

**MEDIDAS CAUTELARES, ANTECIPATÓRIAS E DE URGÊNCIA NO
PROCESSO DE AMPARO¹**

PROVISIONAL INJUNCTIONS IN THE “AMPARO” PROCESS

Roberto Omar Berizonce

Professor Extraordinário Emérito e Diretor do Instituto de Direito Processual da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (UNLP). Email: rberizonce@lpsat.com.
Artigo recebido em 02/10/2014 e aprovado em 29/11/2014.

Resumo: A partir da evolução operada nas clássicas medidas cautelares até as denominadas genericamente tutelas antecipatórias, satisfativas e de urgência, na jurisprudência e em consonância com a legislação comparada, analisa-se a intensidade do fenômeno que conduziu à proliferação de cautelares materiais e, em certos casos, ao deslocamento e até a substituição do processo de amparo. Defende-se, finalmente, uma apropriada articulação de tais medidas com o amparo de modo a salvaguardar sua essência e função jurisdicional.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Medidas antecipatórias. Medidas urgentes. Processo de amparo.

Abstract: From the traces developments from classic precautionary measures to guardianships generically called anticipatory satisfiable and urgency in consonance with jurisprudence and comparative law, we examine the intensity the phenomenon that has led to the proliferation of protective materials, certain assumptions, the movement and to the

¹ BERIZONCE, Roberto Omar. Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. In: ALVIM, Eduardo Arruda *et al.* (Coord.). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei n.º 12.016/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 515-533. ISBN 978-85-7700-325-9. Traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz. Professor substituto de Prática Jurídica Cível da UFRJ, mestre em Direito Processual pela UERJ, especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio e advogado no Rio de Janeiro.

replacement of amparo proceeding. It advocates, finally, a proper articulation of such measures with the protection of safeguard its essence and judicial functions.

Keywords: Precautionary measures. Anticipatory actions. Urgent measures. Under Process.

Sumário: I. O amparo como tutela urgente e sua frustração prática. II. O fenômeno da transformação das medidas cautelares e sua projeção como tutelas materiais urgentes, antecipatórias e satisfativas. III. As medidas de urgência (tutelas antecipatórias temporárias e materiais) no amparo e a proteção diferenciada dos direitos fundamentais. IV. Interlúdio. A lei brasileira de mandado de segurança n.º 12.016 de 7 de agosto de 2009. V. A articulação das medidas de urgência (tutelas antecipatórias temporárias e materiais) com o processo de amparo. VI. Referências bibliográficas.

“... buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado en su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitable experiencia que se cuele y escapa de las fronteras –al menos las establecidas– de las clásicas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal”.

(Morello, 1992:314)

I. O amparo como tutela urgente e sua frustração prática

Na Argentina, foi no âmbito singular e restrito do processo de amparo que as medidas urgentes em geral encontraram ampla acolhida. Fenômeno que não deixa de resultar paradoxal ante a natureza de “recurso simples e rápido”, “efetivo” para a tutela dos direitos de origem constitucional que se adjudica ao amparo; que, por si só, constitui um remédio urgente. A realidade de sua prática frequentemente exhibe, sem embargo, a flagrante contradição de procedimentos que dilatam de modo exasperante a definição através da sentença e, mais ainda, seu efetivo cumprimento.

Precisamente, reagindo contra esse estado de morosidade judicial, destacou a CSN argentina que compete aos juízes buscar soluções que se conciliem com a urgência que têm as pretensões, para o que devem canalizar os trâmites por vias expeditas e evitar que o rigor das formas possa conduzir à frustração de direitos que contam com tutela de ordem constitucional (doct. de Julgados, 327:2177 e suas citações; 327:2413, 2510); jurisprudência que resulta particularmente aplicável no caso em que se trata de amparar os direitos fundamentais à vida e à saúde, se o autor leva mais de quatro anos e meio litigando na via de amparo².

Destacou o Alto Tribunal que o objeto da demanda de amparo é a tutela imediata dos direitos acolhidos pela Constituição, que não devem resultar ilusórios ou inefetivos. O amparo procura uma proteção expedita e rápida que emana diretamente da Constituição e obriga os juízes a examinar as alegações de transgressões manifestas dos direitos e, em tal caso, expedir as ordens conducentes à cessação do prejuízo denunciado, ideia central que subjaz no art. 43, CN³. Trata-se, então, de uma verdadeira e típica *tutela processual diferenciada*, se bem que defeituosa, na prática, como sistema protetor⁴. Esse modo singular de atuar da jurisdição, mais que declarar o direito, faz fidedigna uma realidade, utilizando, para isto, vias processuais rápidas e expeditas. O juiz dará amparo através de uma sentença mandamental⁵, exercendo a função protetora toda vez que, de maneira inicial, aprecie que, no caso, estão presentes os pressupostos; observada a razão jurídica, não se a concederá, mas, pura e simplesmente, se a protegerá⁶.

² CSN, 8-4-08, U. 30.XLII, “*Unión de Usuarios y Consumidores c. Cía. Euromédica de Salud s/Amparo*”.

³ CSN, 30-9-2008, “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Prov. de Salta. Ministerio de Empleo y la Producción”, Fallos 331:2119; La Ley, 2008-F, 93.

⁴ ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2009, p. 485, 491 e s.

⁵ A doutrina brasileira se ocupou profusamente do conceito de sentença mandamental: BATISTA DA SILVA O., Curso de Processo Civil, Porto Alegre, 1990, p. 247 e s. BARBOSA MOREIRA J.C., Mandato de segurança - uma apresentação. In: Temas de Direito Processual, Sexta Série, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 208-209; id., A sentença mandamental. In: Temas de Direito Processual. Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 53 e s.

⁶ RIVAS A.A., *El amparo*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, pp. 41-44. No mandado de segurança brasileiro, a sentença mandamental é reconhecida por sua particular “força” e eficácia, uma ordem que impõe que seu destinatário deva atender, imediatamente, o que o juiz manda, para assegurar sua operatividade em concreto. O juiz ordena e não simplesmente condena e nisto reside - sustenta O. BATISTA DA SILVA - a diferença em relação às sentenças próprias do processo de conhecimento (Curso de Processo Civil, ob. cit., p. 247). No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 655.

A seguir, depois de perfilar a evolução operada desde as clássicas medidas cautelares até as denominadas genericamente tutelas antecipatórias e satisfativas, temos que nos deter em um mostruário abarcador das mencionadas tutelas urgentes, tal como se exhibe na jurisprudência, com as conseguintes críticas que se levantam. Por último, temos que deixar plantadas algumas alternativas úteis para articular tais medidas no âmbito do processo de amparo, para a melhor salvaguarda do devido processo.

II. O fenômeno da transformação das medidas cautelares e sua projeção como tutelas materiais urgentes, antecipatórias e satisfativas

As medidas urgentes se tornam impescindíveis, então, no típico processo de urgência do amparo. Não somente pela habitual dilatação do resultado final, mas, essencialmente, pela necessidade, quase sempre imperiosa, de antecipar, ainda que a título interino e provisório, o bem da vida tutelado por um direito fundamental, que se mostra flagrantemente violado quando daquela situação de insatisfação do direito deriva inevitavelmente um dano irreparável para seu titular, pelo perigo iminente de que a providência chegue tardiamente e, com isto, se torne inútil o resultado da jurisdição⁷.

