

Tutela de Urgência no Direito Processual Brasileiro

André Virgílio Belota Seffair*

Sumário: 1 Introdução. 2 Etimologia. 3 Aspectos gerais da tutela de urgência. 4 A tutela de urgência no Direito Processual Brasileiro. 4.1 A tutela antecipada. 4.2 A tutela cautelar. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A prestação jurisdicional constitui-se numa das atividades estatais características dos estados contemporâneos. Todos os idealizadores do Iluminismo, sem distinção, afirmam, por verdade não haver Estado onde não há jurisdição.

Rousseau afirma que *os combates particulares, os duelos, os recontros são atos que não constituem um estado*¹, razão pela qual o exercício arbitrário da força, por meio da vingança privada, não caracteriza a constituição de prestação jurisdicional.

Montesquieu depreende que a chave do progresso de Roma, em relação a outros povos da antiguidade, se deu em virtude do processo de estatização de parte relevante da atividade jurisdicional, discorrendo que em Roma o poder de julgar foi dado ao povo, ao senado aos magistrados, a certos juízes.² Salienta a necessidade de exclusividade da jurisdição estatal para o progresso dos povos.

Mais tarde, Kelsen afirma que "(...) Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. Estado de Direito, neste sentido específico, é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a administração e a jurisdição estão vinculadas as leis."³

* Promotor de Justiça, especialista em Direito Processual Civil

1 ROUSSEAU, Jean J. O Contrato Social. Martins Fontes, 1996, p. 16.

2 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Barão de La Bréde e de. O Espírito das Leis. Martins Fontes, 1996, p. 190.

3 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Martins Fontes, 2003, p.346.

De fato, não há de se cogitar segurança senão por meio da aplicação impessoal das normas jurídicas, devendo tal atividade carregar consigo o atributo da supremacia coercitiva e coativa, a fim de sobrepujar-se a toda e qualquer força privada. Assim, considerando os aspectos peculiares das sociedades de nosso tempo, depreende-se não haver segurança jurídica senão por meio da jurisdição estatal.

Se o Estado, ao contrário dos indivíduos privados, justifica sua existência pela pretensão do bem comum, a atividade de aplicação concreta do direito somente afigura-se legítima se originária daquela entidade.

Na Antigüidade e na Idade Média o papel do Estado na prestação da jurisdição era mitigado pela atuação privada, fato, dentre outros, que concorreu para a lentidão da evolução social e material da humanidade.

Tem-se, assim, a prestação jurisdicional como uma das mais nobres e relevantes atividades sociais que justificam a existência, e até confunde-se com a própria existência do Estado.

Aparadas as arestas históricas e sociais que justificam sua existência, a prestação jurisdicional, assim como todas as atividades peculiares do Estado, devem observar os princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o da eficiência.

Prestação jurisdicional ineficiente, seja em decorrência objetiva de demora, seja em decorrência subjetiva de qualidade, importa em insegurança jurídica, culminando na consolidação da noção anárquica de desorganização institucional. Tal fato afigura-se preocupante, pois denota aos indivíduos a idéia de que o estado – criado para o alcance do bem comum – não atinge a finalidade à qual se propõe.

As necessidades de agilidade e presteza na prestação jurisdicional vêm se materializando na criação de incontáveis soluções, concretas e abstratas, com o escopo de garantir aos jurisdicionados a fruição de um serviço mais eficiente. Neste contexto, foram criados os juizados especiais, os juízos arbitrais, as comissões prévias de conciliação trabalhistas, as súmulas vinculantes e os institutos processuais de antecipação de tutela.

2 Etimologia

A palavra tutela vem do latim *tutela*, significa 'tudo que defende ou protege'. Segundo Houaiss é "proteção exercida em relação a alguém ou algo mais frágil ou obediência, subordinação imposta por alguém mais poderoso⁴". Juridicamente, o próprio filólogo conceitua tutela como "oferecimento pelo poder judiciário de solução aos conflitos a ele apresentados ou atividade jurisdicional que visa proteger direitos que estejam sob ameaça iminente⁵."

Certo é em todos os conceitos semânticos o emprego da palavra tutela como proteção.

Se alguém ou algo merece ser protegido, é porque é frágil e se algo ou alguém o protege, é porque tem poder para tanto. Assim, o conceito jurídico de tutela aplica-se diante de situações compreendidas sob a égide do monopólio da prestação jurisdicional, pois ao indivíduo, por mais frágil que o seja, é assegurado o direito inalienável de socorrer-se sob o manto da proteção estatal, em consonância com o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna Republicana. O contrário é a autotutela, mecanismo de exercício arbitrário de seus próprios direitos, superado pela supremacia do estado liberal contemporâneo.

