1992, p. 407), “Com a contracautela, o juiz estabelece um completo e equidistante regime da garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco”.

Sobre a contracautela, assim rege o Código de Processo Civil:

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.

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Enquanto as liminares em mandado de segurança são por natureza incondicionais, as liminares em medidas cautelares inominadas podem ser condicionadas à prestação de caução, no exercício do poder geral de contracautela do juiz, conforme dispõe o supracitado artigo 804 do Código de Processo Civil (XAVIER, 1998, p. 448).

5.2 DOS EFEITOS DA CASSAÇÃO OU DA REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

Configura-se assunto inerente às medidas liminares suspensivas da exigibilidade de algo, a situação esboçada quando deferido o pleito cautelar implícito na medida liminar, é julgado improcedente o pedido principal objeto do mérito.

Se por alguma razão tal decisão não seja apta de ser combatida com recurso ou a parte interessada o tenha interposto intempestivamente, a cassação da providência

cautelar, em forma de medida liminar acontecerá automaticamente quando transitada em julgado a decisão de mérito.

Em contrapartida, se a nova decisão for passível de recurso, não pode ocorrer a revogação automática da medida liminar, pois isto acarretaria a desconfiguração da segurança cautelar deferida em momento anterior (PELLEGRINI ARRUDA ALVIM, 1998, p. 303/310) .

Daí há de se entender que, a medida liminar deve subsistir até o trânsito em julgado da decisão principal, cumprindo plenamente sua função cautelar de segurança processual (BUENO, 1999, p. 241).

Lastreando o caráter provisório da liminar, o Supremo Tribunal Federal postulou a Súmula nº 405, cujo conteúdo refletido deve ser interpretado restritivamente: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Em oposição, parte da doutrina entende que o simples julgamento pela improcedência do pedido meritório, gera a revogação tácita da medida liminar independente de qualquer condição.

A pesquisa não pode dispensar uma última análise neste tópico: na hipótese do julgamento meritório definitivo a favor da parte adversa - que não se beneficiava com a tutela até então vigente -, o levantamento dos valores eventualmente depositados em favor desta, bastaria para a satisfação integral do crédito - se houvesse -, para tal é exigível, portanto, que os efeitos da medida liminar impeditiva da exigibilidade do crédito, tenham sido operados pelo depósito judicial do valor integral, alvo de discussão.

No entanto, não tendo o juiz exigido a garantia através deste depósito cautelar ou premonitório, a parte sucumbente pode não dispor de recursos imediatos para satisfazer o crédito exigível e neste caso, a parte vencedora poderá compeli-lo pelos

meios legais, ao efetivo pagamento, satisfazendo o crédito com todos os acessórios devidos, incluindo multa moratória corrigida.

A ausência da exigibilidade desta garantia cria ainda, um problema quanto à incidência dos encargos moratórios, daí considerando que a parte sucumbente se encontrava amparada por ação judicial, não seria possível atribuir-lhe as consequências do atraso no pagamento do crédito retro contestado. Contudo, há quem entenda de modo diverso, arguindo que apenas à medida liminar condicionada à prestação de caução é capaz de abonar os encargos em tela.

5.3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Nesse ponto, importante considerar que não há previsão legal específica para a antecipação de tutela na ação civil pública, contudo, o artigo 19 da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985 que disciplina esse tipo de ação, possibilita a aplicação do Código de Processo Civil de forma subsidiária.

Dai, poder-se-ia concluir que, o artigo 273 do diploma adjetivo poderia ser aplicado sem óbices também às lides coletivas, possibilitando a antecipação dos efeitos da tutela.

Não obstante, tal interpretação não é absoluta, pois, parte da doutrina aduz que em regra será incabível a tutela antecipada se o pedido for condenatório, uma vez que seria impossível preencher o requisito da prova inequívoca, diante da complexidade plúrima das lides coletivas.

Isso porque, as controvérsias relativas a proteção dos interesses difusos e coletivos, como é o caso das questões que dizem respeito ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio público e social, são sempre caracterizadas por sua grande multiplicidade endógena, exigindo significativo suporte probatório para permitir ao julgador formar sua convicção com vistas a solução da lide. Nesse tipo de litígio, portanto, é mais do que nunca necessário observar os princípios do

contraditório e da ampla defesa, assegurados em plano constitucional como direitos fundamentais. (CARVALHO FILHO, 2008, p.119).