O direito comparado exhibe com nitidez o fenômeno da expansão das clássicas medidas cautelares⁸ e sua transmutação como verdadeiras tutelas urgentes, antecipatórias e satisfativas⁹. Vislumbra-se a superação e o transbordamento dos limites tradicionais que comprimem as cautelares, e a paralela admissão de novas ou, caso se queira, expandidas tutelas para materializar a adiantada satisfação, em todo ou em parte, do direito substancial

⁷ RENGEL ROMBERG A., *Medidas cautelares innominadas*, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, Madrid, 1990, pp. 488 e s. DE LAZZARI E. N., *La cautela material*, J.A., 1996-IV, p. 651. BERIZONCE R. O., *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Buenos Aires, 1999, p. 481 e s.

⁸ Uma sinopse comparativa sobre as medidas cautelares ou provisionais no amparo, abarcativa das legislações iberoamericanas, pode ser vista em "*El derecho de amparo en el mundo*". H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor, coord., Porrúa, México, 2006, pp. 1250-1252, obra de A. HERRERA GARCIA.

⁹ BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2008-1, pp. 513-516, com ampla bibliografia. LAFUENTE TORRALBA A.J., *La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional...* In: Rev. de Processo, RePro, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2008, nº 156, pp. 77 e s.

que se invoca e aparece revestido de suficiente força de convencimento¹⁰. Uma tendência que se espelha nos ordenamentos jurídicos mais recentes¹¹.

À luz da experiência argentina, pode-se afirmar que, em verdade, pouco importa, porque resta defeituosa, qual seja a roupagem debaixo da qual a medida de urgência se insere: cautelar, autônoma, antecipatória, satisfativa, urgente. Para além das precisões de que a doutrina tratou com dificuldade¹², certo é que as decisões judiciais frequentemente eludem pragmaticamente as categorizações cujas fronteiras aparecem desvanecidas, quando não se entrincheram naquelas típicas medidas cautelares ampliando sua efetividade concreta.

Assim, a CSN preferiu considerá-las medidas cautelares típicas ou inominadas, aplicando o art. 232 CPCN, descartando a caracterização de “autossatisfativas”. Habitualmente as caracterizou como cautelares inovadoras, sustentando que é de sua essência enfocar suas projeções, enquanto durar o litígio, sobre o fundo mesmo da controvérsia, seja para impedir o ato ou levá-lo a cabo, porque tais medidas são destinadas a evitar a produção de situações que poderiam se tornar de muito difícil ou de impossível reparação na oportunidade da prolação da sentença definitiva¹³.

III. As medidas de urgência (tutelas antecipadas temporárias e materiais) no amparo e a proteção diferenciada dos direitos fundamentais

¹⁰ MORELLO, A.M., *Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas en Acceso al Derecho Procesal Civil*, A. M. Morello director, Lajonane, Buenos Aires, 2007, v. II, pp. 883 e s. RIVAS A.A., *Medidas cautelares*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 24 e s.

¹¹ THEODORO JUNIOR H., Tutela antecipada. Evolução... In: Rev. de Processo, RePro, cit., 2008, nº 157, pp. 130 e s., onde é realizada uma profunda análise comparativa destacando-se a evolução do direito brasileiro. GARCIA MEDINA J.M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER T., *Proceso civil moderno...*, ob. cit., v. 1, p. 186 e s..

¹² Como assinala FALCON, a questão da tutela antecipada está contaminada com indefinições e confusões (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 2a. ed., v. III, p. 175). Acerca dos critérios utilizados pela CSN para classificar os diversos casos: ROJAS J. A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 472 e s. Sobre a evolução operada a partir da concepção dogmática das medidas cautelares e a distinção entre medidas antecipatórias preliminares e materiais ou definidoras ou satisfativas: BERIZONCE R.O., *Tutela anticipada y definitiva en Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo Perrot-LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 e s.

¹³ Julgados 324:2042; 325:2367; 326:970, entre outros.

Seja como for, e ainda que em um cenário de “confusão” dogmática, vale bastante a pena percorrer as tendências jurisprudenciais que afloram em tão fértil terreno, suas linhas principais e, ainda, seus meandros. Desenvolvimento que resultará mais frutífero a partir de uma classificação em atenção aos bens jurídicos tutelados de modo preferencial¹⁴, para, ao final, formular algumas conclusões acerca das principais tendências.

1. Direito à saúde.

Estando em jogo o *direito à saúde*, sustentou o mais Alto Tribunal da Nação que, havendo os pais de uma menina incapaz solicitado uma medida cautelar, não se pode deixar de lado, mesmo nesta etapa “larval”, a índole e a transcendência dos direitos em jogo, nem o espírito mesmo da legislação respectiva, pois a vida é o primeiro direito da pessoa humana, reconhecido e protegido pela Lei Fundamental, a que corresponde a edição de medidas de urgência, no curso da ação de amparo, para que o Estado Nacional e uma província provejam a um menor deficiente a medicação necessária para remover um risco de vida, por meio da ameaça de astreintes¹⁵.

- ou tratando-se de um menor deficiente, para enfrentar os gastos de sua reabilitação, se tal medida é a única suscetível de cumprir com a proteção provisional do direito invocado¹⁶.
- no caso de necessidade de fornecimento de medicamentos oncológicos, obrigação de caráter claramente alimentar, e ante o alto grau de vulnerabilidade do requerente¹⁷; ou outro tipo de medicamentos específicos cuja carência põe em risco a vida do paciente¹⁸.
- o fornecimento de tratamento médico e de órteses necessários a quem carece de renda e de cobertura de obra social, sob a ameaça de astreintes¹⁹.

¹⁴ BERIZONCE R.O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, RDP, 2008-2, p. 35 e s.; idem, *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 15e s..

¹⁵ CSN, 24-4-03, Julgados, 326:1400; A Lei, 2003-D, p. 261; DJ, 2003-2, p. 511. No caso, a título de medida cautelar inovadora; no mesmo sentido, Julgados, 325:2367; 326:970; 30-9-08, I., C.F. c. Prov. Bs. As.

¹⁶ CNFed. C y C, Sala III, 23-9-03, A Lei, 2003-F, p. 671, com citação do art. 230 ins. 2º e 3º CPCN. Em sentido similar: CN Fed. C y C., Sala I, 10-12-02, DJ, 2003-2, p. 98.

¹⁷ CSN, 24-4-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Prov. de Bs. As. y Estado Nacional”. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-6-01, El Der., v. 196, p. 443.

¹⁸ Cam. Fed. La Plata, Sala III, 19-3-02, LLBA, 2002- 1111. Foi concedida a título de medida cautelar inovadora. Igualmente a título de medida autossatisfativa, se o PAMI não entregou a medicação para tratar a leucemia do afiliado (Juzg. Crim. y Correc. Transición Quilmes, 14-9-01, J.A., 2001-IV-458).

