

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

KLEUBERTH OLIVEIRA COSTA

**TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO**

São Luís  
2015

KLEUBERTH OLIVEIRA COSTA

**TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. José Edilson Caridade Ribeiro

São Luís

2015

Costa, Kleuberth Oliveira.

Tutela antecipada contra o poder público / Kleuberth Oliveira Costa.  
— São Luís, 2015.

65 f.

Orientador: José Edilson Caridade Ribeiro.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Tutela antecipada. 2. Poder público. 3. Suspensão da medida – Fazenda Pública. 4. Cabimento. I. Título.

CDU 347.951.3:35

**KLEUBERTH OLIVEIRA COSTA**

**TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade Federal do  
Maranhão para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

---

Prof. Msc. José Edilson Caridade Ribeiro (Orientador)

---

1º Examinador

---

2º Examinador

São Luís

2015

Dedico esta obra aos meus pais, José Costa e Helena Oliveira, maiores bens que possuo neste mundo, pelos incansáveis esforços que fizeram em tentar me proporcionar uma vida digna e pela educação e incentivo a mim oferecidos.

## **AGRADECIMENTOS**

Antes de tudo, agradeço a Deus pela vida, pela saúde, pela paz interior, pela maravilhosa família, pela oportunidade e pelas inúmeras outras bênçãos que diariamente me concede. Agradeço ainda aos meus pais, José Costa e Helena Oliveira, exemplos de pessoa, e que nunca deixaram de me oferecer a melhor educação possível; aos meus irmãos, Kátia, Katiane, Katilene, Kleusones, Katileide, Juliana e Ivan, pelos incentivos, e por entender e respeitar a minha ausência nos eventos da família durante a confecção deste trabalho; aos demais parentes, e aos amigos, notadamente Marcio e Jefferson, pela força, pelos livros oferecidos e pelos conhecimentos disponibilizados. Não posso esquecer ainda de agradecer ao nobre Professor José Edilson Caridade Ribeiro, que não mediu esforços em prontamente nos atender quando solicitamos a sua colaboração como orientador do presente trabalho, e pelos notáveis ensinamentos a mim ofertados; e ainda a todos os demais professores do curso, com quem muito tive a honra de aprender. Por fim, agradeço ainda a minha namorada Suzane, pela paciência e pelos momentos juntos que tivemos de abdicar para que o trabalho pudesse ser produzido. A todos, o meu muito obrigado!

## RESUMO

A presente obra tem o escopo de abordar a questão do deferimento da antecipação da tutela contra a Fazenda e a própria previsão de suspensão desta quando for deferida contra o Poder Público, prevista nas leis 8.437/92 e 9.494/97, principalmente diante das inúmeras garantias e prerrogativas que assistem ao Estado no sistema processual brasileiro, como por exemplo, o direito à dilatação dos prazos processuais a seu favor (CPC, art. 188) e a não incidência dos efeitos da revelia (CPC, art. 320, inciso II), assim como, da incidência do princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório a que são submetidas as sentenças proferidas contra o Estado, e o pagamento das obrigações dos débitos estaduais através da ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Antes, é claro, para melhor entendimento da matéria, se abordaram as principais características da tutela antecipada, seu conceito, hipóteses de cabimento, os requisitos exigidos, a diferenciação desta da tutela cautelar, e a própria fungibilidade entre as medidas; passando em seguida a, superficialmente, ser comentado sobre o novo tratamento dado à tutela antecipada pelo novo Código de Processo Civil, que passará a vigorar no ano vindouro, tratando-se por fim da tutela antecipada contrária ao Poder Público, tema central do trabalho.

Palavras-chave: Deferimento da tutela antecipada. O Poder Público como parte. Suspensão da medida contra a Fazenda Pública. Cabimento.

## **ABSTRACT**

This work has the scope to address the issue of granting of advance protection against the Treasury and the suspension forecast itself this when granted against the Government, provided by the laws 8.437/92 and 9.494/97, mainly in view of the numerous guarantees and prerogatives of the State in the Brazilian legal system, such as the right to dilation of procedural deadlines to your advantage (article 188, CPC,) and the non-levy of the effects of default (article 320, section II, CPC), as well as the incidence of the principle of two levels of compulsory jurisdiction to which they are subjected to judgments against the state, and the payment of obligations of state debts through the chronological order of presentation of writ. Before, of course, for better understanding of the matter, they addressed the main features of the preliminary injunction, its concept, hypothesis pertinence, the requirements, the differentiation of the injunctive relief, and the very fungibility between measures; then moving on to superficially be commented about the new treatment of the preliminary injunction by the new Civil Procedure Code, which will become effective in the coming year, in the case by order of the preliminary injunction against the government, central theme of work.

**Keywords:** Granting of injunctive relief. The Government as part. Suspension of the measure against Public Finance. Suitability.

## SUMÁRIO

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	9
2. COMENTÁRIOS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA.....	11
2.1 A tutela antecipada e a efetividade do processo.....	11
2.2 Quando utilizar a tutela antecipada?.....	12
2.3 Conceito e introdução do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro.....	14
2.4 Tutela antecipada e tutela cautelar: Dispositivos distintos.....	16
2.5 Requisitos para a concessão da medida.....	19
2.5.1 Requerimento da parte.....	20
2.5.2 Antecipação <i>ex officio</i> .....	21
2.5.3 Antecipação total ou parcial.....	22
2.5.4 Em caso de urgência.....	24
2.5.4.1 Prova inequívoca da verossimilhança das alegações.....	24
2.5.4.2 Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.....	25
2.5.4.3 Reversibilidade do provimento jurisdicional.....	26
2.5.4.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade.....	28
2.5.5 Em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório.....	29
2.5.6 Em caso de incontrovérsia.....	32
2.5.7 Nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.....	34
2.6 Fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.....	35
3. TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC.....	38
4. TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO.....	44
4.1 Significação do termo 'liminar'.....	45
4.2 O Estado em juízo.....	46
4.3 O pedido de suspensão.....	48
4.4 Referência a conceitos jurídicos indeterminados.....	49
4.4.1 A ordem pública.....	49
4.4.2 A economia pública.....	52
4.4.3 A segurança pública.....	54
4.4.4 A saúde pública.....	55
4.5 O reexame necessário, a ordem dos precatórios e a prevalência dos direitos fundamentais.....	57
5. DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES.....	62

REFERÊNCIAS.....	64
------------------	----

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A demora em se conseguir do Poder Judiciário uma efetiva tutela jurisdicional foi um dos principais pontos que motivaram o estudo e a confecção do presente ensaio. Mas não apenas a demora em si, pois esta, como se verá, presentes alguns requisitos estabelecidos em lei, autorizam a concessão da tutela antecipada, que nada mais é do que a antecipação dos frutos da sentença para uma fase anterior àquela em que normalmente tais frutos estariam aptos a ser usufruídos. A questão principal levantada é se tal medida é cabível quando no outro lado da demanda está o Poder Público.

O questionamento se levanta em virtude de inúmeras garantias e prerrogativas que assistem o Estado no sistema processual brasileiro, como por exemplo, o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar nas ações em que são parte, e o especial regime de pagamentos dos débitos oriundos de condenações judiciais, realizado apenas após o trânsito em julgado e por meio de precatórios.

A questão se torna ainda mais duvidosa quando nos deparamos com normas que simplesmente proíbem a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, caso da lei 9.494/97, que determina a aplicação dos artigos 1º, 3º e 4º da lei 8.437/92 à tutela antecipada.

Aliás, esta última não apenas proíbe a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, mas vai além, ao amparar a suspensão da execução de medida liminar movida contra o Poder Público, estando presentes determinados pressupostos, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, o que denota ainda mais a relevância do tema.

Para tanto, iniciamos a abordagem sobre o assunto analisando as principais características da tutela antecipada, apresentando um conceito, as hipóteses de cabimento, os requisitos, diferenças entre esta e a tutela cautelar e a fungibilidade entre ambas as medidas.

No tópico seguinte, abordamos o novo tratamento dado à tutela antecipada operado pela reforma do sistema processual civil brasileiro através da lei 13.105, de 16 de março de 2015, que passará a vigorar a partir de 15 de março de 2016, estabelecendo o novo Código de Processo Civil Brasileiro, trazendo

importantes mudanças para a órbita processual, notadamente no que diz respeito à maior celeridade do processo.

No item seguinte, iniciamos o tratamento sobre o tema objeto do nosso trabalho, a tutela antecipada contra o Poder Público, onde analisamos o pedido de suspensão de liminar contra a Fazenda e os principais fundamentos que amparam tal pedido, quais sejam, a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, além de examinar outros aspectos que operam obstáculos à concessão da antecipação tutelar contrária ao Estado, como o reexame necessário e o regime de precatórios, finalizando com a reflexão dos pontos abordados com os direitos fundamentais.

O trabalho não apresenta quaisquer tipos de aprofundamentos sobre os pontos em estudo, tendo-os abordado apenas superficialmente, podendo talvez essa análise mais acurada ser realizada em futura obra por nós assinada. Esta, porém, pretende apenas reunir em um único volume as abordagens que entendemos mais apropriadas para a matéria em questão, talvez até mesmo despertando no caro leitor o interesse e a curiosidade sobre assunto de tamanha relevância. Esperamos, pois, atingir tal intento.

## 2. COMENTÁRIOS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA

### 2.1 A Tutela antecipada e a efetividade do processo

O termo 'processo' deriva do latim *procedere*, que quer dizer “andar”, “avançar”, dando a ideia de evolução. Ele surgiu em determinada época da evolução do homem para que o Estado, encarregado de zelar pela paz social, pudesse solucionar os conflitos de interesses. Gustavo Bohrer Paim (2012, pág. 19) diz que “O processo não esgota o seu ciclo de vida em um único momento, mas destina-se a se desdobrar ao longo do tempo, tendo uma duração própria, irreduzível porque fisiológica”.

O tempo, aliás, possui uma profunda e intrínseca relação com a vida humana e sua história, bastando lembrar para refletir tal pensamento que, sem aquele, nada haveria destas últimas. Com a ciência do direito não é diferente, pois que também é indissociável do tempo.

Este, a propósito, reflete um dos mais sombrios traços do direito, principalmente em face do clamor dos litigantes por uma célere prestação jurisdicional, realidade que não compactua com os extensos e duradouros processos forenses, garantida constitucionalmente, através do art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Política, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa desarmonia não é peculiar dos tempos modernos, surgindo talvez com a própria origem do direito, mas apenas recentemente denotamos uma considerável majoração desse desagradável aspecto.

Não bastasse isso, considere as diferenças entre as diversas causas levadas à apreciação do Poder Judiciário, umas em que prevalece uma análise mais aprofundada das peças do processo, que se mostra mais complexo, e outras em que o rito processual reclama uma resposta mais célere, diante da urgência da necessidade, para plena satisfação do jurisdicionado.

Nesse contexto, o professor Gustavo Bohrer Paim (2012, pág. 16 e 17) ensina que,

“A rigidez de um procedimento regulado de maneira uniforme para todas as causas possíveis teria o grande inconveniente de não se prestar a satisfazer a contemporânea exigência de uma acurada e exauriente análise, que é especialmente sentida em certas causas mais complexas e difíceis, nem a exigência de uma rápida resolução, que prevalece nas causas mais simples e urgentes. (...)”

Por esta mesma razão, deve-se refutar a generalização de procedimental, (...) porque estão presentes incontáveis situações de urgência a demandar tratamento e rito especial, visando à concretização do bem da vida pleiteado. (...)”

Assim, deve haver um equilíbrio capaz de propiciar condições harmônicas tanto para as situações que exigem uma celeridade maior como para aquelas que demandam uma salutar meditação do julgador”.

Diante disso, o estudo da tutela antecipada se recheia de peculiar importância, em face da incessante busca do Estado-juiz em poder oferecer de modo efetivo a plena garantia dos direitos fundamentais às partes envolvidas, e mostra-se como um dos instrumentos para o alcance de tal mister.

Em realce à ideia, Paim (2012, pág. 20 e 21) chancela que,

“para que caminhemos com maior vigor e efetividade em direção à celeridade da prestação jurisdicional, a técnica da sumarização procedimental mereceria um estudo mais aprofundado, a fim de que se viabilizasse uma aplicação maior dos procedimentos sumários, fator essencial para a solução social dos complexos litígios da sociedade moderna... De um ponto de vista teórico, o direito à proteção jurisdicional provisória decorre diretamente da proteção de se fazer justiça de mão própria, justiça privada. Assim, a organização dos procedimentos provisórios aparece como uma necessária contrapartida à vedação da autotutela, juntamente com a constatação de que a proteção jurisdicional é exercida no decurso do tempo”.