Assim, a prudência não recomenda o julgamento prévio em ação civil pública. Pois, ali, se perquire, dentre o mais, os pressupostos processuais e condições da ação, e as questões do mérito, sugerindo-se, sempre, observar o contraditório antes de expungir a *quaestio*, sobretudo ante o interesse social que a envolve.

Opostamente, se o pedido for puramente constitutivo, seria plenamente viável antecipar os efeitos da tutela, e.g. pedido de anulação de cláusula abusiva. Nesse caso, o exame da questão pode se basear exclusivamente em questão de direito e, por isso, torna-se de fácil constatação a prova inequívoca.

A despeito disso, a doutrina majoritária entende ser possível aplicar a antecipação dos efeitos da tutela não só com base no artigo 273 do Código de Processo Civil, mas também, com fulcro no §3 do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. (MAZZILLI, 2008, p. 231):

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou 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 após justificação prévia, citado o réu.

De toda forma, não restam dúvidas, que a tutela coletiva merece tratamento especial do Estado pela importância, amplitude e dispersão dos titulares. E, havendo requisitos específicos mais brandos do que aqueles exigidos para as lides em geral, deve ser aplicado em todas as situações em que houver a necessidade da proteção dos direitos transindividuais.

Outrossim, há ainda, a necessidade de preencher o requisito postulado no §2 do artigo 273 do CPC: “Não será concedida a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Pelo exposto, em se tratando de ação coletiva, ante o perigo de ineficácia do provimento final, que também a acomete, a tutela pretendida pode ser prestada antecipadamente desde que demonstrado o relevante fundamento da demanda, sendo dispensável a prova inequívoca e o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, já que inaplicável o artigo 273 do Código de Processo Civil.

5.4 DA COISA JULGADA

Este ponto é de breve menção apenas; de início, pode-se conceituar coisa julgada como a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior.

A propositura de ação rescisória com fulcro no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil seria uma possível solução para este problema, contudo, segundo julgado constante da Revista do Superior Tribunal de Justiça nº. 93 (BRASIL, 2008, p. 416) refletindo o posicionamento jurisprudencial:

[...] para que tal ação prospere é necessário que a interpretação dada pelo 'decisum' rescidente seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se ao contrário, o acórdão rescidendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

A esse respeito existe ainda a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, propondo que: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Os ensaios doutrinários afirmam de modo geral que, a questão constitucional, em sede de qualquer ação que objetive a repetição de indébito ou a declaração de sua inexigibilidade, constitui-se em efetiva prejudicial de mérito que diante dos exatos termos do artigo 469, incisos I e III do Código de Processo Civil, não se submete ao manto sagrado da coisa julgada (BORGES, 1999, p. 27):

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

5.5 TUTELA ANTECIPADA (CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO ANTECIPATÓRIO)

Anteriormente, comparou-se a tutela antecipada a tutela cautelar, neste tópico, o objetivo é analisar as principais características desse instituto jurídico de forma individualizada e mais aprofundada.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 1033/1035) enuncia este instituto com clareza e classifica-o em três espécies diferentes:

Apesar de a tutela antecipada ser invariavelmente associada à tutela de urgência, a análise do art. 273 do CPC permite a conclusão de que na realidade existem três espécies distintas de tutela antecipada. A primeira e mais comum é a tutela antecipada como espécie de tutela de urgência, [...] Os requisitos para sua concessão são a prova inequívoca da verossimilhança da alegação (art. 273, caput, do CPC) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC). Trata-se de tutela provisória e concedida mediante consignação sumária (juízo de probabilidade). A segunda espécie é a tutela sancionatória, que funciona como forma de apenar a parte que, na forma prevista em lei, viola os princípios da boa-fé e lealdade processual. Seus requisitos são a prova inequívoca da verossimilhança da alegação (art. 273, caput, do CPC) e o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório (art. 273, II, CPC). Trata-se de tutela provisória, concedida mediante consignação sumária (juízo de probabilidade). A terceira espécie de tutela antecipada é aquela que gera maior polemica quanto à sua natureza. Para a sua concessão estão dispensados o requisito tradicional da prova inequívoca da verossimilhança, bem como o perigo de dano ou o ato desleal. Seu único requisito está previsto no art. 273, § 6º, do CPC: um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

A antecipação de tutela consiste em um provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente e de caráter satisfativo do direito

reclamado, mesmo com parâmetros de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade

À semelhança da liminar, a tutela antecipada é uma decisão interlocutória, devendo ser concedida *in initio litis*, ou seja, no início da lide nas ações ordinárias (SABBAG, 2009, p. 788).