- ou para o fim da provisão de um marcapasso para um paciente com sérios riscos cardíacos²⁰.
- ou o fornecimento imediato de uma cadeira de rodas requerida pelos pais de um menor de idade que padece de problemas de saúde e carece de cobertura médica²¹.
- ou caso se trate de prestações por incapacidade, se o peticionário padece de doenças e afecções de ordem espiritual que requerem atenção urgente e que poderiam agravar-se²²; ou caso se peticione a provisão de um transmissor especial para um menor de nove anos que padece de uma hipoacusia profunda congênita²³.
- ou caso se justifique cuidado o delicado estado de saúde da autora cuja doença reveste uma gravidade tal que resulta incapacitante²⁴.
- ou a cobertura de um tratamento com a finalidade de induzir a ovulação²⁵.
- ou a promovida a título de medida autossatisfativa, prevista no CPC de Corrientes, para que se obrigue a Província a internar em um hospital público e a oferecer tratamento neuropsiquiátrico adequado a quem padece de alcoolismo crônico e outras doenças, agravado pela situação de indigência, vivendo na rua, ante a negativa que alega insuficiência de leitos no nosocômio²⁶.
- ou a medida autossatisfativa, peticionada por uma médica a fim de preservar a vida e a saúde de um menino com o urgente comparecimento a um hospital a fim de que seja

¹⁹ CSN, 12-7-01, Fallos, 324:2042.

²⁰ CSN, 25-3-03, Julgados, 326:970; La Ley, 2003-E, p. 305; enquadrada como cautelar inovadora Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-4-02, LLBA, 2002, p. 842; El Der., v. 198, p. 112, donde foi considerada como "autossatisfativa"; veja-se a respeito SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.

²¹ CSN, 18-12-03, "S., E.G. c. Prov. de Bs. As. y otro", Julgados, 326:4963.

²² CNFed. C y C, sala de feria, 22-1-02, La Ley, 2002-A, p. 857; DJ, 2002-1, p. 304. Em suposto similar: CNC, Sala A, 8-4-03, La Ley, 2003-C, p. 345.

²³ CNCivil, Sala B, 18-7-03, El Der, v. 206, p. 147. Em sentido similar quando se tratava da cobertura de baterias e cabos necessários ao funcionamento do implante coclear realizado (CN. Civ. Sala F, 16-7-03, DJ, 2003-3- 680).

²⁴ CNFed. C y C, Sala I, 1-7-04, DJ, 2005-2, p. 151.

²⁵ (24) CNCom., Sala D, 13-8-02, J.A., 2003-II, p. 403, com nota de Guillermo F. PEYRANO. O de um tratamento de fertilização assistida: CNCC Fed., Sala III, 19-5-2009, "B., M.N. y otro c. D.A.S.P. Congreso Nac."

²⁶ Juzg. Civ. y Com. N° 6, Corrientes, 8-12-08, LL Litoral, 2009, p. 141, con nota de M.S. MIDON.

realizado um exame sorológico do vírus HIV, e dos vírus das Hepatites B e C, para que, no caso de ser positivo, seja oferecido tratamento, ante a negativa de seus pais portadores de HIV e a mãe, ademais, Hepatite C positivo²⁷.

- ou, tendo em conta a delicada situação de vulnerabilidade em que se encontra uma menor grávida e seu grupo familiar e o risco que para sua saúde psíquica representa a continuidade da gravidez, o parto e a maternidade, resulta procedente disponibilizar medidas de proteção tendentes a garantir contenção e apoio à menor, e os recursos necessários para assumir a responsabilidade por uma pessoa por nascer²⁸.

Sem que a incompetência do juiz resulte óbice para a imposição da medida, concorrendo razões de urgência grave por encontrar-se comprometido o direito à vida do peticionário por sua necessidade de alimentos²⁹. Ainda corresponde habilitar a esfera judicial quando das circunstâncias relatadas pela requerente evidencia-se um caso de urgência que não admite demoras³⁰. Sem que seja obstáculo, havendo-se requerido a intervenção da CSN em via originária, que esteja pendente o pronunciamento acerca de sua própria competência³¹.

Todavia, havendo-se admitido a procedência do amparo coletivo deduzido por médicos de um hospital público – o Hospital Materno Infantil de Salta – e por duas associações profissionais contra a Província de Salta, a fim de que seja fornecida uma solução às graves insuficiências de infraestrutura, equipamento e recursos humanos que sofria o hospital³²; frente a uma ação similar, promovida por um grupo de médicos dependentes do Ministério da Saúde da província de Buenos Aires, foi ordenado, com

²⁷ T. Coleg. Familia Nro. 5, Rosario, 1-8-08, Z., A. y otro). LL Litoral 2008 (octubre), p. 1028, julgado 5907. Igualmente, ante a iminente cessação do serviço médico assistencial prestado por uma obra social a uma menor dependente de oxigênio, com o conseqüente risco de vida, resulta procedente ordenar que a obra social continue prestando o serviço até que o Ministério da Saúde proveja o necessário para preservar a saúde do paciente (Trib. Flia. N°3, L. de Zamora, 21-5-99, J.A., 2002-II-393).

²⁸ JFamilia N°1, Mendoza, 16-9-2008, “B., L. A.”, Sup. Const. A Lei, 2008 (octubre), p. 69, julgado 112.984.

²⁹ CSN, 7-3-06, Fallos, 329:548, com suas citações. J. Garantías La Plata N° 2, 15-1-02, LLBA, 2002-209.

³⁰ JN Fed. Seg. Social N° 9, 30-7-04.

³¹ CSN., “Salas D. y ot c. Prov. Salta y Estado Nacional, s. amparo”, 29-12-08, A Lei, 2009-C, 472, com nota de DI PAOLA M.E., y ESAIN J., *La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño*.

³² CSN, 31-10-06, A Lei, 2006-F, 507, com nota de C. PIZZOLO, *La salud pública como bien colectivo*.

caráter de medida cautelar, e com base no art. 22, inc. 3, C.Cont. Adm., ao referido Ministério, que no prazo de vinte e quatro horas garantisse a efetiva prestação do serviço de terapia intensiva de um hospital de La Plata, com a provisão de oito médicos especialistas em terapia intensiva pediátrica e vinte e quatro enfermeiros com suficiente idoneidade; sob ameaça de *astreintes*, fazendo pessoalmente responsável o funcionário remisso, solidariamente com o Ministério da Saúde provincial, e sem prejuízo das ações penais que pudessem surgir³³.

2. Direito à provisão de alimentos e, em geral, ao asseguramento de condições dignas de subsistência.

O direito à provisão de alimentos e, em geral, ao asseguramento de condições dignas de subsistência, tem sido atendido, também, através de medidas urgentes e antecipatórias. A própria CSN acolheu cautelares satisfativas em numerosas oportunidades – se bem que sem rotulá-las desse modo – para condenar o Estado provincial e a Municipalidade correspondente a prover os alimentos necessários para assegurar uma dieta que cubra as necessidades nutricionais básicas e para que fossem realizados controles sobre a evolução da saúde dos requerentes³⁴. O Alto Tribunal acolheu também a título de medida cautelar urgente a solicitada pelo Defensor do Povo da Nação para que o Estado Nacional e a Província de Chaco fornecessem água potável e alimentos às comunidades indígenas que habitam nessa província, assim como um meio de transporte e comunicação adequados, a cada um dos postos sanitários³⁵.