## 2.2 Quando utilizar a tutela antecipada ?

Um dos principais problemas enfrentados por aqueles que buscam o judiciário brasileiro para a resolução dos seus conflitos é, sem dúvida, o da morosidade da justiça. A lentidão da resposta do judiciário às causas levadas a sua apreciação é algo que incomoda e causa transtornos irreparáveis aos cidadãos, notadamente àqueles que menos podem suportar com tal demora. São raras as pessoas que nunca viram ou ouviram alguém dizer que deixou de buscar a justiça

para a solução de seus problemas em virtude da descrença que tem de obter uma decisão rápida e satisfatória.

Diante do que foi dito, a justiça civil foi considerada, por muito tempo, elitista, tendo em vista que onerava com a sua demora, principalmente, os menos abastados, aqueles que menos podiam arcar com a lentidão do processo. Diferentemente destes, os endinheirados sempre tiveram acesso aos 'agrados da lei', utilizando do seu poder para, sorrateiramente, buscar medidas que melhor atendessem a seus interesses. Assim, as partes eram tratadas de modo desigual.

Sobre o assunto, o professor Luiz Guilherme Marinoni (2011, pág. 22) relata que:

“A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.

Curiosamente, o procedimento ordinário clássico (sem liminar ou tutela antecipatória) jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta, patrocinando o *lobby*, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para a tutela de seus interesses. Basta lembrar o ainda considerado constitucional (apesar da sua gritante inconstitucionalidade) Decreto-lei 70/66, que permite a execução privada, em verdadeira justiça de mão própria, à medida que autoriza o leilão do bem dado em garantia à instituição financeira, pelo próprio agente fiduciário, sem a prévia autorização do Poder Judiciário.

O nosso sistema de tutela dos direitos, portanto, não só preservava a desigualdade no procedimento, como deixava à vista a desigualdade de procedimento”.

Diante desse panorama, a tutela antecipada surgiu como meio de equilibrar a balança, nivelando as forças das partes ao redistribuir o ônus da demora no processo. Através dela, busca-se afastar a tardança da justiça, na medida em que o processo deixa de assistir à parte que não tem razão, neutralizando o mito de que, no Brasil, ser réu em juízo é situação vantajosa, e fazendo do devido processo legal um procedimento efetivamente compatível com uma técnica tolerável de resolução dos litígios.

Assim, em situações excepcionais em que a ordinária chancela judicial se mostra ineficiente porque morosa, e desde que preenchidos os requisitos específicos elencados na norma, a parte pode e deve fazer valer o seu direito, utilizando-se da técnica antecipatória, alcançando desde logo o que

presumidamente é direito seu, e fazendo mudar de lado o prejuízo com a demora do processo, passando a ser interesse da parte contrária uma resposta mais célere do juiz.

### 2.3 Conceito e introdução do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro

O Código de Processo Civil trata especificamente da tutela antecipada nos seus artigos 273 e 461, § 3º, mas não traz um conceito para o dispositivo, sendo tal função desempenhada pela doutrina.

O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, pág. 684), a conceitua como sendo “a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos”.

No mesmo sentido conceitua o instituto o professor Cândido Rangel Dinamarco *apud* Lopes (2006, pág. 46) que, diferenciando-o da tutela cautelar, afirma:

“são antecipações de tutela aquelas (medidas) que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe”.

Já o Ministro do STF Teori Albino Zavascki (2009, pág. 51) diz que “a medida antecipatória é medida que se destina a atender uma situação de urgência, a afastar um perigo de dano ao direito de alguém, em função da demora da prestação da tutela definitiva”. E continua em sua clara explanação: “antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas, sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença irá produzir no plano social”.

Em suma, e no rastro das lições acima, pode-se conceituar a tutela antecipada como sendo a possibilidade, mediante pedido do autor e decidido pelo juiz, de antecipação dos frutos da sentença ainda durante o decorrer do processo, removendo um perigo de dano, pela tardança da prestação jurisdicional definitiva.

A reforma processual introduzida pela lei nº. 8.952/94, que alterou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, permitiu ao juiz a possibilidade

de, atendidos certos requisitos, antecipar os efeitos da sentença de mérito em qualquer processo de conhecimento, o que antes só era possível em determinadas ações de rito especial em que havia a respectiva previsão de liminar.

Assim, antes da entrada em vigor da citada lei, ao juiz só era possível adiantar os frutos da decisão de mérito em liminares nas ações de alimentos de rito especial, e nas ações possessórias previstas no art. 920 e seguintes do CPC, desde que atendidas condições específicas previstas pelo legislador. Em ambas, o magistrado concedia antes aquilo que normalmente só poderia ser deferido no julgamento final, satisfazendo antecipadamente a pretensão do autor, e em caráter provisório. Nas ações de força nova, se o anseio do demandante era a sua reintegração de posse, ao outorgar a liminar, o juiz já lhe deferia o direito de reintegrar-se, ainda que em caráter precário; o mesmo acontecia na liminar de alimentos, onde era concedido ao autor o direito de cobrar os alimentos antes da sentença.

Com tal alteração, e porque veiculado com a designação de tutela antecipada, muitos são os que afirmam, equivocadamente, que tal instituto fora inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela norma em questão. Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral (2010, pág. 16), por exemplo, afirma que “Dentre todas as inovações recentemente introduzidas no ordenamento jurídico pela reforma processual, o instituto da tutela antecipada é, sem dúvida, a mais ousada”.

O professor Fernando Horta Tavares (2012, pág. 11) também defende a gênese do dispositivo com a tal reforma, ao afirmar que,

“Foi necessário proceder à reforma do CPC com a criação de institutos que conseguissem alcançar a ‘celeridade e efetividade da prestação jurisdicional’, sem, contudo, lesionar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em 13.12.1994 foi introduzido no CPC o instituto da antecipação da tutela, pela Lei 8.952, dando nova redação ao artigo 273, construindo uma ‘(...) sistemática ampla e bem estruturada da antecipação da tutela satisfativa(...)’”.

Apesar de respeitar o posicionamento dos doutrinadores, nos alinhamentos ao pensamento dos mestres Marcus Vinícius Rios Gonçalves, Eduardo Arruda Alvim e Teori Albino Zavascki para quem o dispositivo já existia, tendo a lei apenas ampliado a possibilidade de sua concessão.

O primeiro (2012, pág. 683) assim diz:

“(…) antes da lei (Lei 8.952/94) já havia numerosas medidas judiciais com essa natureza (de antecipação de tutela), embora não fossem chamadas por esse nome. O que a lei fez foi estender a possibilidade de concedê-las em qualquer ação, desde que preenchidos os requisitos genericamente estabelecidos em lei”.

No mesmo sentido são as palavras de Eduardo Alvim (2009, pág. 23 e 24), que afirma:

“Duas foram as preocupações do legislador ao disciplinar a antecipação de tutela. Primeiro teve o legislador que resguardar situações de urgência. Preocupou-se também em ensejar ao autor a obtenção da antecipação da tutela, quando a defesa se mostre abusiva ou reste caracterizado o intuito protelatório do réu... Esse universo de preocupações levou o legislador, como dito, a introduzir entre nós, **de forma generalizada**, a antecipação de tutela, primeiramente pela Lei 8.952/94, depois mais largamente, pela Lei 10.444/02”. (Grifo nosso)

Por fim, o ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki (2009, pág. 45) nos deixa o seu entendimento nos seguintes termos:

“Nesse contexto, sobreveio a reforma processual de 1994: dando nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, o legislador consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. **Essa mudança, generalizando a concessão da tutela antecipatória**, teve relevantes consequências não apenas no campo do processo cautelar, mas também no de conhecimento e no de execução”. (Grifo nosso)

Assim, a antecipação de tutela, que antes só era possível em algumas ações, como já mencionado, foi estendida, por força da alteração promovida pela lei 8.952/94, a todos os processos de conhecimento, seja de rito comum ou especial, sendo um equívoco, frise-se, afirmar o nascimento do dispositivo apenas na reforma apontada.

## 2.4 Tutela antecipada e tutela cautelar: dispositivos distintos

Distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar não é tarefa das mais fáceis a ser enfrentada pelos estudiosos do direito processual civil, em razão, principalmente, das características comuns e da identidade quanto à função

constitucional que desempenham. Na verdade, o professor Cássio Scarpinella Bueno (2013, pág. 132), chega mesmo a afirmar:

“Muitas vezes, a linha que separa uma da outra é tênue e repousa muito mais na ênfase do que é pedido ao Estado-juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie ‘tutela antecipada’ ou ‘tutela cautelar’”.

Tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar devem manter estreita relação com o pedido final, servem para afastar uma situação de prejuízo irreparável ou de difícil reparação e são juridicamente revogáveis<sup>1</sup> a qualquer tempo. Eduardo Arruda Alvim (2009, pág. 159 e 161) citando José Roberto dos Santos Bedaque, em seus estudos sobre o tema também aponta semelhanças entre ambas, da forma seguinte:

“A antecipação de tutela com base na urgência, assim como as medidas cautelares, visa a dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) e, em última análise, ao princípio do devido processo legal. A tutela cautelar e a antecipação de tutela, quando calcada no inc. I do art. 273, podem-se dizer subespécies de um gênero maior a que se pode denominar de tutelas de urgência. O que há de comum a ambos os casos é que o magistrado, com base em cognição sumária do caso, profere uma decisão de caráter provisório, que tem por escopo garantir a efetividade do processo, como expõe Bedaque, em lição vazada nos seguintes termos: *‘Todas as tutelas sumárias são precedidas de cognição não exauriente. Trata-se de elemento comum a todas elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer sua efetividade’*. Tanto a liminar antecipatória de tutela assim como a liminar cautelar são decisões eminentemente provisórias, proferidas após cognição sumária e, portanto, não devem, como já se disse em diversas passagens deste trabalho, dar ensejo a situações irreversíveis”.

Diante das semelhanças que cercam os dispositivos em análise, facilmente possíveis de confundir o caro leitor, é necessário que se apresente a

---

<sup>1</sup> Como bem explica André Luiz Vinhas da Cruz em sua obra “As tutelas de Urgência e a fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil”, página 138, a expressão quer dizer “que, do ponto de vista jurídico-formal, a revogação é sempre possível, já que há hipóteses, como a de uma liminar determinando que um jogador de futebol não participasse de determinada partida, e este acabasse por jogá-la, a posterior revogação cairia no vazio”. (CRUZ, André Luiz Vinhas. As tutelas de Urgência e a fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006).

distinção das medidas a fim de que seja possível melhor compreensão do tema. Entretanto, suficiente será que se aponte um critério objetivo, sem delongas, adequado ao objetivo do presente estudo.

Tratando da questão, clara é a explanação do mestre Bueno (2013, pág. 135) quando diz que “a tutela antecipada difere da tutela cautelar pelo adiantamento no tempo, dos efeitos preponderantes da decisão final”. E continua: “Nos casos em que os efeitos que o autor pretender sejam produzidos de imediato não forem idênticos, da mesma ordem, daqueles que ele quer na decisão final, o caso será de cautelar”.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki (2009, pág. 49) com maestria ensina:

“Tem-se, destarte, que as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a certificação do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrerem, será urgente medida para antecipar a produção da prova, que, todavia, não importa qualquer antecipação de efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nestes casos, urgente será a medida para garantir a execução, o que, igualmente, não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva. Mas finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar em risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição. Presentes estas circunstâncias, será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja em risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória”.

Por fim, e de modo mais objetivo, o professor Gonçalves (2012, pág. 685) esclarece a distinção trazendo um claro exemplo ao final:

“As duas são provisórias, e podem ter requisitos muito assemelhados, como a verossimilhança do alegado, e o perigo de prejuízo irreparável. Mas somente a antecipada tem natureza satisfativa, o juiz já concede os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos, mas apenas uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, que corre risco em decorrência da demora no processo.

Imagine-se, por exemplo, que o autor corra um grave risco de não receber determinado valor. A tutela antecipada lhe concederá a possibilidade de, desde logo, promover a execução do valor, em caráter provisório, alcançando-se os efeitos almejados, que normalmente só seriam obtidos com a sentença condenatória.

Já por meio da tutela cautelar, o autor pode arrestar bens do devedor, preservando-os em mãos de um depositário para, quando obtiver sentença condenatória e não houver recurso com efeito suspensivo, poder executar a quantia que lhe é devida”.

Em síntese, os critérios apresentados pelos mestres, cada qual a seu modo, para diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar, rondam em torno da satisfatividade. Assim, enquanto na primeira o juiz concede antes aquilo que só seria concedido com a decisão final, na segunda o juiz ainda não satisfaz a pretensão final do autor, mas toma providência de resguardo do provimento, para que seja possível a satisfação da pretensão do autor quando da sentença condenatória.

## 2.5 Requisitos para a concessão da medida

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina o instituto da tutela antecipada nos artigos 273 e 461, § 3º do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

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

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

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

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

§ 7º Se o autor, a título de antecipação 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. § 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”.

Numa análise superficial, verificamos que as hipóteses de cabimento da antecipação da tutela do artigo 273 são três: em caso de urgência, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório da parte; ou ainda, no caso de incontrovérsia, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso.