O instituto da tutela antecipada está esculpido nas expressões contidas no artigo 273 do Código de Processo Civil:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

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 de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Destaca-se que o regramento alude e condiciona a antecipação dos efeitos da tutela, aos pressupostos do *periculum in mora*, ou urgência, e da caracterização do abuso de direito de defesa do réu.

Essencialmente, a antecipação de tutela, é parte do processo cognitivo, e, por conseguinte, alusivo à prestação jurisdicional própria de índole meritória diferente da tutela cautelar que, integrante da chamada jurisdição imprópria ou por extensão,

corresponde a uma lide de dano, desprovida de autêntico caráter meritório. Por esse motivo que é ilícito ao juiz, diferentemente da tutela de segurança cautelar, concedê-la liminarmente, embora a mesma constitua a própria providência demandada, ainda que limitada em sua eficácia.

O artigo 461 do mesmo diploma legal disciplina a forma e o modo pelo qual se procederá à plena efetivação da antecipação da tutela cognitiva:

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.

CONCLUSÃO

Decorrente do desenvolvimento desta pesquisa, tomando como referência a sequência sumária deste trabalho, pode-se fazer uma série de conclusões.

De início uma impressão que esta pesquisa permite depreender é que a legislação autorizativa deveria tornar mais claros os limites objetivos à concessão de medidas liminares, expressando de maneira mais contundente os pressupostos de admissibilidade do provimento cautelar de modo geral.

Ademais se exprimi que o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença, não deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não foi descartada. Deve-se considerar ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá ao final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

De toda sorte constata-se não ser fácil conciliar o caráter satisfativo da antecipação com a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo.

Há de se detectar também a intrínseca ineficácia jurídica que alicerça as normas jurídicas infraconstitucionais que insistem em ditar limites para a concessão de medidas liminares por parte dos magistrados em particular, ou por parte do Poder Judiciário, de maneira geral.

A ineficácia jurídica destes postulados legais é absolutamente manifesta e, portanto, deve obrigatoriamente ser reconhecida pelo julgador, sob pena de omissão do dever de usar o poder que lhe foi legitimamente outorgado, pelo povo, através da promulgação da Constituição Federal.

Essas são as teses gerais que permearam esta composição acadêmica e formam de modo conciso, mas abrangente, esta breve conclusão desta resenha que analisou os requisitos e pressupostos de admissibilidade das medidas liminares e tutelas de urgência no processo civil, estudando a legislação específica de caráter restritivo em relação ao deferimento dos diversos instrumentos cautelares e antecipatórios.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança*. São Paulo: RP, n. 39, 1994.

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina. *Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nº. 32:240 - 5ª Câmara. Relator Desembargador Miguel Pachá. Ag. nº. 4.266/96 de 10 de dezembro de 1996*. Rio de Janeiro: RDTJRJ, 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 93/416*. Brasília: STJ, 2008.

_____. Carlos Mário da Silva Velloso no *Pronunciamento ao processo SS 286-4*. Diário de Justiça da União, Brasília - DF, 1º ago., 1990.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Código Tributário Nacional. *Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código Civil (2002). *Código Civil, de 10 de janeiro de 2002*. 60. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Coletânea Legislativa. *Vade Mecum Saraiva*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (lei 7.347, de 24/7/85)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRIEDE, Roy Reis. *Medidas liminares em matéria tributária*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUIMARÃES, Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*. Salvador: Visão, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. (tradução: João Baptista Machado) São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v.8. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAZZILLI, Hugro Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Wagner Pires de. Coisa julgada Fiscal. *Jornal Correio Braziliense*, Brasília, 28 de maio de 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TELLES JR. Goffredo da Silva. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. ed. 11. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*. São Paulo: RBDP 48/77-104, 1976.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLAR, Willard Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.