³³ Juzg. Cont. Adm. N° 1, La Plata, 29-5-08, LLBA, febrero 2009-38 e s., con nota de J.I. y L.G. BARRAZA. Conf.: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 468 e s. Em sentido contrário, no marco de um amparo coletivo que perseguia que se declarasse inaplicável e inconstitucional a prática ministerial de repartir dispositivos intrauterinos para evitar as gravidezes, sobreveio improcedente a medida cautelar que pretendia que se ordenasse a proibição de venda, comercialização, distribuição e indicação terapêutica dos aludidos dispositivos, já que o pretendido excede o limitado marco cognoscitivo das medidas cautelares (Cam. 2a. Civ. y Com., Córdoba, 22-10-08, LLC, 2009-183).

³⁴ Julgados, 329:549, 553 y 2759; A Lei, 2006-E, 149.

³⁵ D. 587. XLIII. Originario, 18-09-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nac. y otra (Prov. De Chaco) s/proceso de conocimiento”; se bem que se tratava de uma ação coletiva a que se conferiu trâmite de proceso ordinário.

Igualmente, no contexto de um amparo coletivo promovido contra a Província de Buenos Aires e a Municipalidade de La Plata por várias associações civis de tutela dos direitos das crianças, corresponde adotar uma medida cautelar de caráter positivo para oferecer urgente proteção e resguardo às crianças e adolescentes que se encontram em situação de rua – “meninos de rua” –, tendente a fortalecer e impulsionar a plena execução de distintos programas desenhados pelo Ministério do Desenvolvimento Social provincial, já que se encontra configurado o perigo da demora em tanto, se não for adotada uma medida de resguardo, os menores que atualmente se encontram fora dos programas e medidas continuarão expostos a todo tipo de riscos, sem contenção alguma, nem recursos, vivendo em via pública; tudo sob ameaça de astreintes que devem ser impostas à pessoa do funcionário remisso³⁶. De fato, parcialmente descumprida a ordem, efetivou-se a sanção, ordenando a retenção de \$800 diários de toda remuneração recebida pelo ministro provincial da área e de \$200, em relação ao secretário correspondente da Municipalidade; prevendo-se que, em caso de persistir o descumprimento por um prazo superior a trinta dias, as sanções pecuniárias serão estendidas aos titulares do PE e da comuna³⁷.

3. Direitos sociais em geral, do trabalho e o seguro social

Em matéria de direitos sociais em geral, foi fornecida a tutela cautelar no âmbito do amparo para ordenar a restituição de fundos provenientes de uma indenização por despedida, ante a precariedade da situação do reclamante que padecia de desemprego e enfermidade sem cobertura médica, tratando-se de um depósito bancário alcançado pelo decreto 1570/01³⁸.

Ou tratando-se de direitos provisionais, atento à sua natureza alimentar e às particulares circunstâncias pessoais do requerente que teve de cessar suas funções por padecer de grave incapacidade de caráter permanente, com a conseguinte situação de

³⁶ Juzg. Cont. Adm., Nº 1, La Plata, 10-11-08, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, fasc. 3, p. 330 e s., com nota de I. A., D'ARGENIO, *Un deber básico de la función jurisdiccional: asegurar el real acceso a los derechos sociales*.

³⁷ Resolução de 7-5-09 [em linha] [Data de consulta 18 mai. 2009] Disponível em: <http://www.eldial.com.ar/eldialexpress/>

³⁸ Cam. Fed. La Plata, Sala III, 14-2-02, LLBA, 2002 p. 485. No caso, como medida inovadora.

desamparo, corresponde acolher a medida cautelar prevista no art. 22 do *Cód. Contenc. Adm.* provincial e ordenar ao Instituto do Seguro Social que pague as mensalidades correspondentes ao benefício pretendido³⁹.

Igualmente, a avançada idade do autor e seu grave estado de saúde permitem ter por acreditado o perigo da demora para o fim da prolação de uma cautelar inovadora no amparo em que se questionava a constitucionalidade do corte da aposentadoria, e ordenar à ANSES que deixe sem efeito a redução para as parcelas subsequentes⁴⁰.

Ou corresponde suspender com caráter cautelar o desconto realizado pelo Instituto de Previdência Social provincial sobre os benefícios previdenciários dos amparistas, de modo a reduzi-los e a reduzir o saldo devedor, questionado por violação do princípio da legalidade⁴¹.

Ou também resulta procedente a cautelar inovadora requerida pela mãe de um menor para que se ordene sua inscrição como integrante do programa de chefes e chefas de família desocupados – dec. 565/02 –, ainda quando tenha vencido a data limite para ingressar no mesmo⁴².

Ou deve dar-se lugar à medida cautelar solicitada e ordenar-se à Municipalidade que garanta, ante a existência de um foco infeccioso, o traslado da família autora a um lugar com condições higiênicas sanitárias de habitabilidade – no caso, uma menor padece de uma enfermidade provocada por Hantavirus⁴³.

Uma típica medida satisfativa é a que se propõe no âmbito do amparo contra a resolução 96 da ANSES pela qual se produziu o desdobramento do cronograma de pagamentos de benefícios previdenciários; sem embargo, não é procedente no caso em que foi deduzida quatro dias depois da data em que devia receber-se o benefício conforme o cronograma original e dado que o monte a receber pela autora, equivalente a seis vezes o salário médio da economia nacional, não se encontra acreditado que a prorrogação da data

³⁹ SCBA, 13-4-99, El Der., v. 182, p. 1115; causas B-57513, 27-12-96; B-58.760, 9-12-97, A Lei, 1988-B, p. 502; Ac. 96.844, 4-10-06.

⁴⁰ T. Crim. Necochea Nº 1, 3-11-02, LLBA, 2002, p. 847, mesmo tratando-se de um tribunal incompetente para decidir o amparo. Em sentido similar: ST Chaco, 11-2-09, A Lei Litoral 2009, p. 517.

⁴¹ J. Contencioso Administrativo, Mercedes Nº1, 31-5-04, A Lei 2004-F, 474.

⁴² JN Fed. Seg. Soc. Nº9, 30-7-04.

⁴³ J. Contencioso Administrativo Nº 1 Zárate-Campana, 28-5-04, Supl. Adm. La Ley, agosto, 2004, p. 76.

de pagamento – uma semana –, gere à demandante consequências de gravidade tal que a impedissem de se adaptar à nova situação apresentada⁴⁴.

4. Direito à educação

O asseguramento do direito à educação foi o fundamento para decretar a título de medida cautelar o ingresso imediato de uma menor no estabelecimento educacional no qual se lhe havia negada a renovação de matrícula, por encontrar-se em estado de gravidez, e até que se proferisse decisão definitiva no amparo ajuizado⁴⁵.

Igualmente procedente resulta a medida cautelar solicitada pelos pais de uma menina deficiente com o fim de que o Instituto de Obra Médico-assistencial da Província de Buenos Aires assumia, de forma provisória, a cobertura integral da prestação educativa que aquela recebe em uma escola especial⁴⁶.