Uma quarta hipótese de cabimento da tutela antecipada é a que vem disciplinada no artigo 461, §3º, quando haja pretensão de condenação nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Passemos, pois, a analisar as hipóteses de cabimento do dispositivo, assim como os requisitos exigidos para a sua concessão, mas antes, trataremos três importantes considerações.

### 2.5.1 Requerimento da parte

Interessante reflexão sobre a primeira parte do *caput* do artigo 273 do Código Processual Civil nos traz Luiz Henrique Barbante Franzé (2008, pág. 50). Ele diz que agiu acertadamente o legislador ao prever o direito à parte, e não apenas ao autor, o direito de postular a antecipação da tutela. Em suas palavras, citando Athos Gusmão Carneiro, ele afirma:

“Ao elaborar o art. 273 do CPC, o legislador outorgou poder à parte (e não ao autor), para pleitear a concessão da medida antecipativa. Realmente, na grande maioria das vezes, o interesse para postular a medida antecipativa é do autor. Por outro lado, em muitas ocasiões, o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330) é suficiente para tornar efetivo o direito do réu.

Mas, diante das diversidades das situações práticas, Athos Gusmão Carneiro bem elenca algumas partes, que podem requerer a medida antecipativa, a saber:

*a) o autor, inclusive em relação ao terceiro chamado no processo; b) o oponente, ou seja, aquele que ingressou com a ação de oposição; c) o réu-reconvinte, isto é, quem ingressou com reconvenção; d) o devedor que tenha embargado a execução; e) o interveniente, tal como o assistente litisconsorcial; f) o Ministério Público, tanto quando atua como parte, como quando atua como fiscal da lei (custos legis).*

Neste contexto, entendemos que a parte mencionada no art. 273 do CPC, não é exclusivamente o autor, mas sim, a que tiver interesse em relação ao mérito da lide”.

Diante do exposto, se preenchidos os requisitos para a concessão da tutela antecipativa, independentemente de ser requerido pelo autor, réu, Ministério Público ou outro interessado, deve a medida ser deferida, sob pena de valores constitucionalmente previstos serem gravemente feridos como a isonomia e o amplo acesso à justiça.

#### 2.5.2 Antecipação *ex officio*

Outra pertinente ponderação a ser destacada, ainda sobre a primeira parte do *caput* do artigo 273 do CPC, diz respeito à antecipação de ofício dos efeitos da tutela em estudo. Há na doutrina grande divergência a respeito do assunto, havendo aqueles como Cássio Scarpinella Bueno, que defendem a antecipação *ex officio*; outros como Nelson e Rosa Nery que remam em sentido contrário, sustentando a tese de que é vedado ao juiz a concessão de ofício do dispositivo; e ainda uma terceira vertente, intermediária, encabeçada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves.

O mestre Bueno (2013, pág. 39), em seu Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, assim afirma:

“À luz do ‘modelo constitucional do processo civil’, a resposta mais afinada é a *positiva* (em relação à antecipação de ofício). Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor ‘efetividade’, máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial”.

Remando em sentido diametralmente oposto, mas na esteira do entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência, está Nelson e Rosa Nery *apud* Gonçalves (2012, pág. 686) que, negando categoricamente a antecipação *ex officio*, relata: “É vedado ao juiz conceder ‘ex officio’ a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273, ‘caput’. Somente diante do pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida”.

Encontramos, por fim, uma espécie de posição intermediária na análise do assunto, defendida pelo professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, pág. 686). Em sua obra *Direito Processual Civil Esquematizado*, ele nos explica sua posição nos seguintes termos:

“Parece-nos que, se o processo versar sobre interesses disponíveis, não haverá como conceder, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela, ficando o requerimento ao alvedrio do autor. Mas se versar interesse indisponível, e houver risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, o juiz poderá, excepcionalmente, concedê-la”.

### 2.5.3 Antecipação total ou parcial

O artigo 273 do CPC prescreve ainda que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Quanto à antecipação total dos efeitos, penso estar claro aos olhos do caro leitor, restando dúvida apenas quanto à antecipação parcial. Mas o que seriam os efeitos da tutela? E qual o significado de antecipar os efeitos da tutela? O professor Zavascki (2009, pág. 86) ensina que:

“Efeitos da tutela são os que podem ser produzidos pela sentença de procedência. Antecipar significa adiantar no tempo, fazer antes do tempo previsto. Os efeitos antecipáveis são, assim, os potencialmente decorrentes do conteúdo da sentença de mérito, que varia segundo a natureza do pedido e, conseqüentemente, da sentença que o acolher. (...) Daí poder-se afirmar, nessa linha de pensamento, que a sentença tem uma força, uma eficácia, um efeito preponderante (de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento e de executividade). (...) Assim, pois, antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar as eficácias potencialmente contidas na sentença”.

Sobre a antecipação parcial, ele afirma que há efeitos que, por natureza, não são suscetíveis de antecipação, não se traduzindo, no caso de deferimento em caráter precário, em qualquer reflexo no mundo dos fatos. Assim, diz o mestre,

“Nos casos em que a tutela somente poderá servir ao demandante quando concedida em forma definitiva, não haverá utilidade alguma em antecipá-la provisoriamente. É o caso da eficácia meramente declaratória ou da meramente constitutiva que, pela própria natureza de cada uma, não se compatibilizam com deferimento em caráter provisório e, por isso mesmo, sua antecipação é medida absolutamente neutra em relação ao desiderato do legislador de alcançar utilidade e celeridade da prestação da tutela definitiva. Assim, é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos”. (ZAVASCKI, 2009, pág. 86 e 87).

Há de se analisar agora a antecipação parcial dos efeitos da tutela que provoquem mudanças concretas no mundo dos fatos, que provoquem reflexos efetivos para a parte. É o caso, por exemplo, em que há cumulação de pedidos, e apenas um deles está sob perigo de dano; ou ainda, quando a antecipação dos efeitos de apenas um dos pedidos é suficiente para remover o risco que recai sobre os demais. Sobre as hipóteses, chancela o nobre autor,

“(…) o juiz certamente não é livre para estabelecer os limites da antecipação, nem isso depende de seu juízo discricionário. Na verdade, para determinar a extensão da antecipação, deve o juiz observância fiel ao *princípio da menor restrição possível*: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação dos efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, no caso, prevalente. Nada mais. Assim, v. g., havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela com relação ao outro; da mesma forma, se a antecipação de alguns efeitos da tutela é, por si só, apta a afastar o perigo, não será cabível – e, sim, será vedada – a antecipação dos demais”. (ZAVASCKI, 2009, pág. 78 e 79).

Diante de tais considerações, restou claro que, ao juiz, só é permitido conceder a antecipação da tutela até o suficiente limite para remover o perigo, estando, obviamente, proibido antecipar efeitos da sentença para além disso.

Tratadas essas considerações iniciais, passemos agora a dispor das hipóteses de antecipação.

#### 2.5.4 Em caso de urgência

A primeira das hipóteses da concessão da tutela antecipada a ser analisada é o caso de urgência, quando o direito da parte corre um sério risco de dissipar-se no tempo diante da demora do provimento jurisdicional. Para essa hipótese, os requisitos exigidos são a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que o provimento jurisdicional seja reversível, e que seja observado o princípio da proporcionalidade, notadamente quando houver risco de irreversibilidade recíproca.

Analisemos, pois, cada uma das exigências.

##### 2.5.4.1 Prova inequívoca da verossimilhança das alegações

A prova inequívoca vislumbrada no *caput* do artigo 273 do CPC deve ser entendida como uma prova robusta, capaz de produzir no juiz um juízo de convicção do direito invocado pela parte. Observe que, apesar de robusta, a prova não gera ainda, ou pelo menos não deve gerar, um juízo conclusivo, de certeza, dado que a antecipação tutelar se dá em cognição superficial, sem que as partes tenham tido ainda o tempo e a oportunidade de produzir as provas que repute necessárias para fundamentar os seus interesses na ação. Se a prova atribuísse um juízo conclusivo, provido de certeza, que não restassem quaisquer dúvidas, a decisão não seria de antecipação, mas de próprio julgamento de mérito.

Portanto, a prova inequívoca a que o legislador se refere deverá indicar uma forte probabilidade do direito da parte, a verossimilhança do alegado; e apesar de robusta, não pode ser entendida como uma prova conclusiva, definitiva. É o entendimento da doutrina, que chega mesmo a criticar o uso incoerente da expressão. O professor Luiz Henrique Barbante Franzé (2008, pág. 52 e 53) ressalva:

“A expressão prova inequívoca é equívoca. E isso, porque – de um lado – o adjetivo inequívoco exige a inexistência de engano para a concessão da medida antecipativa. E – de outro – geralmente esta prova é apreciada pelo juiz ao despachar a inicial, isto é, sem que tenha existido uma cognição exauriente.

(...) a verossimilhança consiste no grau alto de probabilidade e, portanto, se afasta da certeza absoluta que é almejada pela expressão prova inequívoca.

(...) o conceito de prova inequívoca deve ser abrandado pela expressão *verossimilhança da alegação* que também está no *caput* do art. 273 do CPC.

Por consequência, a prova inequívoca deve ser entendida como meio para tornar os fatos seguros, gerando a probabilidade máxima (alta) do direito invocado”.

Fica nítido que, independente do equívoco que a expressão possa traduzir, certo é que ela deve ser interpretada como forma de demonstrar um farto grau de convicção dos fatos alegados, mas sem esgotar a absoluta certeza que a cognição exauriente exige.

#### 2.5.4.2 Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

Um segundo requisito exigido para a concessão da antecipação da tutela na hipótese em estudo é o perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. O termo dano deve ser entendido de forma ampla, abarcando não apenas o dano material, físico, mas também incorporando prejuízos a bens imateriais da vítima.

Note que a norma protege não somente o dano em si, mas o próprio risco de que ele venha a acontecer. E não se trata de um risco subjetivo, incerto, improvável; ele deve ser iminente, baseado em um critério objetivo, com grande probabilidade de que venha a ocorrer.

O dano também deve ser grave, de modo a tornar o bem inservível ou de utilidade prejudicada. Para Teori Zavascki (2009, pág. 80),

“O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (= o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (= o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela”.

Reiterando os ensinamentos do nobre ministro, ressaltamos que a hipótese inversa também não deverá justificar a concessão da tutela antecipativa, ou seja, ainda que o risco seja iminente, se não se vislumbra gravidade suficiente a

ponto de fazer perecer ou mesmo prejudicar o direito reclamado, o requisito não é preenchido, e não há razão para a outorga do dispositivo.

#### 2.5.4.3 Reversibilidade do provimento jurisdicional

O § 2º do art. 273 do CPC prescreve que: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Isso significa dizer que para que a concessão da tutela esteja de acordo com a lei, o juiz deverá observar, diante do caso concreto, se as partes podem ser repostas ao *status quo ante*, à situação em que se encontravam antes da modificação implementada pela medida.

Na leitura do dispositivo, uma indagação poderá angustiar o nobre leitor: a irreversibilidade a que se refere a lei diz respeito à tutela ou aos seus efeitos? Obviamente que se refere aos efeitos da antecipação, pois, a priori, todo provimento antecipatório poderá ser revertido. Aliás, conforme leciona João Batista Lopes citado por Fernanda Ruiz Tomazoni (2007, pág. 60), “o que se pretendeu com o preceito foi evitar que o deferimento da tutela antecipada pudesse criar fato consumado, o que conflitaria com a provisoriedade e revogabilidade da providência”.

Importante citar as lúcidas considerações de Luiz Guilherme Marinoni *apud* Tomazoni (2007, pág. 62) sobre o mandamento legal. Para ele,

“o § 2º não pode constituir obstáculo para a antecipação da tutela. Argumenta que a não concessão também poderá gerar efeitos irreversíveis a quem pleiteia. Além disso, *a contrario sensu*, entende que o legislador estaria obrigando o juiz a correr o risco de provocar um dano”.

E continua Marinoni:

“Não há razão para não admitirmos a possibilidade de uma tutela antecipatória que possa produzir efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos. (...) em determinados casos, não só a concessão como também a negação, de uma liminar pode causar prejuízos irreversíveis. Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que lhe parece mais favorável”. (MARINONI *apud* TOMAZONI, 2007, pág. 62).

Entendimento semelhante tem o mestre Teori Zavascki *apud* Tomazoni (2007, pág. 63). Em suas palavras:

“Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito de direitos é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. (...) Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. **Ad impossibilita Nemo tenetur**. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação de tutela em caráter definitivo”. (grifo dela)

O fenômeno narrado pelos respeitados autores é o que Athos Gusmão Carneiro citado por Marcus Vinicius Gonçalves (2012, pág. 689) batizou de “reversibilidade recíproca”, em que, em suas palavras, “concedida a antecipação de tutela, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado”.