De outra sorte, a palavra urgência, também do latim, *urgere* ou *urgentia* significa 'apertar, comprimir, impelir, perseguir, ameaçar, apressar'. Segundo Houaiss, é *necessidade que requer solução imediata, pressa ou situação crítica, muito grave que tem prioridade sobre todas as outras*⁶.

De ambos os conceitos depreende-se que tutela de urgência significa proteção necessariamente imediata.

Diante disso, quando alguém obsecra tutela de urgência, mediante observância das condições da ação, sobretudo do interesse de agir, mediante excepcional pressa, é porque, na condição de fragilidade, necessita de socorro imediato de um poder maior para livrar-se de uma ameaça grave.

O estudo da etimologia dos vocábulos sob investigação é de fundamental importância para a formulação de premissas verdadeiras

4 HOUAISS, Antônio. Dicionário da Língua Portuguesa. Instituto Antônio Houaiss, 2001. p. 2790.

5 Idem.

6 *ibid.*, p. 2813

acerca da matéria vertente, aparando-se arestas subjetivas da base de análise do assunto.

Atento a essas premissas verdadeiras, não a outras subjetivas, deve o operador do direito analisar o instituto sob exame, sempre tendo em foco a justificação da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional anterior ao seu momento oportuno, qual seja o da sentença de mérito.

3 Aspectos gerais da tutela de urgência

A tutela de urgência encontra respaldo no Direito Positivo Brasileiro em diversos mecanismos processuais, insculpidos tanto no Código de Processo Civil, quanto em legislação esparsa.

Deve-se ressaltar que as antecipações de tutela, assim como as medidas cautelares, constituem-se espécies do gênero tutela de urgência, com esta não se confundindo.

Embora todas as liminares em ações cautelares importem em antecipação de tutela, ou seja, antecipação de proteção, estas objetivam preponderantemente uma inovação legal no estado de fato da coisa sob litígio, enquanto aquelas objetivam obstaculizar a consecução de perigo ou dano iminente.

Para Marinoni, “a tutela antecipatória, ao permitir o tratamento diferenciado dos direitos evidentes, de certa forma remediou o procedimento ordinário (...) a existência de tutela antecipatória, entretanto, não basta para viabilizar a tutela preventiva.”⁷

Como exemplo, afirma-se inequívoco que as ações cautelares não se confundem com antecipação de tutela, embora, quando consideradas liminarmente, constituam espécie e objeto de estudo da tutela de urgência.

A tutela cautelar é uma forma autônoma de tutela, que atua de maneira preventiva sobre determinado direito subjetivo sob ameaça de dano iminente e de difícil reparação.

As tutelas cautelares são mecanismos hábeis e específicos para remediar estados de urgência, mediante um procedimento especial, com o escopo de assegurar a discussão posterior de um direito principal.

As cautelares não são satisfativas, ou seja, não encerram, por si, a discussão dos direitos aos quais pretende segurança urgente. Desse

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória. Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

modo, uma vez assegurada a incolumidade do direito principal, a discussão deste somente poderá se dar por meio de processo autônomo.

Sobre isso, Furtado Fabrício depreende que

o juiz, antes de verificar o cabimento ou não de um provimento acautelador, deve sopesar sua necessidade e conveniência. Para tanto, lançará olhos sobre a "lide principal", mas não para decidir dela, e sim, somente para verificar, em termos de probabilidade, se há o que acautelar (*fumus boni iuris*)

Com isso, nota-se que a tutela antecipatória, diferentemente da cautelar, nasce com espírito voltado ao pedido principal, já que o antecipa, e, além disso, tem natureza satisfativa (mas uma satisfação parcial, vinculada ao provimento que ainda virá) porquanto traz de logo à parte aquilo que seria objeto da sentença de mérito final. Daí dizer que se trata de um provimento de natureza mandamental concretizado pela denominada execução *lato sensu*.

De outra sorte, a tutela antecipatória é a concessão daquilo que efetivamente se pretende com a demanda, porém concretizada momento anterior ao oportuno, ao da sentença de mérito.