5. Direito à tutela ambiental

À tutela ambiental se reconhece tratamento preferencial, com a particularidade de que, nessa matéria, a procedência de medidas cautelares e antecipatórias foi sustentada, principalmente, no princípio da precaução, que indica que todo dano à saúde ou ao meio ambiente deve ser evitado ou minimizado através de medidas de caráter preventivo, tendentes a restringir as atividades cujas consequências, para as pessoas ou para o meio ambiente, sejam incertos, mas potencialmente graves – art. 4, LGA⁴⁷. Assim, tratando-se da medida cautelar solicitada pelos vizinhos de um bairro a fim de que se ordene que cessem as obras destinadas à instalação de uma antena de comunicações móveis que não

⁴⁴ CNSeg. Social, sala III, 8-3-95, ED, 162-72.

⁴⁵ ST Formosa, 29-3-00, A Lei, 2000-C, p. 577.

⁴⁶ CSN, 30-9-08, “I., C.F. c. Prov. de Buenos Aires”. En sentido similar: T. Col. Flia. N°5, Rosario, 7-11-08, A Lei Litoral, 2009, p. 511.

⁴⁷ CF La Plata, Sala III, 25-10-07, La Ley, 2008- E, 602, com nota de A. ARANCET. SCBA, 19-5-98, “Almada H. c. Copetro S.A.”, LLBA, 1998, p. 1314.

havia sido autorizada e que se encontra em uma zona urbana e nas cercanias de um jardim de infância⁴⁸.

Ou bem no caso da cautelar de proibição de inovar peticionada pelos amparistas afetados pelos trabalhos de construção de uma linha de alta tensão do eletroduto Piedra del Aguila-Abasto, ante a possibilidade de um impacto negativo no meio ambiente da região serrana e que a alteração do meio seja, em alguns casos, de impossível restauração⁴⁹.

Ou, a título de cautelar, em um amparo tendente a paralisar definitivamente obras empreendidas em uma zona de reserva ecológica, se abstenha a Municipalidade demandada de autorizar ou realizar trabalhos consistentes no corte e na poda de espécies arbóreas e na alteração substancial do solo no prédio afetado, sem que, para tanto, se produza o informe circunstanciado⁵⁰.

Ou no caso emblemático em que foram suspensos os efeitos das resoluções administrativas que autorizavam a caça de golfinhos-de-commerson⁵¹. É que, ainda que excepcionalmente, resulta procedente dentro da ação de amparo a prolação de medidas cautelares de não inovar ou a suspensão dos efeitos do ato⁵².

A própria CSN, pendente a decisão sobre a procedência de sua intervenção na instância originária, na ação de amparo promovida por um grupo de pessoas, comunidades indígenas e outras associações contra a Província de Salta e o Estado nacional, para que se dispusesse a cessação imediata e definitiva dos desmontes e cortes indiscriminados dos bosques nativos situados em dita província e a restituição e o restabelecimento do ambiente ao estado anterior, ou a indenização substituta correspondente, decretou, a título cautelar urgente e com base no princípio da precaução – art. 4, da Lei 25.675 –, o cessamento de maneira provisória de tais práticas; sem prejuízo de dispor sobre o comparecimento das

⁴⁸ CF La Plata, Sala III, 25-10-07, cit.

⁴⁹ CF B. Blanca, 17-3-99, J.A., 1999-III-247; ED 183-969.

⁵⁰ SCBA, 19-3-03, J.A., 2004-II-327.

⁵¹ JNF Contenc. Adm. N°2, 22-3-83, A Lei, 1983-D, p. 568. N.T.: O “golfinho-de-commerson”, cujo nome científico é *Cephalorhynchus commersonii* é conhecido, na Argentina, como “tonina overa”.

⁵² CNF Contenc. Adm., Sala I, 23-4-98, A Lei, 1998-E, p. 530.

partes à audiência pública fixada para esse fim e ordenar informes a cargo do Estado demandado em relação às autorizações administrativas em questão⁵³.

6. Direitos de consumidores e usuários de serviços públicos

Os direitos de consumidores e usuários de serviços públicos têm recebido também tutela diferenciada em matéria de medidas urgentes. Assim, resulta procedente a medida cautelar inovadora pedida no âmbito de uma ação de amparo por usuários do serviço de água potável para que a concessionária restabeleça o fornecimento interrompido e se abstenha de realizar novos cortes em relação aos autores, já que a água potável é um elemento indispensável para a vida e a saúde das pessoas, direitos que têm raiz constitucional⁵⁴.

Ou corresponde dispor, no âmbito do amparo ajuizado por um usuário de uma rodovia sujeita à concessão, a fim de prevenir o acontecimento de novos acidentes e a título de medida cautelar genérica inovadora, que a empresa concessionária instale semáforos nos cruzamentos, construa acostamentos, coloque em funcionamento os equipamentos de iluminação já existentes, construa redutores de velocidade e coloque indicadores horizontais aéreos sobre ambas as mãos de direção, advertindo-se claramente os transeuntes sobre a periculosidade dos cruzamentos referidos⁵⁵.

Ou é igualmente procedente a cautelar solicitada pelo Defensor do Povo em uma ação de amparo, a fim de que se requirite a diversas companhias de telecomunicações móveis, que restabeleçam o serviço na Província de Formosa e informem sobre as circunstâncias que impossibilitam o acesso ao sinal de diversos usuários, toda vez que do informe realizado pela polícia se adverte que o estado de prestação do serviço de telefonia celular reveste, na Província, o caráter de péssimo ou inexistente⁵⁶.

⁵³ CSN, “Salas D. y otro c. Prov. de Salta y Estado Nacional s/amparo”, 29-12-08, cit. Sobre a importância do pronunciamento neste caso se sustenta o princípio da precaução como base para conceituar a verossimilhança do direito e o novo rol que, correlativamente, cabe atribuir às medidas cautelares em matéria ambiental: DI PAOLA M.E., e ESAIN J., ob. e lugar cit.

⁵⁴ CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 18-9-01. LLBA, 2001-1374.

⁵⁵ JFed. Junín, 20-8-98, JA, 2001-II-193, com nota de C.A. Ghersi.

⁵⁶ JFed. Formosa Nº1, 25-8-05, La Ley, 2005-E, p. 687, com nota de M.G. Gelcich.

Ou corresponde dar lugar à medida cautelar solicitada por um usuário de energia elétrica afetado e uma associação civil no amparo coletivo contra o Estado Nacional e o Entre Provincial Regulador de Energia de Tucumán, alegando a arbitrariedade dos incrementos tarifários; e, conseqüentemente, ordenar a suspensão da executoriedade da resolução administrativa impugnada, devendo a empresa prestadora refazer a totalidade dos boletos emitidos e, também, compensar os pagamentos de faturas já realizados pelos usuários⁵⁷. Em sentido similar, foi acolhida cautelar inovadora no âmbito de um amparo coletivo contra a Província de Corrientes, ordenando ao ente de energia local que procedesse a uma nova liquidação dos períodos questionados, abstendo-se de proceder ao corte dos fornecimentos ante a falta de pagamento⁵⁸.

