

Tutela recursal antecipada na apelação

Roy Reis Frieide (*)

Juiz Federal - RJ

Muito embora a expressão tutela recursal antecipada tenha surgido originalmente dentro do contexto das decisões incidentes, associadas ao recurso de agravo de instrumento (no afã de buscar uma alternativa ativa ao efeito suspensivo de índole passiva), dentro de um discutível (mas, pelo menos, razoável) sentido lógico – tendo em vista que, excluída a possibilidade de interposição do *writ of mandamus*, diretamente no tribunal, como ação autônoma de impugnação incidental, não restaria outra alternantiva à parte recorrente para corrigir eventual *error in procedendo* do julgador (não obstante entendemos que se o legislador apenas conferiu, ao recurso de agravo, efeito suspensivo clássico (contra decisões de conteúdo positivo), não deve o intérprete (membro do Judiciário), em sublimine desafio à vontade política do Legislativo, criar figuras processuais alternativas, permitindo aplicar, em casos práticos, o chamado efeito suspensivo ativo), salvo a efetiva aquiescência, ainda que temporária (até a oportunidade da subida dos autos ao tribunal (por ocasião da eventual interposição do recurso final de apelação), considerando, nesta fase, a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar incidente diretamente no órgão *ad quem* (art. 800, parágrafo único, do CPC), no que tange especificamente às decisões de natureza não-terminativa (interlocutória) –, alguns autores, como já afirmamos, tem simplesmente defendido a plena extensão, por derivação analógica, quanto à aplicação desse pseudo instituto processual, abrangendo, desta feita, também as hipóteses de pronunciamentos judiciais que põem termo ao processo, particularmente às decisões definitivas (com julgamento de mérito), proferidas pelo órgão *a quo*, que concluem pela improcedência do pedido autoral.

Nessas situações, entendem estes doutrinadores, sem qualquer compromisso, em nosso entendimento, com a correta exegese das normas processuais vigentes, que a parte autora sucumbente, não satisfeita com as restrições inerentes aos diversos efeitos recursais da apelação, – e desejosa de obter

(*) REIS FRIEIDE é Juiz Federal, ex-Membro do Ministério Público. Mestre e Doutor em Direito, Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Estácio de Sá/RJ e ex-Professor adjunto da Cadeira de Direito Processual Civil na Universidade do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras jurídicas, dentre elas “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica e Tutela Antecipada” (Forense Universitária/3ª ed.), “Liminares em Tutela Cautelar e Antecipatória” (Destaque/2ª ed.) e “Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar” (Del Rey/4ª ed.)

imediatamente (e, conseqüentemente, sem a necessária análise mais aprofundada do juízo de mérito recursal) os efeitos objetivos do deferimento do seu pedido, inicialmente não atendido pelo juízo originário —, deve ter o direito de obter, por vias transversas, e antecipadamente, a tutela meritória negada, em sentença, no 1º grau jurisdicional (e provavelmente também indeferida, por via interlocutória, no que tange à antecipação eventualmente requerida no curso da ação (art. 273 do CPC), e agravada, a seu tempo, sem sucesso), através de uma pretensa antecipação dos efeitos recursais finais, sob os mais variados argumentos.

A verdade, nesta particular temática, todavia, é que, independente de outras considerações inventivas, o chamado efeito suspensivo (inerente a apelação e, agora, a partir do advento da Lei nº 9.139/95, também possível de ser deferido em sede de agravo de instrumento) possui sua específica razão de existência, exatamente na incontestabilidade de se evitar que uma decisão judicial positiva, ainda passível de reexame, possa gerar efeitos, no mundo fático e no mundo jurídico, ocasionando efetivos prejuízos à parte ré, sobretudo quando esta é integrante da chamada Fazenda Pública (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios e entes autárquicos), considerando, neste particular, que seus atos administrativos gozam da presunção *iuris tantum* (relativa) de plena legitimidade, razão pela qual há, inclusive, em relação a mesma, o denominado duplo grau como condição de eficácia da sentença, particularmente quando o pedido autoral, contrário aos interesses da Fazenda Pública, é julgado procedente (art. 475, II, do CPC) para os entes estatais e Medida Provisória nº 1.561/97 (no que concerne às Autarquias).

A pergunta que se faz, neste diapasão, por efeito conclusivo, é exatamente como o julgador, em grau de recurso, deve se pronunciar quando o pedido autoral deve, por qualquer motivo, ser julgado procedente e a sua eventual improcedência pode potencialmente acarretar prejuízos de impossível ou de difícil reparação.