Sobre a conhecida ânsia de diferenciação ente as duas modalidades de tutela de urgência, Barbosa Moreira assinala que

Sobre o instituto da antecipação de tutela já floresceu abundante literatura. Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e antecipatórias. Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela - já se observou - permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é de que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei n.º 10.444, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou a autêntica fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro.⁸

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. 8. ed. Saraiva, 2004, p.102

Certo é que, ao contrário das cautelares, que justificam sua existência na urgência para resguardo da incolumidade de um direito principal, se não houvesse morosidade, seja pela metodologia processual, seja pelas notáveis distorções da prática forense brasileira, não haveria de se cogitar o instituto da antecipação de tutela, pois neste instituto a sentença constitui mero ato ratificador ou retificador de um direito anteriormente reconhecido em favor de uma das partes, sem a ultrapassagem dos ritos estabelecidos para tanto.

Se a existência abstrata de qualquer rito cognitivo se justifica para conferência de salvaguardas concretas, sobre quais salvaguardas se fundam as antecipações de tutela? Se as salvaguardas são prescindíveis, por que estabelecê-las? São questionamentos legítimos que a consolidação desta modalidade de tutela de urgência provoca.

Há de se ressaltar que a jurisprudência processual recentemente produzida, assim como a legislação consolidada, tem sido prodigiosa em sobrelevar medidas processuais liminares, sejam positivas, caso das antecipações de tutela, sejam negativas, caso das improcedências *initio litis* e negativas de seguimentos recursais liminares. Sobre estes últimos não se baseiam este estudo, vez que não importam em concessão de tutela, mas justamente negativa de concessão de tutela. Contudo, a consagrada busca legislativa e pretoriana por múltiplas medidas liminares, pelas mais variadas motivações, é digna de nota.

Para Furtado Fabrício

como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a constatação que se extrai dos próprios textos legais, que em numerosas passagens autorizam o juiz a decidir liminarmente ou após justificação. Assim, formulada alternativamente, a proposição já sugere que, na segunda hipótese, não se trata de liminar, pelo menos em sentido estrito. Certo é, entretanto, que se tem usado,

sem maiores inconvenientes e sem prejuízo da clareza das idéias, a designação de liminar também para os provimentos judiciais proferidos após justificação, na qual se tenha inclusive ouvido o demandado. O que se não pode tolerar é o alargamento do conceito até o ponto de confundir com liminar toda e qualquer providência judicial antecipatória, isto é, anterior à sentença.⁹

Embora Barbosa Moreira emita esse conceito, certo é que existe utilidade sim na diferenciação entre os conceitos de antecipação de tutela e provimentos cautelares, sobretudo considerando, na prática, que os primeiros prestam-se eminentemente à jurisdição cognitiva, afigurando-se, destarte, inviáveis de ser levados a efeito de ofício e os últimos não, em virtude dos princípios inerentes à espécie, sobretudo o poder geral de cautela.

O vocábulo liminar, por seu turno, no Direito Processual Brasileiro, indica sim, todo e qualquer provimento jurisdicional, de cunho decisório, anterior à sentença, seja este de caráter positivo, caso das antecipações de tutela, seja este negativo, caso dos indeferimentos recursais e improcedência *initio litis*.

4 A tutela de urgência no direito processual brasileiro

4.1 A tutela antecipada

No processo cognitivo comum do CPC têm-se, como exemplo do gênero tutela de urgência, as espécies de tutela antecipada previstas nos arts. 273 e 461, parágrafo 3º:

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.

⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ensaio de Direito Processual. Forense, 2003, p.195.

§ 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.

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.

§ 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 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.

É fato inequívoco que o Direito Processual Brasileiro, baseado nos direitos e garantias individuais do cidadão optou pelo sistema exauriente de cognição, constituindo a antecipação de tutela uma exceção a esta premissa.

Por esse motivo, a regra estabelecida preconiza que o estado da coisa sob litígio somente será inovado mediante uma sentença de mérito, devendo esta, também em regra, ser proferida depois de esgotada a consecução de um rito específico para tanto. A antecipação de tutela constitui preponderantemente uma inovação legal no estado de fato da coisa sob litígio em qualquer momento do processo, antes de esgotado o rito necessário para concretização de uma sentença.

Trata o art. 273 do CPC da modalidade de tutela de urgência denominada antecipação de tutela, sendo esta a mais abrangente e generalista das modalidades, podendo ser levada a efeito em qualquer espécie de processo de cognição do rito comum, tanto ordinário como sumário.

Exige o legislador que a parte interessada proceda ao requerimento expresso de interesse na antecipação de tutela, podendo este interesse repousar sobre todo pedido principal ou em parte deste, sendo ilegal a concessão de antecipação de tutela de ofício, pois incabível a tese de poder geral de cautela nesta espécie. Como antes dito, antecipação de tutela não é mecanismo de jurisdição cautelar.