7. Algumas tendências

O mostruário anterior permite vislumbrar certas tendências que resulta útil destacar. Em primeiro lugar, que a proliferação das cautelares materiais de todo tipo, que são consagradas sob distintos rótulos e nem sempre atendendo a conceituações corretas, constitui um fenômeno notoriamente em expansão que se verifica, em geral, em todo tipo de processo como produto de decisões pretorianas, e não obstante a ausência de normas específicas. Trata-se de poderes genéricos dos juízes de exercício discricionário, ainda que não arbitrário, fora dos casos que a lei prevê – por exemplo, alimentos provisionais (art. 375, C. Civil); interditos de recobrar (art. 616 CPCN), exclusão do lar conjugal (art. 231, C. Civil), proteção das pessoas em geral (arts. 234, 235, §2º, CPCN; Lei 26.061)⁵⁹, violência familiar (lei 24.417, art. 4)⁶⁰, etc.

⁵⁷ Juzg. Fed. N°2, Tucumán, 18-2-09, La Ley, 2009-B, p. 390, com nota de LAFUENTE J.A., Uma sentença sobre aumentos de tarifas.

⁵⁸ Juzg. Civ. y Com. N°8, Corrientes, 17-3-09, com nota de M.S. MIDON, *El amparo colectivo para la defensa de los derechos individuales homogéneos...* In Rev. de Doct. y Jurisp. Santa Fé, ed. Jurid. Panamericana, 2009.

⁵⁹ FALCON E.M., ob. cit., v. III, p. 220 e s.

⁶⁰ Ob. cit., p. 230.

Em segundo lugar, que tais cautelares materiais – antecipatórias e excepcionalmente satisfativas – constituem uma técnica processual particularmente apropriada para a tutela dos direitos fundamentais de proteção preferente⁶¹.

Por último, que operam no processo de amparo individual ou coletivo com força decisiva, ao ponto que, em numerosos casos, tendem a deslocá-lo ou até substituí-lo.

IV. Interlúdio. A lei brasileira do mandado de segurança n.º 12016, de 7 de agosto de 2009

No Brasil, a lei 12.016 dispõe sobre o mandado de segurança individual e coletivo, substituindo a normatização anterior (lei 1533/51 e modificações) ⁶². Dentre as principais inovações que introduziu⁶³, e, no que aqui interessa, estabelece certas restrições às tradicionais medidas liminares, que não serão concedidas quando tenham por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias ou bens provenientes do exterior, assim como para pagamento de qualquer natureza (art. 7º, III, §2º); proibição que se estende aos casos de antecipação de tutela (§5º). Igualmente notável resulta a regulamentação do mandado de segurança coletivo (arts. 21 e 22).

A medida liminar é concedida sempre inaudita parte no provimento inicial, salvo no mandado coletivo onde somente pode-se outorgar depois da audiência da pessoa jurídica de direito público (art. 22, §2). O poder do juiz não está limitado à suspensão do ato impugnado; pode ditar medidas ativas, de antecipação da tutela, sempre que resulte indispensável para a efetividade do direito invocado. Como se assinalou⁶⁴, o que autoriza o art. 7º, III, é um provimento de amplo espectro, que tanto pode configurar uma medida

⁶¹ BERIZONCE R.O., Tutelas procesales diferenciadas, ob. cit., pp. 15, 49 e s.

⁶² Resulta tarefa impossível referir à muito extensa bibliografia sobre o mandado de segurança. Destacamos, não obstante, por todos: BUZAID A., *Do mandado de segurança*, Saraiva, São Paulo, 1989. BARBI C.A., *Do mandado de segurança*, Forense, 7ª. ed., R. de Janeiro, 1993. ARRUDA ALVIM, *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2002.

⁶³ THEODORO JUNIOR H., O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, ed. Forense, R. de Janeiro, 2009, p. 60 e s.. Certas regulações da nova lei, sem embargo, carecem da efetividade das recentes reformas do CPC (p. 65 e 66).

⁶⁴ THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 24-25.

cautelar, como também uma satisfativa, capaz de esgotar, inclusive, o objeto da pretensão, como, por exemplo, excepcionalmente, a ordem de provisão de medicamentos.

A liminar implica, quase sempre, uma antecipação de tutela de caráter provisório e temporário, pois seus efeitos não vão além da sentença (art. 7º, §3º). Sem embargo, está sujeita a extinção por decaimento decretável de ofício ou a requerimento do Ministério Público, sempre que, depois de concedida, o próprio solicitante criar obstáculo à marcha normal do processo, ou deixar de instar, por mais de trinta dias úteis, os atos e diligências que lhe corresponderem (art. 8º). Ademais, a liminar pode ser suspensa em seus efeitos, “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”, quando for requerido pela pessoa jurídica de direito público interessada (art. 15).

No mandado de segurança coletivo, a liminar somente pode ser decretada com prévia audiência da pessoa de direito público interessada, para cujo fim se despacha, na primeira providência, intimação para que se manifeste a respeito em prazo peremptório (art. 22, §2). Entretanto, a jurisprudência flexibilizou tal exigência, antes mesmo da lei 12.016, possibilitando, em casos excepcionais, sua expedição *in inaudita parte* quando for necessário para salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional⁶⁵.

Na avaliação crítica da lei 12.016 se tem sustentado que, em alguns aspectos,— por exemplo, antecipação da tutela, força executiva da sentença — esta trouxe reformas mais tímidas que as recentes do CPC. De todo modo, a garantia do processo justo e a natureza constitucional do mandado de segurança impõem uma interpretação integradora para o enriquecimento do *mandamus* renovado, mediante a aplicação subsidiária das regras do processo comum⁶⁶. Como aspectos positivos, se destacam entre outros, as previsões tendentes a acelerar os desenvolvimentos litigiosos, estabelecendo prazos peremptórios para os atos a cargo dos representantes das pessoas jurídicas estatais, e também para as comunicações internas da administração.

V. A articulação das medidas de urgência (tutelas antecipatórias temporárias e materiais) com o processo de amparo

⁶⁵ THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 56-57.

⁶⁶ THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 65-66.

a. As técnicas de simplificação e sumarização da cognição que sustentam a denominada genericamente tutela antecipatória e os processos urgentes em geral procuram assegurar a eficácia em concreto da prestação jurisdicional; e ao mesmo objetivo tendem, entre outras, as estruturas monitorias, a decisão antecipada da lide e a execução provisória da sentença⁶⁷. São todos mecanismos simplificadores tendentes a superar as dilações do processo comum. Trata-se, como se tem destacado com referência ao direito brasileiro⁶⁸, de um significativo núcleo de práticas processuais que tem a finalidade preponderante de sumarizar o *iter* procedimental e possibilitar que a tutela jurisdicional seja prestada em caso de urgência.

O amparo, por sua vez, mesmo admitindo-se que constitui um remédio urgente, principal e não subsidiário, está articulado como um processo de cognição abreviado⁶⁹, de modo que o tempo que normalmente consome termina por desvirtuá-lo, afastando-o das soluções que são requeridas em situações de extrema urgência. Precisamente por isto, as cautelares antecipatórias têm absorvido, de certo modo, o amparo, no sentido de que, naquelas situações, a sorte da pretensão cuja tutela se persegue é jogada nessa instância imediata da cautelar antecipatória, que se abastece de uma cognição mais ou menos superficial, epidérmica, de fato subsumida na urgência. O pronunciamento, mesmo provisório, é diretamente operativo e executável⁷⁰. E, nesse cenário, o trâmite do amparo

⁶⁷ Acerca dos benefícios sociais que traz a execução provisória da sentença na Espanha, veja-se o magnífico estudo de RAMOS ROMEU F., *¿Es deseable favorecer la ejecución provisional en Realismo jurídico y experiencia procesal?* M. Serra Domínguez (Liber Amicorum), Atelier Barcelona, 2009, pp. 989 e s.