Quando Zavascki relaciona no parágrafo acima a redobrada prudência e a adequada ponderação de bens e valores à decisão que o juiz deva tomar, ele se refere ao quarto requisito para a antecipação, a aplicação do princípio da proporcionalidade, o que nos remete ao tópico seguinte; mas não antes de concluirmos o raciocínio destacando a aparente tendência à relativização do requisito da reversibilidade do provimento antecipatório, notadamente diante das situações apontadas.

Merece relevo, para findarmos o tópico, abordar o Anteprojeto de Lei 13, que se converteu no Projeto 3.476/00 e, em seguida, na Lei 10.444/02, que originariamente abrangia a proposta de alteração do § 2º do art. 273 do CPC, da seguinte forma:

“Art. 273. § 2º. A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benefício ao réu”.

A alteração, que não veio a tornar-se lei, foi classificada pelo mestre Eduardo Arruda Alvim em sua obra *Antecipação da Tutela* (2009, pág. 147 e 148), de “altamente salutar”. Segundo ele

“em determinadas circunstâncias, ainda que a antecipação de tutela possa gerar uma situação irreversível, se se tiver de optar entre concedê-la e gerar uma situação potencialmente irreversível ou não concedê-la e levar ao perecimento do direito (*rectius*, afirmação de direito) do autor, conforme, ainda, o bem jurídico envolvido [por exemplo, se estiver em pauta o direito à vida, constitucionalmente garantido. (CF, art. 5º, *caput*)], há de se optar pela primeira das soluções alvitradas. O que estava por trás do referido dispositivo, não convertido em lei, é a ideia de que o magistrado, diante dessa situação, há de escolher o caminho que resulte num mal menor”.

#### 2.5.4.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade

As situações apresentadas no tópico anterior reclamam por uma interpretação social da norma, abrandando, desse modo, a aplicação da lei em favor da proteção de direitos em perigo. Assim, a solução surgirá, como já dito, da ponderação de valores pelo juiz do caso, que deverá utilizar-se do princípio da proporcionalidade e outros que com este se amoldam, como os princípios da razoabilidade, da menor restrição, da necessidade e da equidade, para decidir em favor do bem de maior valor, e afastar o perigo mais nefasto.

Sobre a questão, Gonçalves (2012, pág. 688) ensina que:

“Além de examiná-los, deve o juiz comparar os danos que poderão ocorrer caso ele conceda a tutela e caso não a conceda. Essa comparação deve ajudá-lo na hora de decidir, embora não seja o único critério.

O juiz levará em consideração eventual desproporção entre os danos que poderão advir do deferimento ou do indeferimento da liminar. Deve ainda cotejar os valores jurídicos que estão em risco, num caso ou noutro. Se o deferimento da liminar pode afastar um risco à vida do autor, embora possa trazer prejuízo patrimonial ao réu, o juiz deve levar essa circunstância em consideração, junto com os demais requisitos da tutela”.

Outra interessante passagem sobre o assunto é a que nos traz Marinoni que, citado por Tomazoni (2007, pág. 83), leciona:

“em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos, deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificaria o seu sacrifício. É claro, no entanto, que o bem jurídico que tem valor jurídico largamente superior ao daquele com quem confronta não poderá ser sacrificado. Realmente, a ética da jurisdição de urgência exige que o princípio da probabilidade seja aplicado à luz do princípio da proporcionalidade”.

Merece ainda atenção decisão<sup>2</sup> no Estado de São Paulo que concedeu a tutela antecipada amparada no princípio em estudo:

“...de mais a mais, existe nítido desequilíbrio entre os valores em conflito. Enquanto a pretensão da autora, fundada em direito provável, destina-se a suprir necessidades primárias de sobrevivência, a resistência da ré visa tão-somente a preservação do seu patrimônio. E a quantia pleiteada, insignificante para esta última, revela-se imprescindível para a primeira. Por isso, e considerando o princípio da proporcionalidade, verifica-se com bastante nitidez a necessidade de proteção ao interesse mais relevante”.

Diante de tais ensinamentos, não resta dúvida que a aplicação do princípio da proporcionalidade em muito contribui para melhor adequar as decisões judiciais aos casos concretos, ajudando os juízes a mensurar os bens jurídicos postos em conflito e a bem escolher qual direito deverá proteger.

#### 2.5.5 Em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório

A segunda hipótese em que é cabível a antecipação tutelar é o caso de abuso do direito de defesa ou o claro desígnio protelatório da parte. O provimento tutelar amparado no inciso II do art. 273 do CPC, também batizado, acertadamente, por boa parte da doutrina de tutela antecipada sancionatória, não tem um caráter de urgência, pois não objetiva a proteção do direito do demandante diante de uma situação clara e iminente de perigo.

---

<sup>2</sup> Apelação Cível 681.651-7 – 1º TACSP – 12ª Câmara – J. em 22.05.1996

Nas classificações em que se insere a tutela antecipada entre as tutelas de urgência, não se considera as outras hipóteses para a concessão da medida, como é o caso do tópico em estudo, que dispensa o requisito do *periculum in mora*. Assim, para a categorização da medida como provimento de urgência, se referiu o doutrinador apenas aos casos do inciso I do art. 273 e o do §3º do art. 461, ambos do CPC.

No caso em estudo, a medida tem um caráter punitivo, penalizador, dado que, de algum modo, a parte requerida usa de forma indevida o seu direito constitucional de defesa, e servindo-se da desonestidade e da má-fé, abusa desse direito; ou ainda emprega artifícios meramente protelatórios, fazendo recair o prejuízo com a demora da decisão de mérito da ação única e exclusivamente sobre o demandante.

Tratando sobre o implemento de boas práticas no decorrer do processo, o professor Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, em sua obra *Tutela Antecipada Sancionatória* (2006, pág. 30), diz que,

“O processo não é uma contenda entre particulares na qual tudo é válido. O interesse público, no correto desenvolvimento da atividade processual, é incompatível com atitudes das partes voltadas a obstar o regular curso do processo, com condutas desleais que visem unicamente a enganar o julgador ou a protelar o seu desfecho”.

Tentando caracterizar o abuso do direito de defesa e o manifesto intuito protelatório do réu, o nobre docente continua os seus ensinamentos:

“O abuso do direito de defesa diz respeito à utilização abusiva, desvirtuada de sua finalidade, das prerrogativas concedidas ao demandado para exercer regularmente seu direito de defesa, no que se refere ao conteúdo das alegações de defesa ou no modo como são utilizados os instrumentos processuais. (...)

Nesse sentido, é manifestamente infundada a defesa contrária à jurisprudência pacífica dos tribunais, ou ao posicionamento pacífico da doutrina quando os tribunais ainda não houverem se manifestado sobre o tema e, enfim, aquela defensora de tese absurda, que não possa ser proposta a não ser a título de chicana. (...)

A expressão ‘manifesto propósito protelatório do réu’, de outra parte, diz respeito a atos do demandado não convertidos em atos processuais, ou seja, praticados fora do processo, os quais necessariamente devem visar a protelar a satisfação do direito do demandante. Frise-se, o *manifesto propósito protelatório do réu* diz respeito à protelação injusta da satisfação do direito e não

necessariamente do processo". (LOPES, 2006, pág. 117-119, 123 e 124).

Em complemento ao raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni em seu trabalho *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda* (2011, pág. 58 e 59), registra:

“A defesa que protela a realização de um direito evidenciado, controvertendo os fatos constitutivos sem fundamento capaz de abalar a convicção decorrente da prova produzida pelo autor, deve ser considerada abusiva.

(...) Trata-se de técnica que visa a impedir que aquele que tem razão seja prejudicado pelo tempo da instrução da causa.

É certo que essa técnica – como acontece com toda técnica antecipatória – apresenta riscos para o réu. Contudo, a circunstância de o juiz somente poder conceder a tutela quando a defesa de mérito for infundada atenua bastante este risco. Ademais, tal risco, ainda que exista, é plenamente justificável, pois não é racional que o autor tenha que suportar o tempo do processo quando os fatos constitutivos são incontroversos ou estão evidenciados e a defesa é infundada.

Ora, da mesma forma que o réu pode ser prejudicado pela antecipação, o autor pode ser prejudicado pela demora para a prestação da tutela jurisdicional do direito material”.

Desse modo, ao deferir a tutela, o juiz concede os frutos da sentença ao requerente, distribuindo melhor o ônus da demora processual, penalizando o requerido por sua conduta desleal, passando, neste caso, a ser deste o desejo de que o processo tenha uma rápida solução.

Os requisitos exigidos na norma para a concessão da medida na hipótese em estudo são a prova inequívoca da verossimilhança das alegações; que esteja caracterizado o próprio abuso do direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório da parte; que o provimento jurisdicional seja reversível; e que não seja caso de julgamento antecipado da lide, pois neste caso, não haveria mais razão para a antecipação da medida, já que o próprio mérito da questão com relação ao pedido já estaria decidido.

Tendo os requisitos apontados já sido comentados nas alíneas acima, passemos a tratar da terceira hipótese.

### 2.5.6 Em caso de incontrovérsia

O § 6º do art. 273 dispõe sobre a concessão da tutela antecipada nos casos em que houver incontrovérsia, *in verbis*: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

A hipótese em estudo surge para tentar efetivar princípios constitucionalmente previstos, como o do acesso à justiça, em favor de quem demanda, e a própria segurança jurídica, de modo a garantir a utilidade da proteção jurisdicional a quem precisa, já que, conforme as palavras de Gonçalves (2012, pág. 690), “não seria razoável que o autor tivesse de ficar esperando o julgamento final, para poder obter os efeitos do provimento relativo à pretensão incontroversa”.

O mestre Dino Boldrini Neto em seu livro *Tutela Antecipada nos Pedidos Incontroversos* (2007, pág. 43, 45, 47, 49 e 50) nos dá uma boa ideia do que seja a incontrovérsia, chegando mesmo a dividir e classificar o dispositivo em incontrovérsia por reconhecimento, por confissão e por prova inequívoca. Para ele,

“controvérsia é sinônimo das posições antagônicas tomadas pelas partes no processo; portanto, todos os fatos alegados pelo autor da ação e contrapostos pelos integrantes do polo passivo – réu e/ou terceiros – compõem a dinâmica do processo.

Os fatos alegados podem ou não ser contrapostos e, dependendo da não contraposição ou de outros fatos, ter-se-á a incontrovérsia por reconhecimento e ou pela confissão e, ainda, por prova inequívoca ou legal.

(...) cabe ao réu a importante missão de responder à petição inicial, eis que a omissão de algum ponto nesse dever gera o reconhecimento do fato ou fatos alegados pelo autor.

Dá-se, pois, a incontrovérsia por reconhecimento, pois a falta de contestação específica sobre determinado fato estabelece a verdade formal da afirmação da parte. (...).

Estabelece-se, ainda, a incontrovérsia, pela confissão. Segundo a conceituação do art. 348, *há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário*.

A confissão, portanto, que não se confunde com a revelia (como dito, esta compreende inatividade ou desídia do réu), incide sobre fatos e não sobre direitos subjetivos ou obrigações. (...)

Não dependem de prova e geram incontrovérsia os fatos notórios, considerados como ‘aqueles que entram naturalmente no conhecimento, na cultura ou na informação normal dos indivíduos (...)’ e os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade (...).”

Desse modo, contraverter é o mesmo que contrapor, refutar, rebater, contestar. Assim, dos pontos alegados pelo autor, aqueles que não forem contrapostos, refutados, controvertidos pelo réu, tornam-se incontroversos, podendo ser concedida a antecipação da tutela para a seguida execução do bem. Se o autor postula vários pedidos e não houver incontrovérsia contra nenhum deles, o caso será de julgamento antecipado da lide, mas se a controvérsia oposta se referir a apenas algum ou alguns dos pedidos, os demais poderão ser objeto de antecipação.

O entendimento deriva dos artigos 319 e 330 do CPC, que dizem:

“Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos narrados pelo autor.

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer à revelia”.

Importante consideração nos traz Luiz Guilherme Marinoni (2011, pág. 147 e 148) sobre a presunção de veracidade e a revelia no caso em estudo. Diz ele que

“É sabido que a doutrina e a jurisprudência atenuaram o rigor das normas supra referidas. Entende-se que a presunção do art. 319 é relativa, e não absoluta. Afirma-se que o juiz pode considerar não provados fatos incontestados e até mesmo julgar o pedido improcedente. A doutrina e a jurisprudência, ao assim interpretarem as normas dos arts. 319 e 330, II, visam evitar que a revelia possa se constituir em uma automática fonte de prejuízo processual.

(...) A lição de José Carlos Brabos Moreira mostra a razão de ser da interpretação doutrinária e jurisprudencial:

‘Quem é esse réu que perdeu o prazo? Foi voluntária a omissão? Se não foi, que lhe terá dado a causa: imperfeita compreensão do chamamento ao juízo? Problema de saúde? Dificuldade em conseguir os serviços de um advogado?(...)