Para análise material do instituto, além dos indícios preliminares de bom direito, deve-se levar em consideração as duas premissas alternativas, a primeira fundamental e característico das tutelas de urgências: que *haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*; a segunda, inédita e exclusiva do instituto: que *fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*.

Sobre o primeiro, o legislador reconhece que a metodologia da ritualística processual pode ser nociva ao exercício da atividade de prestação jurisdicional, quando, diante de uma emergência, condenaria o jurisdicionado a experimentar o dissabor de sucumbir a sua contraparte, que optou pela autotutela, enquanto aquele estaria engessado pela lentidão da justiça.

Antes de aplaudir a inovação, cabe-nos uma reflexão. Os

mecanismos de controle social, e a prestação jurisdicional é um deles, trazem consigo benefícios, mas também conseqüências. Nem tudo traz somente benefícios. Um remédio, por exemplo, presta-se a levar a cura do paciente, malgrado seus efeitos colaterais e o risco de eventual reação alérgica, devendo estes ser controlados mediante adoção de cautelas. É inegável que cognição exauriente garante aos indivíduos segurança jurídica, contudo a ritualística excessiva e a separação, quase estanque, das modalidades de jurisdição, privilegiam no mundo real aqueles que optam pela autotutela, prevalecendo a “lei do mais forte”.

Não é uma humilde obra monográfica como esta quem afirma a excessiva ritualística processual, mas o próprio inciso II do art. 273 do CPC vigente, ao regulamentar uma hipótese em que um litigante dispõe de mecanismos adjetivados por abusivos ou protelatórios de defesa.

Se uma parte contesta uma demanda, cujos fundamentos fáticos sejam incontestáveis, caracteriza isto um mecanismo protelatório de defesa? Seria mecanismo protelatório utilizar-se de um recurso previsto em lei? São questões preponderantes que a jurisprudência superior, de modo tímido, ainda vacila em pacificar.

O art. 461 regulamenta demanda específica para obrigações positivas ou negativas, devendo o juiz considerar se há *justificado receio de ineficácia do provimento final*, para fins de concessão da antecipação de tutela.

O dispositivo aproxima-se do poder geral das ações cautelares, quando justifica sua existência pelo interesse público, fundado sobre necessidade de resguardo da incolumidade do provimento jurisdicional, não sobre o interesse particular da parte interessada no provimento.

Em verdade, por respeito à metodologia, ao contrário do poder geral de cautela, depreende-se não ser lícita a concessão desta espécie de ofício, somente quando diante de um requerimento específico da parte interessada, vez que esta se insere no rol de modalidades de antecipação de tutela regulada por essa premissa.

O provimento antecipatório não aproveitará ao resguardo de incolumidade de outro direito senão o de reversão do estado de fato da coisa sob litígio em favor da parte interessada. Como o provimento jurisdicional antecipatório na espécie é o mesmo do provimento final, total ou parcial, afigura-se inviável a concessão de provimento de ofício,

devendo-se, neste óbice, na ausência de regra específica, utilizar-se da regra geral do art. 273 do CPC.

Outro exemplo de antecipação de tutela na Legislação Brasileira encontra-se no processo cognitivo especial relativo às ações possessórias, no art. 928, do CPC:

Art. 928 - Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Aqui é imprescindível a proteção urgente, pois, de fato, a manutenção ou reversão do exercício da posse importa não só na modificação de formas aquisitivas de direitos de propriedade, mas em inibição de sem número de distorções fáticas de dificultosa reversão, como a fixação de moradias, a realização de obras de melhoria e a consolidação de outros posseiros, por exemplo.

Por um desses mesmos fundamentos fáticos, temos outro exemplo de tutela de urgência, na modalidade de antecipação de tutela, configurada nas ações de nunciação de obra nova, previstas no art. 937 do CPC: *“É lícito ao juiz conceder o embargo liminarmente ou após justificação prévia.”*

Embargar liminarmente a obra nova neste caso significa evitar a ocorrência de prejuízos maiores na eventual prestação jurisdicional demorada, não só assegurando o direito da parte embargante, mas evitando prejuízos econômicos supervenientes ao próprio embargado, na eventual sucumbência deste.

De outra sorte, nos embargos de terceiros, o art. 1.051 do CPC, prevê hipótese de antecipação de tutela ao embargante:

Art. 1.051 - Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.