⁶⁸ GUMERATO RAMOS G., *Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC...*, en VI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Inst. Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009, p. 583 e s.

⁶⁹ MONROY PALACIOS J.J. sustenta que, nos processos de tutela jurisdicional de urgência, confluem a sumarização cognitiva e a sumarização procedimental. A primeira alude à possibilidade de que se ditem resoluções de atuação imediata, sem necessidade de se chegar a um conhecimento pleno do conflito; a segunda se refere à abreviação dos prazos, limitação dos meios probatórios, concentração dos atos processuais e outras técnicas (*La tutela procesal de los derechos*, Palestra, Lima, 2004, pp. 194-195). A mesma virtualidade têm de fato as liminares no mandado de segurança brasileiro. Como se tem destacado, as medidas de urgência, sejam cautelares ou antecipatórias, integram a tutela jurisdicional como condição de sua efetividade e são proferidas em caráter provisório e temporário (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 25, 28).

⁷⁰ A mesma virtualidade tem de fato as liminares no mandado de segurança brasileiro. Como se tem destacado, as medidas de urgência sejam cautelares ou antecipatórias, integram a tutela jurisdicional como condição de sua efetividade e são proferidas em caráter provisório e temporário (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., p. pp. 25, 28).

opera como uma espécie de processo de cognição posterior, para a salvaguarda da garantia do contraditório.

b. Ainda que os resultados concretos de semelhante quadro costumem ser frutíferos, há de convir-se que se está desvirtuando, por desvalorização, o marco do amparo⁷¹ e, por outro lado, assoma, a sobreatuação das medidas de urgência – temporárias e mesmo satisfativas –, com deterioração frequente da garantia da defesa da demandada.

c. Faz-se necessário, então, buscar uma mais adequada articulação que, respeitando as particularidades conceituais de cada uma, permita, sem menoscabo da celeridade exigida pelas situações de urgência, tornar efetiva a garantia da defesa.

No amplo menu das técnicas de simplificação e sumariedade da cognição já aludidas se destacam os processos de estrutura monitoria e os processos urgentes em suas diversas variáveis. Da combinação articulada de alguns ou vários deles hão de surgir fórmulas para abastecer “um recurso simples e rápido”, “efetivo”, expedito, ágil e simples, para a tutela dos direitos fundamentais.

Em verdade, a busca de mecanismos articulados para o logro do objetivo de amparar os direitos fundamentais em tempo razoável se erige em exigência frequentemente pouco menos que insuperável, quaisquer que sejam os sistemas. O caso espanhol é paradigmático, se bem que sua articulação responde a bases constitucionais próprias, distintas das nossas. Como é sabido, compete ao Tribunal Constitucional o conhecimento dos recursos de amparo (art. 53.2, 161, b., Constituição Espanhola), depois de ter sido proposta a questão perante os tribunais ordinários e quando a decisão tenha sido desestimatória, com o que se estabeleceu um sistema misto presidido pelo princípio da subsidiariedade⁷². Sem embargo, o sistema conduziu ao colapso do Tribunal Constitucional, pelo exponencial incremento dos recursos de amparo, o que motivou que a LOTC n.º 6/2007 reformasse o art. 241 da LOPJ, restringindo o trâmite de admissão de tais recursos, ampliando as causas de inadmissão por razões de fundo. Por seu lado, as vias ordinárias prévias de restabelecimento dos direitos fundamentais, articuláveis mediante o incidente de nulidade de atuações do mencionado art. 241, foram alteradas, pois se

⁷¹ O próprio mandado de segurança, se afirmou, pode ser considerado superado pelo núcleo de técnicas processuais formado pelos art. 273, 461 e 461-A do CPC brasileiro. Em todo caso, o mandamus coexiste com dito núcleo (GUMERATO RAMOS G., ob. cit., p. 584-587).

⁷² LOTC n.º 2/1979, art. 43, 44 y conc.; CASCAJO CASTRO J.I y GIMENO SENDRA V., El recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1985 pp. 81 y ss., 146-147.

ampliaram os motivos que habilitam a via incidental. Além dos defeitos de forma que tenham causado carência de defesa e a incongruência do julgado, o incidente deve ser promovido como instância ordinária prévia necessária toda vez que se denuncie a “vulneração de qualquer direito fundamental”. Desse modo, e mais além das dúvidas que surgem na doutrina⁷³, parece claro que a LOCT n.º 6 se propôs a estabelecer uma nova configuração ao amparo, articulando de um modo original as previsões constitucionais e legais com a finalidade declarada de tornar útil, em concreto, o remédio ágil e simples que por definição constitui o amparo.

d. A essência do amparo, como se sustentou⁷⁴ é a de ser uma modalidade específica de atuação da jurisdição protetora, que, mais que declarar, torna fidedigna uma realidade, utilizando vias processuais rápidas e expeditas. Por isso, caso se busque em suas fontes, se advertirá que não se pretendeu constituí-lo como um processo dirimente declarativo dos direitos em disputa, senão como uma instância protetora dos direitos e garantias⁷⁵, através de um processo urgente e ante a evidência dos fatos.

Nesse entendimento, uma das possibilidades seria articulá-lo como uma estrutura semelhante ao processo monitorio⁷⁶, de modo que acreditados os pressupostos de certeza pela evidência dos fatos e a liquidez dos direitos violados, se habilite, sem mais, o despacho do mandado protetor e sua execução; sem prejuízo da ulterior procedência do contraditório restringido, toda vez que medeie oposição do demandado. Segundo o tipo de defesa que se oponha, corresponderá ao juiz determinar o trâmite de conhecimento ulterior. Alterar-se-ia, desse modo, a sequência conhecimento-execução do regime vigente por uma inversa que implique proteção-conhecimento, de modo a conceber um verdadeiro processo contraditório que não acabe desvirtuado pela concessão da antecipação jurisdicional⁷⁷.

⁷³ BACHEMAIER WINTER L., *La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones*, Rev. Der. Proc., Madrid, 2007, pp. 49 y ss. YELAMOS BAYARRI E., *El incidente del actual art. 241 LOPJ.. en Realismo jurídico y experiencia procesal*, M. Serra Domínguez (*Liber amicorum*), ob. cit., p. 1079 e s.

⁷⁴ RIVAS A.A., *El amparo*, ob. cit., pp. 41-44.

⁷⁵ ROJAS J.A., *Un nuevo “molde” para el amparo*, RDP, N°5, 2000, pp. 72-73.

⁷⁶ ROJAS J.A., ob. cit., pp. 74 y ss.; id., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 519-525, donde se desarrolla

de lege ferenda, la ley por hacer, proponiendo los diversos estadios de una estructura especial.