Não se admite que a revelia possa tornar os fatos não contestados incontroversos porque não se toma em consideração, na análise da questão, uma defesa (ou uma posição) ativa em si considerada. Considera-se, apenas, o não comparecimento (que, conforme visto, pode ter várias causas) – e não a defesa (ou o comparecimento sem a apresentação de defesa) -, concluindo-se que não é razoável atribuir-se à revelia do réu a admissão dos fatos afirmados pelo autor.

Entretanto quando se passa à análise da contestação (da defesa em si), vale em todo o seu rigor a norma do art. 302 do CPC, que afirma caber ao réu se manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados”.

Como dito, a presunção de veracidade e a própria revelia devem ser relativizadas, dado que a ausência de defesa do réu pode ter relação com uma causa justa, ou ainda o pedido não contestado pode ser descabido ou inverossímil. Agora, excetuando-se tais situações, é dever da parte, e não mera faculdade, apresentar a contestação de cada pedido apresentado, sob pena se reputar-se os fatos como verdadeiros.

É salutar ainda destacar que, a incontrovérsia deve ser considerada em relação a pedido que guarde autonomia com relação aos demais, devendo ser desconsiderada quando houver relação de prejudicialidade entre os pedidos. Assim, com os devidos préstimos do exemplo proposto por Gonçalves (2012, pág. 690), “em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, não haverá incontrovérsia sobre a pretensão a alimentos, se o réu impugnou a própria paternidade”.

Os requisitos para a concessão da antecipação tutelar na hipótese em estudo são a própria incontrovérsia em relação a um ou mais dos pedidos cumulados, que a parte incontroversa conserve autonomia com relação aos demais pedidos e que a revelia possa produzir efeitos. Note, por fim, que, para a concessão da medida, não há necessidade que os efeitos do provimento sejam reversíveis.

#### 2.5.7 Nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa

A hipótese em estudo vem disposta no parágrafo 3º do art. 461, e no mesmo parágrafo do art. 461-A, ambos do CPC, que assim diz:

“Art. 461, §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 pode ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Art. 461-A, § 3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do 461”.

Lívio Goellner Goron (2013, pág. 73 e 74) nos traz um conceito de obrigação, comentando ainda a respeito da desnecessidade da patrimonialidade compor o interesse do credor para que a obrigação esteja configurada. Para ele,

“obrigação é a relação jurídica por meio da qual uma pessoa fica adstrita a outra à realização de uma prestação, digna de proteção legal, correspondente ao interesse do credor. (...)”

O requisito da *patrimonialidade* é prescindível, não sendo necessário que a prestação e o interesse do credor tenham valor econômico ou possam ser avaliados em pecúnia. Basta que a prestação corresponda a um interesse legítimo do credor, que seja digno de proteção legal.”

Os requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela para a hipótese são que o fundamento da demanda seja relevante e que haja receio de ineficácia do provimento final. Note que tais requisitos muito se assemelham com a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o perigo de dano, exigidos para a hipótese do art. 273, inciso I, o que também a classifica como caso de urgência.

Na verdade, a doutrina, a exemplo de Eduardo Arruda Alvin, Cássio Scarpinella Bueno e Marcus Vinicius Gonçalves, não vê diferenças no âmbito prático que diferencie os requisitos exigidos para cada uma das hipóteses, ficando a diferença apenas na literalidade da lei. Desse modo, para a concessão da medida para ambos os casos, é crucial que haja o claro e iminente perigo de dano e que os fundamentos que embasam o pedido sejam plausíveis.

Destacamos, por fim, que a antecipação de tutela nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa também são admitidas quando houver abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório do réu, ou ainda, quando haja a incontrovérsia, situações em que os requisitos exigidos serão os estudados nos tópicos anteriores.

## 2.6 Fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

O instituto da fungibilidade entre as tutelas antecipada e a cautelar vem regulada no § 7º do art. 273 do CPC, redigido da forma seguinte: “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”.

É necessário inicialmente darmos um significado ao termo ‘fungibilidade’ para em seguida apreciarmos o dispositivo legal. André Luiz Vinhas da Cruz (2006,

pág. 152), citando Jean Carlos Dias, conceitua o instituto como sendo “a propriedade do que é substituível, i.e., que pode, por força de sua natureza, qualidades ou funções, sofrer uma permutação, que elimina o objeto inicialmente existente”.

O próprio Código Civil de 2002, na Seção III – Dos Bens Fungíveis e Consumíveis, art. 85, trata de dar um significado ao instituto, dispondo que “São fungíveis os móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade”. Assim, a fungibilidade em estudo está ligada à ideia de troca, permuta, de uma coisa por outra, ou seja, da tutela antecipada pela tutela cautelar, ou vice-versa, permanecendo o objetivo principal, assegurar o direito em disputa.

O dispositivo legal insculpido no já citado § 7º, trata das situações em que o juiz, diante do pedido do autor pela concessão de tutela cautelar, e preenchidos os requisitos estatuídos em lei, defira a tutela antecipada, ou vice-versa, desde que entenda ser a medida deferida a mais adequada para resguardar o direito em litígio.

Note que, apesar da aparente disposição legislativa em insinuar uma permuta de mão única, indicando que ao juiz só seria lícito deferir a medida cautelar quando requerida a tutela antecipada, proibindo o procedimento inverso, o entendimento de respeitável parte da doutrina, a exemplos de Cândido Rangel Dinamarco, Alexandre Freitas Câmara, Eduardo Talamini e Marcus Vinicius Gonçalves, é o de que se trata de uma via de mão dupla, ou como batizado por André Luiz Vinhas da Cruz, um “duplo sentido vetorial”.

O primeiro, citado por este último, tratando sobre a via de mão dupla, com maestria pondera que “Não há fungibilidade em uma só direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um pelo outro, como outro por um”.<sup>3</sup>

O mesmo posicionamento tem Marcos Vinicius Gonçalves (2012, pág. 697) quando afirma:

**“A lei pretendeu dar ao juiz certa margem de liberdade, para apreciar qual a tutela de urgência é mais conveniente, mais adequada para assegurar à parte, a preservação de seus direitos**

---

<sup>3</sup> CRUZ, André Luiz Vinhas da. As Tutelas de Urgência e a Fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006. Pág. 160.

**diante da demora, não importando qual a medida postulada pelo autor, nem qual o nome que ele lhe deu.**

Por essas razões, a fungibilidade há de ser reconhecida como de **mão dupla**: o juiz pode tanto conceder a tutela cautelar, quando tenha sido solicitada a antecipada, como vice-versa.” (ele grifou)

Apesar da corrente em sentido contrário, a exemplo de Arruda Alvim e Juvêncio Vasconcelos Viana, que defendem o duplo sentido vetorial apenas a casos excepcionálíssimos, é à tese apresentada que nos alinhamos, afinal, na busca de se gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional, é fundamental que se decida a favor dos valores fundamentais, não importando se com esta ou com aquela tutela.

Importante salientar ainda, em desfecho ao presente tópico, a viabilidade do deferimento da providência cautelar no bojo do próprio processo de conhecimento. Como é sabido, o deferimento da medida cautelar exige a deflagração de processo autônomo de natureza cautelar, não sendo permitido a concessão de tal medida em âmbito de processo de conhecimento. Assim, pretendendo ser assistido por medida cautelar, o requerente deveria dar início a processo cautelar para a concessão de tal medida.

Diante do instituto da fungibilidade, tal panorama fica superado, podendo o juiz conceder no bojo do processo principal tanto a tutela antecipada como a cautelar, sendo desnecessário, neste último caso, a deflagração de processo cautelar próprio.

### 3. A TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC

Impensável, no atual momento da situação processual civil brasileira, produzir um trabalho que trate do tema tutela antecipada sem que se abra um parêntese para falar sobre o novo tratamento dado a esse dispositivo pela lei nº 13.105, de 16 de março do corrente ano, que estabelece o novo Código de Processo Civil, que estará vigente a partir de 16 de março do ano vindouro.

Amparada em um modelo constitucional de processo, em que se destaca, dentre outros, os princípios da regular duração do processo e da efetividade processual, na busca pela concretização dos direitos fundamentais, a reforma operada pela citada lei veio em boa hora, trazendo significativas mudanças no âmbito processual civil brasileiro, tendo havido mudanças também no tratamento das tutelas provisórias, o que, é óbvio, atingiu a tutela antecipatória.

O novo Código de Processo Civil reservou um livro próprio para tratar das tutelas provisórias, seja as tutelas de urgência, seja as de evidência, regramento que vem localizado no Livro V, o que, como bem anota o professor Alexandre Reis Siqueira Freire *et al* (2013, pág. 295) “demonstra o caráter geral de aplicabilidade das tutelas de urgência e tutela de evidência”<sup>4</sup>.

O tratamento dado pelo, ainda em vigor, CPC de 1973 à matéria já ficou bem esclarecido nas alíneas anteriores, restando agora apresentar o que a reforma trouxe de novo, no que diz respeito à antecipação tutelar. Mas para facilitar a comparação entre a forma de tratamento dada ao dispositivo em ambos os diplomas normativos, citaremos nos parágrafos seguintes as hipóteses de cabimento e os respectivos requisitos de cada uma delas.

A tutela antecipada no atual estatuto processual vem esculpida no art. 273 e 461 § 3º, que sistematizam a medida em basicamente quatro hipóteses distintas, a saber: no caso de urgência; no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; em caso de incontrovérsia, quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parte deles mostrar-se incontroverso; e ainda, nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

---

<sup>4</sup> Observe que as lúcidas ponderações feitas pelo professor Alexandre Reis Freire se referem ao Projeto de Lei 166/10, e não propriamente à lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), mas que tampouco deixaram de ser oportunas.

Para a primeira hipótese, os requisitos exigidos são a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que o provimento jurisdicional seja reversível e a observância do princípio da proporcionalidade. Para a segunda hipótese também são exigidos a prova inequívoca e a possibilidade da reversibilidade do provimento, acrescentando-se a estes o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, e ainda que não seja caso de julgamento antecipado da lide.

Para a terceira hipótese, exige-se que um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostre-se incontroverso, e que o pedido incontroverso guarde autonomia em relação aos demais, e que a revelia não possa produzir efeitos. E por fim, os requisitos para a quarta hipótese são que o fundamento da demanda seja relevante e que haja receio de ineficácia do provimento final. Lembramos que na obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa são admissíveis as hipóteses apontadas acima, situação em que os requisitos exigidos serão os apontados para cada uma delas.

No novo CPC, a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela de evidência foram pedagogicamente batizadas de tutela provisória, dado que todas são de fato deferidas em caráter precário. Assim, o diploma normativo batiza as três espécies de 'tutela provisória', com a diferença de que, com tal reforma, as tutelas cautelar e antecipada são tutelas de urgência, e a tutela de evidência, com texto de lei diferente, mas mantendo a essência, abarcou as hipóteses da tutela antecipada consagrada no CPC/73 que não tratam do caso de urgência, tendo sido acrescentadas a elas uma quarta hipótese que veremos adiante.

Desse modo, a tutela antecipada baseada na urgência e a tutela cautelar passarão a ser unicamente, com a vigência do novo CPC, tutelas de urgência, e exigirão como requisitos para a sua concessão a existência de "(...) elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (Novo Código de Processo Civil, art. 300), além da não irreversibilidade dos efeitos da decisão, conforme podemos observar no texto da lei descrito abaixo:

"Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (...)

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...)

§ 3º\_ A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Já à tutela de evidência, que como dito, abarcou as demais hipóteses previstas para a concessão da tutela antecipada consagrada no CPC/73, foi acrescida uma quarta hipótese, prevista no inciso II do artigo 311 do Novo CPC. Assim a tutela de evidência foi abordada conforme observamos abaixo:

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

As novas terminologias e estruturação dadas ao dispositivo em estudo, excetuando-se a questão procedimental que ganhou funcionalidade peculiar, não nos parece ter trazido um resultado prático efetivamente útil, apresentando talvez uma pseudo ideia de inovação, mas que pragmaticamente pouco inovaram. Esse também foi o entendimento do nobre professor Carlos Augusto de Assis *et al* (2014, pág. 252 e 253), que, ao abordar as novas tendências do CPC/2015, afirma:

“O Projeto retomou a expressão tutela antecipada, mas atribuiu-lhe um sentido diferente daquele que já estava consagrado e assentado em doutrina. Realmente, a tutela provisória de cognição sumária (Livro V – artigos 295 e seguintes) recebe o nome genérico de ‘Tutela Antecipada’, englobando a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) e a tutela da evidência.

Não nos parece que tenha sido feliz a alteração no sentido da expressão. (...)