Nas ações relativas a vendas com reserva de domínio, o art. 1.071 do CPC. “Art. 1.071 - Ocorrendo mora do comprador, provada com o protesto do título, o vendedor poderá requerer, liminarmente e sem audiência do comprador, a apreensão e depósito da coisa vendida.”

São exemplos em que a antecipação de tutela se justifica pela necessidade de resguardo das próprias relações jurídicas anteriores que ensejaram a legítima produção de títulos em favor de um litigante, justificando-se o provimento antecipatório não como forma de privilégio processual gratuito a uma das partes, mas garantia de presunção de legitimidade de negócios jurídicos aperfeiçoados pelas próprias partes.

Nessa mesma esteira se justifica o instituto da antecipação de tutela nas ações de despejo, não como forma de privilégio processual da parte demandante, mas como forma de resguardo da presunção de legitimidade da relação jurídica anterior e principal que ensejou a locação.

Nos processos cognitivos especiais de alimentos e de interesse público preponderante, como nas ações civis públicas e nos mandados de segurança, respectivamente consoante as Leis n.ºs 7.347/85, 1.533/51, observam-se os mecanismos processuais precursores da antecipação de tutela do art. 273 do CPC.

Aqui, não há de se cogitar resguardo de interesse, ainda que econômico, do próprio demandado (como na nunciação de obra nova), tampouco perigo de consolidação de outros direitos ou situações fáticas de notável dificuldade de reversão (como nas possessórias), ou sequer resguardo da presunção de legitimidade de qualquer relação jurídica anterior (como nas ações de despejo, embargos de terceiro ou demandas afetas a vendas com reserva de domínio). Nota-se aqui a antecipação de tutela pura, que norteou a consolidação do instituto como hoje se afigura, a necessidade de concessão de provimento antecipatório pela notável demora de prestação jurisdicional após ultrapassagem de ritos.

A ação de alimentos preconiza a tutela de urgência na forma dos alimentos provisionais, considerando que se subsiste interesse processual em requerer alimentos e deles depende a própria vida, não seria viável postergar-se a sobrevivência em detrimento do rito processual

Para Ovídio A. Baptista da Silva que o conceito

deriva da própria natureza da obrigação alimentar e de sua intrínseca finalidade. Significa dizer que os alimentos são destinados a atender necessidades primárias e urgentes de subsistência do ser humano, não se compadece a pretensão a alimentos como a delonga atural do procedimento comum.¹⁰

Assim, a tutela de urgência nas ações alimentares decorre da necessidade de manutenção cotidiana da vida humana, não podendo esta esperar a ritualística processual.

O mandado de segurança, regulado a partir do art. 5.º, inciso LXIX da Carta Magna¹¹, é um mecanismo constitucional de correção de ilegalidade ou abuso de poder, ou para obstaculização de iminentes perigos porventura advindos de tais condutas arbitrárias.

A concessão de antecipação de tutela de segurança, assim, constitui uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado, possuindo legitimidade sociológica relevante para garantia do “contrato social”.¹², sendo mecanismo imprescindível para a sociedade liberal.

A eventual demora na prestação de segurança feriria mortalmente a legitimidade do remédio constitucional, sendo imprescindível a fixação abstrata de antecipação de tutela, como forma de controle eficaz da legalidade dos atos administrativos em geral. O que vige aqui é o interesse público e coletivo em garantir a manutenção de um mecanismo ágil de correção e controle de vícios em atos administrativos.

Na ação civil pública, por seu turno, o interesse coletivo se traduz na própria causa de pedir da demanda, merecendo atenção especial quanto à relevância dos interesses ali tutelados.

No Congresso Nacional do Instituto de Defesa do Direito do Consumidor de 2003, realizado em Ouro Preto, o Ministério Público Brasileiro discutiu a imprescindibilidade dos mecanismos de antecipação de tutela, nas ações civis públicas. A reunião temática concluiu que os julgamentos de mérito das ações civis públicas possuem relevância diminuta, diante da imensa importância dos provimentos liminares. Postergar a concessão de liminar em uma ação civil pública significaria, na prática, a própria improcedência da demanda, vez que a metodologia

10 SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Comentários ao Código de Processo Civil. 1985, p. 306.

11 CR Art. 5. 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.

12 Teoria do Contrato Social estabelecida por Jean Jaques Rousseau.

da instrução processual iria fazer com que o processo se rastejasse até uma solução socialmente inadequada, a ser proferida em outra época, em circunstâncias sociais, por vezes, diversas daquela em que a necessidade e utilidade difusa fora levada a efeito.