⁷⁷ ROJAS J.A., ob. cit., pp. 80-81. Apresentada a contestação, o processo a suscitar-se deve restringir-se ao máximo possível, evitando todo tipo de discussão sobre a causa que tenha gerado os fatos em que se sustenta

e. Se o amparo, com mais razão a partir de sua elevação à Constituição, tem uma autonomia técnico-funcional plena e principal⁷⁸, resulta claro que as medidas cautelares urgentes não podem substituí-lo nem esgotá-lo. Em princípio, a salvaguarda plena do direito fundamental somente se logra mediante o amparo, pelo que seu exercício não pode ser substituído por uma medida cautelar⁷⁹.

Isto não pode ser óbice, sem embargo, ao ajuntamento entre ambos, imprescindível para assegurar o melhor rendimento da tutela protetora. E, nesse sentido, outra opção seria a regulação das medidas antecipatórias e satisfativas dentro do próprio regime do amparo, como o faz a recente lei brasileira do mandado de segurança, de 2009, se bem que com os necessários condicionantes e contrapesos⁸⁰.

Nesse terreno, seria útil incorporar tanto as antecipatórias como as satisfativas, desenhando o âmbito específico de cada uma. Com o esclarecimento de que as últimas – “autossatisfativas” – por requererem a demonstração da evidência⁸¹ dos fatos, viriam a sobrepor-se ao próprio amparo⁸². É que, pela sua própria natureza, não são acessórias de outros processos, mas se esgotam em si mesmas, com a condição de que, salvo casos excepcionais, seu pedido seja processado e julgado com a contestação.

o mandado protetor, despachando-se dentro de prazos breves e peremptórios. O pronunciamento revestirá unicamente coisa julgada formal, de modo que poderá ser revisado a requerimento de qualquer das partes em juízo de cognição plena (p. 84-85).

⁷⁸ Daí que, segundo reiterada jurisprudência da CSN, a ação de amparo não atua como uma simples medida de não inovar, não é uma ação que se esgota no entrave de uma medida precautória (Julgados 244:68, 245:11, 252:301, entre outros).

⁷⁹ MORELLO A. M., e VALLEFIN C. A., *El amparo, Régimen procesal.*, LEP, La Plata, 2004, 5ª. ed., pp. 385-386.

⁸⁰ Assim, quando regula os requisitos de procedência (art. 7º; III) impõe a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (art. 22, §2º); faculta ao juiz, excepcionalmente, exigir caução, fiança ou depósito do impetrante (art. 7º, § 3º, in fine); veda a concessão da liminar em certos casos taxativos (art. 7º, §2º); admite a suspensão de seus efeitos em resguardo dos interesses gerais (art. 15); impõe ao solicitante o ônus de instar o trâmite do principal em termos peremptórios, uma vez deferida a liminar, em resguardo do princípio da boa-fé (art. 7º, §3). Conf.: THEODORO JUNIOR H., ob. cit., p. 23-30.

⁸¹ FALCON, E. M., *Código Procesal...*, ob. cit., v. III, p. 185-188. Para uma visão comparativa dos diversos ordenamentos provinciais que regulam as medidas “autossatisfativas”: ROJAS J.A., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., p. 256 e s.

⁸² Daí que a medida adotada a título de “autossatisfativa”, se no amparo mediou ulterior oposição da demandada, fica liberada à decisão final que, se desestima o amparo, produz a decadência daquela. (SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.). Conf.: ROJAS J.A., ob. cit., pp. 405 e s.

Seja qual for o caminho que, em definitivo, seja adotado – articulação como uma particular estrutura monitoria ou bem com a inserção preceptiva das medidas antecipatórias e satisfativas –, se haverá avançado para eliminar as inumeráveis dúvidas que complicam o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de questões assaz complexas que comprometem a efetividade da “garantia das garantias”.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM. Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- _____. Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- BACHEMAIER WINTER, L. “*La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones*”. *Revista de derecho procesal*. Madri, 2007 -1- 49 e s.
- BAPTISTA DA SILVA, O. *Curso de Processo Civil*. Fabris, Porto Alegre, 1990.
- BARBI, C. A. *Do mandado de segurança*. 7. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. “Mandato de segurança. Uma apresentação”. In: *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. Saraiva, São Paulo, 1997.
- _____. *A sentença mandamental*. In: *Temas de Direito Processual*. Sétima Serie. Saraiva, São Paulo, 2001.
- BERIZONCE, R. O. *Derecho procesal civil actual*. Abeledo-Perrot, Platense. Buenos Aires, 1999.
- _____. *Tutela anticipada y definitiva*. En *Derecho procesal civil actual*. Abeledo Perrot – Platense, Buenos Aires, 1999.
- _____. *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*. *Revista de Derecho Procesal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008 -2-, 35-47.
- BIAVATI, P. *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*. *Revista de Derecho Procesal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008 -1-, 513-516.
- BUZAID A. *Do mandado de segurança*. Saraiva, São Paulo, 1989.
- CASCAJO CASTRO, J. I y GIMENO SENDRA, V. *El recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1985.

DE LAZZARI, E. N. “La cautela material”. *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1996 IV-651-665.

FALCON, E. M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2a. ed. Vol. III. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

FIX-ZAMUDIO, H. Y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) *El derecho de amparo en el mundo*. Porrúa, México, 2006.

GARCIA MEDINA, J. M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. “Processo civil moderno”. En: ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 12a. ed. Vol. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

GUMERATO RAMOS, G. “Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC”. In VI Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009.

LAFUENTE TORRALBA A. J. “La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional”. *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008 -156-: 77 e s.

MONROY PALACIOS, J. J. *La tutela procesal de los derechos*. Palestra, Lima, 2004.

MORELLO, A. M. “La cautela material”. *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1992-IV-314-318.

_____. “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas”. En *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Lajonane – Platense, Buenos Aires, 2007.

MORELLO, A. M. y VALLEFIN, C. A. *El amparo. Régimen procesal*. 5a ed. Platense, La Plata, 2004.

PELLEGRINI GRINOVER, A. “Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e não fazer”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1996 (333), 11 e s.

RAMOS ROMEU, F. “¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?”. In: Serra Domínguez, M. (*Liber amicorum*) *Realismo jurídico y experiencia procesal*. Atelier, Barcelona, 2009.

RENGEL ROMBERG, A. *Medidas cautelares innominadas*. *Revista universitaria de derecho procesal*. UNED, Madrid, 1990 -4-, 488 e s.

RIVAS, A. A. *El amparo*. La Rocca, Buenos Aires, 1987.

Medidas cautelares. Lexis Nexos, Buenos Aires, 2007.

ROJAS, J. A. *Sistemas cautelares atípicos*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

_____. “Un “nuevo molde” para el amparo”. *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000 -5-, 63-85.

THEODORO JUNIOR, H. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Forense, Rio de Janeiro, 2009.

_____. “Tutela antecipada. Evolução”. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 (157), 130 e s.

YELAMOS BAYARRI, E. “El incidente del actual art. 241 LOPJ”. In: Serra Domínguez, M. (*Liber amicorum*) *Realismo jurídico y experiencia procesal*. Atelier, Barcelona, 2009.