Nesses casos — é importante observar —, de forma diametralmente oposta à tese central alternativa que combatemos, a questão não é mais de natureza cognitiva (e, portanto, não pode ser considerada, neste aspecto, como uma questão básica de antecipação de tutela), e, sim, de índole cautelar, posto que o que está em jogo é, em última análise, a plena inteireza (efetividade) do pronunciamento judicial meritório último e, nesse sentido, há várias soluções processuais, previstas expressamente pelo legislador ordinário, que vão desde o ajuizamento, pela parte interessada, de uma ação cautelar preparatória (antecedente ao processo principal onde se discutirá o *merito cause*), passando pela possibilidade de ajuizamento de uma ação cautelar incidente no juízo originário, e mesmo chegando na hipótese de uma ação cautelar incidente, ajuiz-

zada diretamente no tribunal (art. 800, parágrafo único, do CPC), após a eventual interposição do recurso próprio de apelação, sem falar na possibilidade alternativa, em situações excepcionabilíssimas, de ajuizamento da denominada ação autônoma de impugnação mandamental, dotada de medida acautelatória, em forma de procedimento liminar.

“Processo Civil, Mandado de Segurança, Sentença proferida em 1º Grau, Medida Cautelar, Art. 800 do CPC, Cabimento.

1 — O ordenamento jurídico quis dar aos juízes condições de evitar que um dano se concretize em face da morosidade do processamento da Apelação.

2 — É inadmissível, após a reforma processual, a exposição do jurisdicionado ao chamado ‘Limbo Processual’. Situação que se caracterizava por um bloqueio, imposto às partes, na comunicação entre esta e o Poder Judiciário, pelo simples fato de não haver, mercê da temporária ausência de autos nos quais peticionar, meio algum para se obter ou ver restabelecida perante o juízo *ad quem* a tutela preventiva idônea para resguardar o bem da vida exposto a risco.

3 — Assim se estará agindo no mesmo vetor da proteção perseguida em 1º Grau, ou seja, tudo em prol da efetividade da tutela jurisdicional, sem nenhum prejuízo à celeridade do processo.

4 — Agravo Regimental parcialmente provido, apenas para determinar o processamento da cautelar.” (TRF/3ª Região, AGRMC 03083584, 6ª I/SP, DJ 6.3.96, relatora juíza Marli Ferreira, unânime).

“Com a reforma da legislação processual civil, introduziu o legislador a medida cautelar, a ser requerida diretamente ao Tribunal, depois da interposição do recurso (CPC, Artigo 800, parágrafo único, na redação da Lei nº 8.952/94), inexistindo razões para que não se admita também em mandado de segurança. A cautelar, no caso, não será incidental a causa principal, mas ao recurso, que é regulado pelo Código de Processo Civil” (IRF/3ª Região, MC 03039745, 4ª I/SP, DJ 18.3.97, relator juiz Homar Cais, unânime).

“Processual Civil. Medida Cautelar.

Sendo evidente a fumaça do bom direito e o perigo da demora processual, pelo dano irreparável a ser causado ou de difícil reparação, há de se julgar procedente Medida Cautelar incidente sobre Recurso Especial.” (STJ, MC 0000250, 1ª I/DF, DJ 14.10.96, relator Ministro José Delgado)

Não há, pois, como justificar (sob a ótica da imperativa necessidade), neste aspecto — em sublime desafio aos limites da correta hermenêutica processual —, a criação interpretativa de verdadeiros mecanismos alternativos para se obter, por vias transversas, o que, *prima facie*, já é possível de se obter pelos

meios processuais ordinários (expressamente estipulados pela lei vigente). Entender de forma diversa é, por esta razão, em última instância, procurar argumentos díspares para legitimar uma capacidade legislativa que o intérprete da lei (como aplicador último da mesma), em essência, não possui, por não ter sido outorgada, expressa ou tacitamente, pelo agente do Poder Constituinte, no momento da elaboração das regras de competência constitucional.

Ademais, o instituto da tutela antecipada, criado e concebido no âmbito específico da atuação criativa do legislador (como representante incontestante das aspirações populares (ou seja, do titular do Poder Constituinte), se encontra, pelo mesmo (em face de sua inegável competência constitucional), indistintamente restringido a um escopo próprio de atuação que se traduz, exatamente, na possibilidade de se adiantar o provimento jurisdicional, exclusivamente, com relação ao bem jurídico que se visa tutelar, não sendo, possivelmente, por efeito consequente, qualquer ampliação do mecanismo processual em questão (sem a prévia e necessária autorização legislativa) que, de algum modo, possa vir a descaracterizar os objetivos confessados do instituto *sub examen*.

“A antecipação da tutela jurisdicional, instituto novo trazido ao nosso ordenamento processual civil através da Lei nº 8.952/94, dando nova roupagem ao art. 273 do CPC, tem por escopo adiantar o provimento jurisdicional com relação ao bem jurídico que se visa tutelar. O referido dispositivo encontra-se disciplinado no Código de Processo Civil no Livro I, sob o título “Do Processo de Conhecimento”, não podendo, pois, a medida ser deferida após a entrega definitiva da prestação jurisdicional, em face da ausência de interesse processual na sua obtenção. Agravo provido” (TRF/3ª Região, AG 03025483, 1ª I/SP, DJ 17.6.97, Relator Juiz Sinval Antunes, unânime).