Obter uma solução social adequada ao tempo e ao espaço em que o interesse processual se configurou é imprescindível às ações civis públicas, antevendo isso, o Legislador optou, pela primeira vez, em adequar o instituto da tutela de urgência ao rito ordinário do processo de conhecimento, já estando consolidadas as tutelas de urgência nas cautelares, nas ações de segurança e em alguns dos procedimentos especiais, como na ação de alimentos. Daí até à alteração do art. 273 do CPC foi somente mais um passo.

4.2 A tutela cautelar

As ações cautelares invocam, por excelência, as tutelas de urgência. São ações preparatórias ou incidentais a outras demandas, cognitivas ou executórias, que visam o resguardo de interesses processuais principais, não se encerrando em si mesmas.

As cautelares sempre visam subsidiar outra demanda, vinculando-se a esta, razão pela qual seus princípios norteadores, por vezes diferem-se daqueles inerentes ao processo cognitivo, tramitando, a partir de sua propositura mediante observância de regras que visam a segurança, não só dos interesses das partes mas do próprio juízo.

Deve-se ressaltar sobremaneira que todas as cautelares se inserem no rol das tutelas de urgência, haja vista o objeto de discussão destes e à luz da celeridade ritualística de cada um de seus procedimentos.

Ademais, esse fato, existe no Direito Positivo Brasileiro uma hipótese genérica, aplicável a todas as cautelares, de antecipação de tutela cautelar.

Na parte geral das ações cautelares, o art. 804 do CPC preconiza a antecipação de tutela cautelar:

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.

Aqui, consoante os princípios norteadores da tutela cautelar subiste uma exceção à regra de impossibilidade de prestação jurisdicional de ofício, pois ao juiz é lícito utilizar-se do poder geral de cautela para assegurar, sob toda e qualquer forma, o exercício da pretensão sobre o direito principal.

Não se trata de atentado ao princípio da inércia, longe disso. A jurisdição preponderante na espécie se dará sobre um direito principal, não sobre a jurisdição cautelar, não havendo de se cogitar reversão no estado de fato da coisa sob litígio, mas resguardo desta para fins de evitar a perda do objeto de uma demanda principal.

Não cabe a este trabalho exaurir as peculiaridades do processo cautelar, mas somente conceituá-lo no rol das tutelas de urgência, como mecanismo hábil de resguardo de relevantes interesses jurídicos, manifestados nos direitos a ser discutidos nas demandas principais a ele vinculados.

5 Conclusão

Para justificar a existência e manutenção legítima do Estado não basta a simples consolidação do monopólio da prestação jurisdicional, mas a manutenção da prestação jurisdicional ágil e eficiente.

O instituto da tutela de urgência surge como mecanismo de aplicação correta do direito, objetivando mitigar distorções inerentes à ritualística metodológica da cognição exauriente, mas proliferou-se pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, de forma indiscriminada, como forma de tentativa de consolidação da agilidade e eficiência exigida pelos jurisdicionados.

Ao invés do Legislador atacar a causa da demora na prestação jurisdicional, preferiu criar, com o instituto da antecipação de tutela, um paliativo para a correção dos efeitos, não só mantendo incólume o problema, mas dificultando ainda mais a solução, pois contra a decisão que defere, posterga, ou nega a concessão de antecipação de tutela são cabíveis múltiplos recursos, que criarão novas demandas, que importarão em outros recursos, que, por fim, abarrotaram de

outras demandas o Poder Judiciário, que, por ausência de meios para apreciação eficaz, postergará ainda mais a jurisdição.

Enquanto a prestação jurisdicional estiver engessada por uma ritualística excessiva, inútil e ineficiente estar-se-á condenando a sociedade a aceitar passivamente a supremacia do mais forte em detrimento do mais justo, pois o Estado, em seu estado de letargia, entorpecido pela pureza de uma ciência processual egocêntrica, jamais logrará prestar jurisdição eficiente a seus indivíduos, sendo insipientes paliativos como a antecipação de tutela.

Diante disso, conceituada a evolução concreta das antecipações de tutela no Ordenamento e determinada a diferenciação da tutela cautelar como modalidade autônoma de tutela de urgência, compete ao operador do direito, no exercício diário de suas atribuições, a utilização correta de tais institutos de relevante contribuição para a correta distribuição da justiça, ciente de utilidade instrumental.

Referências

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Salvador: Podium, 2005.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. São Paulo: Forense, 2003.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROUSSEAU, Jean J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Lejur, 1985.