Ocorre que a nova nomenclatura e sistematização tem potencial de gerar desnecessária confusão entre os operadores do direito. Aquele que é estudioso do processo civil, particularmente da tutela de urgência, poderá assimilar a mudança sem maiores dificuldades. Quanto aos demais, é lícito supor que demorem algum tempo até assimilarem a mudança. Mais do que isso. Até se familiarizarem com a inovação, alguns equívocos certamente surgirão, com possível prejuízo ao jurisdicionado. Se ainda houvesse um benefício prático com a mudança, talvez valesse a pena enfrentar tais dificuldades. Não vislumbramos, entretanto, qualquer benefício prático.”<sup>5</sup>

Desse modo, entendemos que as novas nomenclaturas e sistematização trazidas pela novo código ao dispositivo em estudo serviram bem mais para dar uma aparência de novo, dado que trazidas por um novo diploma normativo que surge, do que de fato para transformarem o arranjo atual. O mesmo não se pode dizer do procedimento para a concessão da tutela requerida em caráter antecedente, o que, este sim, trouxe algumas novidades dignas de nota.

Esse novo procedimento vem abordado nos artigos 303 e 304 do CPC/15, *in verbis*:

“Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

---

<sup>5</sup> Observe que as lúcidas ponderações feitas pelo professor Carlos Augusto de Assis se referem ao Projeto de Lei 166/10, e não propriamente à lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), mas que tampouco deixaram de ser oportunas.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

Uma das novidades trazidas em relação ao procedimento é a desnecessidade da instauração de uma fase processual para a apresentação de provas com o fito de subsidiar o pedido de tutela provisória. Conforme ensina Fredie Didier Junior *et al* (2015, pág. 583), em sua obra Curso de Direito Processual Civil,

“Na verdade, em sendo pedido de concessão de *liminar* de tutela provisória de urgência, a ‘probabilidade do direito’ da parte deve ser demonstrada conjuntamente com a petição inicial. Havendo pedido de concessão *liminar* de tutela provisória de evidência, prevista nas hipóteses do art. 311, incisos II e III (cf. art. 311, p. único, CPC), a prova documental já deve acompanhar a petição inicial”.

No que diz respeito aos comentários acerca das novidades trazidas pela reforma implementada pelo Novo Código de Processo Civil, que como dissemos, só estará em vigor no ano vindouro, ficamos por aqui, dado que o objetivo deste tópico foi apenas trazer a questão da reformulação do diploma processual civil à tona, sem

quaisquer aprofundamentos. Passemos, pois, a tratar do objeto maior do presente trabalho no t3pico adiante.

#### 4. A TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO

Após descrever superficialmente sobre a tutela antecipada, suas principais características, requisitos, hipóteses de cabimento e as modificações processadas pelo novo CPC/2015 ao dispositivo, calha questionar se tal medida é cabível quando na outra parte da relação jurídica está o Poder Público. Tal indagação se justifica tendo em vista os diversos dispositivos que vislumbram valorosas prerrogativas ao Estado.

Como é sabido, o sistema jurídico vigente garante ao ente público numerosos benefícios jurisdicionais, como o direito à dilatação dos prazos processuais a seu favor (CPC, art. 188), a não incidência dos efeitos da revelia (CPC, art. 320, inciso II), a impenhorabilidade dos bens públicos (CPC, art. 649, inciso I), o duplo grau de jurisdição obrigatório a que devem se submeter as sentenças proferidas em seu desfavor (CPC, art. 475, inciso I) e a dispensa do depósito inicial para o ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 488, parágrafo único), citando apenas alguns, além de outros previstos na Constituição Federal/88, como a previsão do regime dos precatórios para os pagamentos devidos em virtude de condenações judiciais (art. 100).

Some-se a isso a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a vigência de legislação ordinária extravagante, a exemplos da lei 8.437/92 e da lei 9.494/97, que preveem o descabimento de medida liminar contra atos do Poder Público, e encontramos solo fértil para crer fielmente no descabimento da concessão de antecipações de tutela contra o poder público.

Mas a situação não é tão simplória como parece. Mencionadas as condições que obstaculizam a concessão das medidas antecipatórias em desfavor do Estado, não podemos esquecer de princípios constitucionais tão ou mais importantes do que os dispositivos mencionados, que dão guarida aos interesses da parte contrária, do particular, a exemplos do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, do efetivo acesso à justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ponderando um pouco mais a questão, indagamos a referência a conceitos abstratos, contidos na segunda parte do art. 4º da lei 8.437/92, que justificam a suspensão da execução da liminar nas ações movidas contra o Poder

**Público para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e a economia públicas.**

Lembramos, por fim, que os próprios requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela e as excepcionalidades que podemos encontrar nos casos concretos, em si, já são suficientes para questionarmos o potencial aspecto absoluto e inatingível que marca a proibição da concessão da medida e a eventual suspensão desta concessão, autorizada pela citada lei.

Apontada a duvidosa questão, passemos pois a analisá-la mais detidamente nos tópicos seguintes, notadamente no que diz respeito à suspensão da execução das liminares concedidas em desfavor do Estado.

#### 4.1 Significação do termo 'liminar'

Antes de iniciarmos a análise da questão, se faz necessário buscarmos um conceito ao termo 'liminar' para melhor entendimento do tema. O vocábulo é oriundo do latim, derivando do termo *liminares*, de *limen*, que significa entrada, porta, traduzindo aquilo que se realiza no início. Assim, o termo poderia ser entendido, incorporando um significado judicial, como todo o provimento que fosse concedido nas fases iniciais de um processo.

De um modo geral, apesar das liminares terem essa característica de ser concedidas ainda no início dos processos, não é esse atributo que determina providência judicial como sendo liminar. Aliás, como bem enfatiza Teori Zavascki (2009),

“Não é apenas em razão do momento de seu aparecimento que a decisão do juiz é considerada uma 'liminar'. Há liminares proferidas após justificação ou após a citação do demandado e nem por isso, apesar de já ultrapassada a *porta de entrada*, deixam de ser consideradas 'medida liminar'. (...) a palavra não realça o momento, mas sim o seu conteúdo. Quando se requer uma liminar se está pedindo alguma coisa, e não apenas que a decisão seja proferida em dado momento.

(...) a liminar consiste no provimento que antecipa providência que, pelo regime processual normal, ocorreria apenas como eficácia da futura sentença de procedência.”

Portanto, temos que a liminar terá sempre o seu significado relacionado com a sentença final, denotando o provimento judicial que atende, no todo ou em

parte, o postulado pelo autor como provimento final, ou em outras palavras, é a medida judicial que realiza, em caráter provisório, a antecipação do pedido formulado pelo autor, pouco importando se a decisão foi proferida no início do processo.

#### 4.2 O Estado em juízo

Ao Estado, foi historicamente atribuída uma série de funções que visam o alcance do bem-estar social. Talvez esta seja uma das razões que contribuam para uma constante presença do Poder Público como parte nas demandas judiciais, seja na condição de autor, seja na de réu.<sup>6</sup>

Talvez por isso, e com o passar dos anos, foi-se instalando no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de garantias e prerrogativas com um objetivo bem legítimo e definido, de tutela dos interesses do Estado, que, a final de contas, representa o próprio interesse da coletividade.

Acontece que não raras vezes, aqueles que se vestem do manto de autoridade pública, e para isso deveriam trabalhar em prol dos interesses públicos e pela busca da satisfação das necessidades dos cidadãos, motivo mestre que legitima uma série de poderes-deveres e prerrogativas legalmente asseguradas em favor do Estado, usurpam da função com o fim de atender a interesses escusos, nos quais citamos a própria manipulação e o uso indevido do processo para o alcance de fins fraudulentos.

Assim, ao invés de se ter como alvo legítimas ações de Estado para o alcance de desejadas condições sociais, muitas vezes o Poder Público anseia em juízo atos de interesse do governo que nem de longe se assemelham às lícitas aspirações da coletividade. Explícitas são as palavras do mestre Celso Antonio Bandeira de Melo citado por Elton Venturi (2010, pág. 23) nesse sentido:

“São interesses que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independente da sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.

---

<sup>6</sup> De acordo com dados publicados pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como base o ano de 2000, cerca de 85% das demandas em trâmite no citado Tribunal envolviam, como demandados, a Fazenda Nacional, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a Caixa Econômica Federal, segundo a Revista Consultor Jurídico, de 4 de setembro de 2000. <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>

Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões, bem fundadas que os administrados lhes fizessem, ou de cobrar tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', em quanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles o máximo”.

Não bastasse isso, observamos uma considerável oposição ao deferimento de instrumentos processuais postos em favor da efetividade do processo e da celeridade processual, muitas vezes pobres de argumentos justificáveis da decisão, como é o caso do instituto da antecipação de tutela, quando a pretensão tem como parte contrária o Poder Público.

Esse panorama reflete o longo caminho que ainda temos de percorrer para alcançar a concreta efetividade do processo, visto os inúmeros percalços relacionados com o cumprimento dos provimentos judiciais contrários ao Estado, notadamente o pedido de suspensão de liminares deferidas em desfavor do Poder Público, dispositivo consagrado no art. 4º da lei 8.437/92, atingindo também a tutela antecipada por determinação do art. 1º da lei 9.494/97, objeto principal do nosso estudo.

Tal medida é uma de outras tantas que fazem parte do rol de prerrogativas inerentes ao Estado em caso de flagrante ilegalidade ou manifesto interesse público, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nada mais salutar do que se utilizar de remédios jurídicos para tutelar interesses públicos.

O problema está se tal suspensão se der de forma indiscriminada, sem discernimento, sem a devida análise dos argumentos e condições que o caso concreto pode trazer, podendo levar a situações absurdas e de flagrante injustiça.

Desse modo, o instrumento que antes era intentado para a legítima proteção da coisa pública, nos tempos atuais ele tem sido muitas vezes usado de modo injustificado e tendencioso, fato que reclama por uma análise ligeiramente mais acurada, a ser realizada nos tópicos seguintes.

### 4.3 O pedido de suspensão

A lei 8.437/94 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, nos seguintes termos:

“Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...)”

**Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”** (Grifo nosso)

Tais disposições, que como dito se referem à concessão apenas de medidas cautelares contra atos do Poder Público, foram estendidas às tutelas antecipadas por força do artigo 1º da lei 9.494/97, *in verbis*:

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

Como podemos observar, os dispositivos apontados são poderosas ferramentas à disposição do Estado que visam tutelar os seus interesses, importando na remoção sumária da eficácia dos provimentos liminares judiciais e até mesmo das sentenças de mérito, determinada por autoridade judicial diversa daquela encarregada do efetivo julgamento da demanda.

O pedido de suspensão poderá ser feito quando estiver em jogo caso de manifesto interesse público ou flagrante ilegalidade, ou ainda para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A medida parece ser um tempestivo e salutar remédio judicial para a proteção dos direitos e interesses estatais, os quais devem de fato ser legitimamente protegidos. Acontece que, como dito, no decorrer dos anos tais pedidos passaram a

se tornar ferramenta manuseada pelo Poder Público para abrigar interesses de toda ordem, inclusive aqueles que pouco ou nenhuma relação possuem com o real conceito de interesse público.

Desse modo, a medida tem sido alvo costumeiro de questionamentos de sua constitucionalidade por parte da doutrina, seja pela forma de seu processamento em juízo, seja pela violação de garantias constitucionais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, seja pela referência de seu dispositivo a conceitos jurídicos abstratos e indeterminados.

A respeito do tema, Sérgio Ferraz apud Elton Venturi (2010, pág. 29), afirma que,

“a suspensão da liminar por autoridade diversa da que a concedeu, ou dos efeitos concessivos da segurança, é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal.”

No mesmo sentido são as palavras de Marçal Justen Filho também citado por Venturi (2010, pág. 30), que ao insinuar pela inconstitucionalidade do dispositivo, afirma que a citada norma foi “editada nos albores do período militar, visando a impor o controle político-governamental sobre os processos judiciais e reduzir a autonomia do Judiciário.”

Considerados os questionamentos apresentados e muitos outros renomados autores que questionam a constitucionalidade da medida, não esqueçamos que ela já foi alvo de ação direta de constitucionalidade ADC 4/DF, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela compatibilidade do dispositivo com a Constituição Federal de 1988.

Diante de tamanha controvérsia, é salutar que estudemos os pontos de convergência para que ao final indiquemos o nosso parecer.

#### 4.4 Referência a conceitos jurídicos indeterminados

##### 4.4.1 A ordem pública

O primeiro dos valores urgentemente tuteláveis descritos na lei 8.437/92 é o da ordem pública. Trata-se de expressão de definição profundamente vaga e

ampla, podendo variar no tempo e no espaço, sendo talvez por isso, conforme apontamento de Venturi, constantemente empregada nas pretensões de sustação de decisões contrárias ao poder público.

Aliás, talvez por esse motivo tenha surgido a ideia de que a suspensão de decisões judiciais amparada em tal valor venha a ser julgamento eminentemente político, dado que os contornos do significado da expressão ficaria à livre manifestação do presidente do tribunal competente.

A propósito, o renomado mestre José Afonso da Silva, na sua obra *Direito Constitucional Positivo* (2000, pág. 755 e 756), já mencionava a necessidade de limitar o significado da expressão. Para ele, ordem pública

“é algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Em nome dela se tem praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia”.

Diante de tal ensinamento, fica claro que buscar um significado ao termo com critérios objetivos tem papel de maior importância. Na verdade, mais valioso ainda seria se a própria norma delimitasse o termo. Evitaria assim, o vasto campo onde as decisões baseadas em tal valor pudessem desembocar em julgamentos puramente subjetivos e perigosamente sem critérios, fundamentando as mais diversas suspensões de provimentos judiciais em favor do poder público.

Mas como não o fez, anunciamos o entendimento do professor Elton Venturi sobre o termo. Para ele,

“legitimamente, o que busca tutelar o regime jurídico dos pedidos de suspensão é a chamada ordem pública administrativa, vale dizer, a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucionais e legalmente estabelecidas”. (VENTURI, 2010, pág. 140).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já suspendeu liminares contra o Estado argumentando que “há lesão à ordem pública, aqui compreendida a

ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado”.<sup>7</sup>

Também o Supremo Tribunal Federal, suspendendo a liminar que autorizava o pagamento dos vencimentos dos professores das universidades federais em greve, sob o argumento de tutela da ordem pública, alegou “lesão à ordem administrativa do Estado, principalmente levando-se em conta a extensão do movimento paredista, que envolve milhares de servidores e perdura há mais de trinta dias”.<sup>8</sup>

Tentando dar significado mais objetivo ao termo, Venturi (2010, pág. 141 e 142) vai além, ao afirmar que,

“A lei é clara ao exigir, para que se autorize a suspensão de decisões judiciais, a comprovação de *grave lesão à ordem pública*. Em tal sentido, não nos parece suficiente para ensejar a concessão da medida excepcional a simples alteração da usual ou normal execução das obras ou serviços públicos, senão a sua virtual inviabilização pela imediata exequibilidade da liminar ou sentença, única hipótese que caracteriza, objetivamente, a gravidade da lesão ao interesse público tutelado, legitimamente contrastada com o provimento judicial deferido em benefício do autor da ação contra o Poder Público”.

Nesse sentido, apresentamos importante decisão do STJ, para quem,

“A concessão singular de uma segurança, visando benefício a um funcionário, não pode ser considerada grave lesão à ordem pública a justificar a suspensão requerida, não sendo cabível presumir que a impetração será reiterada em feitos supervenientes”.<sup>9</sup>

Diante do exposto, fica patente que a ausência de norma regulamentadora que dê objetiva significação ao termo ‘ordem pública’ no campo em estudo, e a manipulação indiscriminada de tal valor podem levar determinados casos a descambar para um ambiente que não se coaduna com a real e singular prestação

---

<sup>7</sup> STJ, AgRg na STA. 66/MA, rel. Min. Edson Vidigal, j. 25.10.2004, DJ 06. 12.2004, p. 171.

<sup>8</sup> STF, SS 2061, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04.10.2001, DJ 10.10.2001, p.30.

<sup>9</sup> STJ, CE, AgSS 505/PA, rel. Min. Américo Luz, DJ 18.08.1997, p 37.776.

das decisões judiciais, transformando-se um instrumento eminentemente jurídico em ferramenta política de imensurável alcance.

#### 4.4.2 A economia pública

A ordem econômica é valor constitucional previsto no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, que se fundamenta na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na existência humana digna, na justiça social, e outros princípios, como o da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e outros.

Verificamos, pois, que a significação do termo é ampla, e que igualmente como o tópico anterior, a aplicação do termo à suspensão de medidas liminares contra o Estado requer tamanho cuidado, em face da amplitude do seu conceito.

Nesse sentido, é nítida uma considerável tendência em se referir à economia pública como o 'caixa' estatal fazendário, relacionando a grave lesão ao valor da obrigação, transformando o interesse da preservação da economia pública em preservação das finanças públicas.

Evidentemente, que não podemos deixar de lembrar que, para o cumprimento das obrigações constitucionais e da implementação de obras e políticas públicas reguladas em lei, o Estado o faz mediante a aplicação dos recursos públicos. No entanto, não podemos confundir o significado de interesse público com o de interesse fazendário.

Desse modo, diante de pedidos de suspensão de liminar contrárias aos legítimos interesses do poder público, caberá ao magistrado a análise das contas do Estado, através da requisição dos documentos respectivos, para aferir a sua real situação financeira, a fim de bem decidir se a liminar a qual se pretende suspender de fato está trazendo um grave comprometimento das reservas financeiras da Fazenda Pública.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é nesse sentido, conforme podemos observar no trecho da decisão a seguir:

“a grave lesão à economia pública não está relacionada tão somente com o montante do débito, mas sim com os danos que a decisão

judicial possa causar na ordem jurídica, no ponto em que privilegia o interesse particular em detrimento do público”.<sup>10</sup>

No mesmo rumo, trazemos brilhante decisão viabilizada pela Corte Suprema, que traduz o real e legítimo alcance do que seja ‘grave lesão à economia pública’:

“o pagamento imediato do reajuste de 147 por cento a milhões de aposentados, com acréscimo imprevisto de onze (11) trilhões de cruzeiros, na estimativa orçamentária das despesas anuais (1991/1992) do instituto nacional de seguridade social; a extrema dificuldade do INSS para recuperar as diferenças que viessem a ser pagas; a circunstância de muitos dos beneficiários do mandado de segurança já estarem recebendo as mesmas quantias, nos autos de outra ação, em juízo de primeiro grau (ação civil pública); a possível desestabilização das finanças, já combalidas, da previdência social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos do presente e do futuro. Tudo isso evidencia risco de grave lesão à economia pública, que, nos termos do art. 4º da lei 4.348 de 26.06.1964, 297 do RISTF e 25 da lei 8.038, de 25.08.1990, justifica a suspensão, pelo Presidente do STF, das seguranças deferidas pelo STJ (MS 1.270 e 1.233) à Associação dos Aposentados e Pensionistas de Brasília e ao Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo”. (STF, TP, AgRSS 471/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 13.04.1992, m.v., DJ 04.06.1993, p. 11.011).

Importante ainda destacar, antes de passarmos ao tópico seguinte, apropriadas considerações do professor Elton Venturi (2010, pág. 146) a respeito do tema, nos seguintes termos:

“Insistimos, na necessidade de se apartarem as hipóteses nas quais a execução da decisão judicial, muito embora importe em comprometimento das finanças estatais, não tem o condão de afetar objetivamente (inviabilizar) a prestação dos serviços públicos essenciais ou a edificação de obras públicas indispensáveis. Saliente-se, ainda, a previsibilidade (em certos casos) da condenação judicial da Fazenda Pública que torna injustificável a sustação de provimentos deferidos em prol dos particulares, muitas vezes motivados inclusive por necessidades alimentares. Somente diante da imprevisibilidade e da vultosidade da condenação da Fazenda Pública justificar-se-ia a sua sustação cautelar, a bem do interesse público, até o julgamento do feito, a fim de preservar-se a economia pública.

Ao não se respeitar tais critérios, dando-se guarida a pretensões de sustação da eficácia de decisões contra o Poder Público sob o

---

<sup>10</sup> STJ, CE, AgSS 546/CE, rel. Min. Bueno de Souza, j 19.12.1996, m.v. DJ 28.06.1999, p.41.

simples e fácil argumento de comprometimento das finanças públicas, desprovido de forte comprovação empírica, o que transparece nada mais é senão a impressão de que o conceito de Estado de Direito possui natureza equívoca, mutável aos dissabores da voracidade arrecadadora do Fisco que quase sempre se proclama estar à beira da falência, muito mais por ineficiência administrativa e malversação das verbas públicas do que por qualquer comportamento imputável aos administrados.”

#### 4.4.3 A segurança pública

Um terceiro vetor a amparar o pedido de suspensão de medidas cautelares e antecipatórias contra o Poder Público é o da grave lesão à segurança pública. O termo vem tratado no artigo 144 da Constituição Federal, que chancela ser a segurança pública exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos policiais respectivos.

O mestre José Afonso da Silva (2000, pág. 756) leciona consistir a segurança pública,

“numa situação de preservação ou restabelecimento da convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”.

Trata-se de mais um valor que deve ter seu significado estabelecido por meio de critérios rigidamente objetivos, a fim de se evitar o uso indiscriminado do termo para a concessão arbitrária da suspensão de liminares em desfavor da Fazenda Pública.

Além disso, as especificidades de cada caso devem ser cuidadosamente apreciadas, dado que em muitas situações o estado de perigo emana de hipóteses bem específicas, aparentemente sem maior potencialidade danosa. É o caso de liminar que determina a reintegração de servidor público às suas funções. Neste caso, aparentemente não há qualquer indício de que a decisão cause grave lesão à segurança pública. Entretanto, há casos em que a decisão, por mais simplória que possa parecer, pode potencialmente gerar dano grave à segurança pública, como apropriadamente já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos termos a seguir:

“Suspensão de segurança. Demissão de policial civil estadual a bem do serviço público. Liminar, em mandado de segurança, assegurando o retorno do Delegado de Polícia ao exercício de suas funções, ao fundamento de que, em virtude de estar respondendo a ações penais pelos fatos, somente após a conclusão destas seria possível a demissão (...). Aspectos de ameaça, também, de grave lesão a segurança pública que merecem ser considerados, pela influência do Delegado de Polícia demitido e os graves envolvimento que lhe são imputados, com reflexos no funcionamento do aparelho policial estadual e na segurança dos cidadãos, máxime, em virtude dos fatos apurados”. (STF, TP, AgRSS 284/DF, rel. Min. Nery da Silveira, j. 11.03.1991, v.u., DJ 30.04.1992, p. 5.722).

Chamo a atenção, por fim, para um apontamento feito por Venturi (2010, pág. 149), ao afirmar que,

“Mais comum, todavia, é a fundamentação da grave lesão à segurança pública em hipóteses de evidente comoção social, como retratado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça ao suspender a execução de liminares que obstaculizam o programa de reforma agrária do governo federal, pelo temor da reação dos integrantes do movimento dos sem-terra”.<sup>11</sup>

#### 4.4.4 A saúde pública

O quarto e último vetor a subsidiar pedidos de suspensão de liminar contra o poder público, decorrente do art. 4º da lei 8.437/92, é a grave lesão à saúde pública. Esta vem expressa nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, que a considera direito social e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

---

<sup>11</sup> “Programa de assentamento rural adotado e desenvolvido pelo governo do Estado de São Paulo na região denominada ‘Pontal do Paranapanema’. Decretos liminares concedidos em ações mandamentais que, ao emprestarem efeito suspensivo a agravos de instrumento interpostos contra decisões concessivas de cautela antecipada, tiveram o condão de paralisar o plano governamental. Potencialidade de ocorrência de graves e imprevisíveis distúrbios da ordem e segurança públicas, mercê da atuação de grupo de pessoas que se auto intitulam ‘sem-terra’. Conquanto o Poder Judiciário não possa descurar do direito de propriedade, de um lado, por outra parte deve estar atento aos reflexos no contexto social que suas decisões provocam. Situação de intranquilidade social que ainda persiste na localidade bandeirante, não sendo elidida pelos meros argumentos trazidos pelos agravantes.” (STJ, CE, AgSS 450/SP, rel. Min. Bueno de Souza, j. 21.08.1996, v.u., DJ 16.09.1996, p. 33.651, v.87, p.17).

A saúde pública é, assim, como os demais tópicos estudados, expressão de significado amplo, muitas vezes de difícil estabelecimento conceitual objetivo, o que nos remete aos mesmos cuidados apontados nas alíneas anteriores quanto à sua aplicação nas decisões de pedidos de suspensão de liminares formulados pelo Estado.

Os pedidos de suspensão de decisões liminares amparadas pela proteção à saúde pública tem como objetivo a garantia do bem-estar social, implicando a restauração e manutenção da saúde física e psíquica da população.

Diante de tal premissa, é comum que o requerimento de sustação de medidas liminares contrárias ao poder público que tenham como fundamento a grave lesão à saúde pública, digam respeito a provimentos que determinam o financiamento público de tratamentos médicos onerosos, muitas vezes realizados em outros estados ou mesmo no exterior, ou ainda, de situações que de qualquer modo impliquem em gasto público vultoso que comprometa o orçamento destinado ao implemento das políticas públicas mandamentais consagradas na Constituição Federal e em outras normas, “hipóteses nas quais é comum acumular-se os fundamentos referentes à grave lesão à saúde e à economia públicas”. (Venturi, 2010, pág. 151)

Nesse sentido, apresento decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“A determinação contra legem que obriga o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/requerida faça cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, tem potencial de lesionar a saúde pública, constituindo-se precedente para um número indefinido de outras situações semelhantes”. (STJ, CE, AgRSS 1467/DF, rel. Min Edson Vidigal, j. 16.02.2005, DJ 21.03.2005, p.196)

É mister destacar, ainda, pertinentes ponderações do professor Elton Venturi (2010, pág. 152) sobre julgamento do Supremo Tribunal Federal em que, após realização de audiência pública em abril de 2009, tentou dar direção a intervenção jurisdicional nos casos de requerimento de proteção individual da saúde.

Desse modo, ele diz:

“Por ocasião da apreciação da STA 175<sup>12</sup>, o Plenário do STF decidiu pelo improvimento de nove recursos (agravos) interpostos em pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar. Tais impugnações objetivavam suspender a execução de medidas liminares que determinaram ao Poder Público o imediato fornecimento das mais variadas prestações de saúde – como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses, próteses, criação de vagas de UTI's e de leitos hospitalares, contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, dentre outros.<sup>13</sup>

Da análise dos referidos casos concretos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ‘inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da lei 8.437/92’, destacando, ainda, que ‘a suspensão da decisão representa *periculum in mora* inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente”.

Desse modo, fica clara a importância de uma análise mais acurada dos contornos conceituais de cada um dos fundamentos que amparam os pedidos de suspensão formulados pelo Poder Público, para que sejam evitadas decisões em favor do Estado fundadas em argumentos abstratos e indeterminados, que efetivamente tem pouca ou nenhuma relação com um perigo real e iminente ao interesse público.

#### 4.5 O reexame necessário, a ordem dos precatórios e a prevalência dos direitos fundamentais

Diante das robustas ponderações sobre a proibição da antecipação de tutela contra o Poder Público já estudadas, ainda resta analisar possíveis obstáculos que possam impedir o deferimento do provimento antecipatório, como o duplo grau de jurisdição obrigatório a que são submetidas as sentenças proferidas contra o Estado, e o pagamento das obrigações dos débitos estaduais através da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Sobre o reexame necessário, Elton Venturi (2010, pág. 284) ensina que

---

<sup>12</sup> STA 175, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.09.2009, DJ 25.09.2009.

<sup>13</sup> Os recursos apreciados diziam respeito às suspensões de tutela antecipada (STA) 175, 211 e 278; das suspensões de segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355; e da suspensão de liminar (SL) 47.

“a imposição da revisão obrigatória das sentenças contrárias ao Poder Público não inviabilizaria, por si só, a antecipação da tutela jurisdicional. Tomando-se em conta o fato de que a antecipação não é instrumentalizada, em regra, via sentença, mas sim via decisão interlocutória, não incidiria o art. 475, I, do CPC.

Por outro lado, mesmo que não se utilizasse tal interpretação literal do dispositivo referido, ainda assim deveria ser afastada sua aplicação sempre que se tratasse da antecipação da tutela, uma vez que a principiologia de tal técnica processual revela-se absolutamente inconciliável com o reexame necessário, ou melhor, com a suspensão da eficácia da decisão judicial operada pela remessa necessária.”

A propósito, o inciso VII, do art. 520 do CPC, incluído pela lei 10.532/01, em que determina o recebimento do recurso de apelação apenas no seu efeito devolutivo quando sentença confirma a tutela antecipada, deixa mais patente a mencionada incompatibilidade.

No mesmo passo de Venturi, caminha Eduardo Arruda Alvim (2009, pág. 338 e 340). Para este,

“(...) efetivamente, não existe óbice algum à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Nem mesmo o fato de a sentença proferida contra a Fazenda Pública sujeitar-se ao reexame necessário (CPC, art. 475, inc. I) impede, segundo nos parece, a referida antecipação de tutela. (...)

Por outras palavras, afigura-se perfeitamente possível compatibilizar a ideia de reexame necessário com a efetivação imediata da antecipação de tutela via decisão interlocutória ou concedida na sentença. Deveras, seja no caso de antecipação de tutela concedida por decisão interlocutória e ulterior sentença de procedência, seja no caso de a antecipação dar-se na própria sentença, o certo é que a tutela poderá ser implementada, pois nem a apelação voluntária da Fazenda, tampouco a remessa necessária terão o condão de impedir que isso ocorra.”

No que diz respeito à ordem cronológica de apresentação dos precatórios a que estão sujeitos os credores em face da Fazenda Pública, o pensamento de Venturi (2010, pág. 285) é no sentido da viabilidade da concessão da antecipação de tutela, sem que tal regime de pagamento impeça o deferimento da medida. Segundo ele,

“A previsão constitucional do especial regime de pagamentos das condenações suportadas pela Fazenda Pública (via ordem cronológica de precatórios), por sua vez, para além de não ser absoluto, não afetaria a execução de outros provimentos judiciais, de

natureza diversa da condenatória, como, v.g., os provimentos de execução específicas.

Neste passo, a se conceber que a tutela antecipatória é deferida via decisão de natureza eminentemente mandamental, impõe-se observar que não se trata de se executar o Poder Público por quantia certa, tal como se fosse uma condenação obtida via sentença condenatória. Trata-se, sim, de providenciar o imediato cumprimento da ordem judicial impondo uma obrigação de ação (fazer) ou de abstenção (não fazer).

Mesmo nas hipóteses de condenação do Poder Público por quantia certa, anota Cássio Scarpinella Bueno, após analisar a jurisprudência do STJ, que 'a antecipação neste caso poderia significar o início, desde logo, da quantificação do bem perseguido pelo autor da ação, instrumentando-se a execução provisória, como regra, até a expedição do precatório (...).'

O professor Eduardo Alvim (2009, pág. 344 e 346) pondera pela incompatibilidade do regime de precatórios em relação à concessão da antecipação de tutela em desfavor do Estado. Diz ele que,

“Não nos parece possível, todavia, que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública se possa constituir, como regra, em título hábil a que o credor, em cujo favor foi concedida a antecipação de tutela, entre na ordem dos precatórios. Parece-nos que a transitoriedade própria das decisões antecipatórias de tutela é incompatível com a expedição de precatórios, o que, ademais, acabaria por ferir a isonomia, sendo essa, ademais, a interpretação que deflui da letra do Texto Constitucional (art.100, § 3º). Para nós, como dito, se a decisão antecipatória de tutela se pudesse constituir em título apto a ensejar a expedição de precatórios, isso fatalmente colidiria com o princípio constitucional da igualdade, haja vista que estariam sendo colocados em pé de igualdade o credor da Fazenda Pública, cujo crédito foi reconhecido por sentença transitada em julgado, e o suposto credor da Fazenda, que nada mais teria do que uma decisão provisória no sentido de que provavelmente é credor.”

Por fim, registramos os firmes e, ao nosso ver, acertados apontamentos do professor Luiz Guilherme Marinoni (2011, pág. 258). Ele sustenta com veemência a inconstitucionalidade das proibições de antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública com um simples, mas inteligente, argumento: “Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré.”

Não podemos esquecer dos princípios constitucionalmente garantidos da efetividade e do acesso à justiça, que em outras palavras, significam dizer que o

cidadão não tem apenas o direito de recorrer ao judiciário, mais do que isso, tem direito assegurado pela Lei Maior, matriz de onde derivam todas as demais normas, de uma tutela efetiva e tempestiva.

No que tange ao reexame necessário, potencial obstáculo à concessão da antecipação de tutelas contra a Fazenda, Marinoni (2011, pág. 259) chancela:

“o artigo 475 não pode impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, pena de inconstitucionalidade. Nos casos de ‘fundado receio de dano’, de ‘abuso de direito de defesa’ e de ‘direito evidente’ é possível a produção antecipada dos efeitos da tutela final, já que o autor que tem razão não só não pode ter direito lesado (direito à efetividade da tutela jurisdicional), como também não pode ser obrigado a suportar o tempo do processo, nos casos em que há ‘abuso do direito de defesa’ ou o seu direito é evidente (direito à tempestividade da tutela jurisdicional)”.

Em referência ao regime de precatórios, nas obrigações definidas como de pequeno valor, em que a lei dispensa o precatório, Marinoni (2011, pág. 260) explica que não há inteligência em conceber que a dispensa do precatório apenas pode ocorrer diante de sentença transitada em julgado. Para ele, “se a dispensa do precatório tem o objetivo de conferir maior tempestividade à execução da sentença, a tutela antecipatória, pela mesma razão, também deve dispensá-lo”.

No que tange à verba de natureza alimentar, Marinoni (2011, pág. 261) ensina que o regime de precatório deve ser dispensado, ainda que a soma pretendida seja de valor superior a 60 salários mínimos. Ele afirma que,

“embora o art. 100, § 3º, da Constituição Federal diga que o precatório somente pode ser dispensado diante de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, não há como negar que a execução por meio de precatório é incompatível com a própria necessidade que legitima a antecipação de soma de natureza alimentar, seja ela de qualquer valor.”

O próprio STJ e STF tem mitigado a decisão proferida na ADC/4, que suspendeu com efeitos *ex nunc* e vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha como fundamento a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da lei 9.494/97.

Nesse sentido, nos aponta Elton Venturi (2010, pág. 288) que o STJ passou a autorizar a antecipação de tutela contra a Fazenda nas hipóteses de

condenação de natureza alimentar<sup>14</sup>, em casos de tutela de direitos fundamentais<sup>15</sup>, quando há pacífico entendimento do tribunal a respeito do direito discutido<sup>16</sup> e, genericamente, em todas as hipóteses que não recaiam precisamente nas vedações referidas pelo art. 1º da lei 9.494/97<sup>17</sup>.

A seu turno, o STF, decidiu em outra série de precedentes as hipóteses nas quais não se aplicam as proibições de concessão de tutelas antecipadas em desfavor da Fazenda Pública<sup>18</sup>.

Diante da farta fundamentação doutrinária e da flexibilidade da interpretação da decisão do ADC/4 por parte dos tribunais superiores, resta evidente tendência no sentido da consagração do cabimento das medidas antecipatórias contrárias ao Poder Público, posição à qual firmemente nos alinhamos.

---

<sup>14</sup> STJ, 6ª T., REsp 232005/CE, rel. Min. Garcia Vieira, j. 18.11.1999, v.u., DJ 07.02.2000, pág. 139: “Tratando-se de questão pacificada e tendo a dívida natureza alimentícia, cabe a tutela antecipada contra a União”.

<sup>15</sup> STJ, 1ª T., AgRREsp 635949/SC, rel. Min. Luiz Fuz, j. 21.10.2004, DJ 29.11.2004, p. 252: “A tutela antecipada contra o Estado é admissível quando em jogo direitos fundamentais como o de prestar saúde a toda a coletividade. Proteção imediata do direito instrumental à consecução do direito-fim e dever do Estado. Tutela antecipatória deferida em favor de hospitais, que lidam com a prestação de serviços à comunidade carente, visa a preservação do direito personalíssimo à saúde. Inaplicação do art. 1º da Lei 9.494/97”.

<sup>16</sup> STJ, REsp 174582/RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j.01.09.1998, v.u., DJ 13.10.1998, p.44: “A tutela antecipada contra a Fazenda Pública só é admissível quando se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado e, com base em precedentes jurisprudenciais, quando, no campo tributário, há entendimento pacífico nos tribunais sobre a relação jurídica em debate”.

<sup>17</sup> STJ, 5ª T. AgRREsp 687190/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. 22.03.2005, DJ 16.05.2005, p. 396: “Processual civil. Agravo regimental. Art. 273 do CPC. Súmula 7 do STJ. Art. 475 do CPC. Reexame do conjunto probatório. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Possibilidade. Caso não incluído na excepcionalidade da Lei 9.494/1997. A concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública é vedada somente nas situações versadas no art. 1º da lei 9.494/97”.

<sup>18</sup> Nesse sentido, são os julgados a seguir do Tribunal Pleno do STF: “Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito” (Rcl 6468 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe-025, 05.02.2009, pub. 06.02.2008); “Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC 4, a decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público” (Rcl 5983 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe-025, 05.02.2009, pub. 06.02.2009); “Não ofende a decisão liminar proferida na ADC 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório” (Rcl 5174 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.03.2008, DJe-074, 24.04.2008, pub. 25.04.2008).

## 5. DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

Para aqueles que buscam o Poder Judiciário a operar uma resposta ao seu litígio, o tempo é motivo de grande preocupação, não apenas para quem espera o provimento judicial, mas para os próprios estudiosos do direito que buscam incessantemente soluções para um problema de tamanha extensão. Mais preocupados que aqueles, talvez estejam os que litigam contra o Poder Público, em virtude da existência de poderosas ferramentas, como as acima estudadas, que remam contra os seus anseios, proibindo a concessão de antecipação de tutelas em desfavor do Estado, ou mesmo sustando a sua execução.

Não podemos esquecer que essas normas tem natureza restritiva, e por isso mesmo, deverão ser aplicadas apenas em casos excepcionais, vale dizer, não podem receber interpretação ampliativa. Modificar esse sentido é contrariar a sua essência.

Desse modo, aplicar as restrições de concessão de tutelas antecipadas contrárias à Fazenda Pública a todas as hipóteses é terminantemente inviável, sob pena de afronta ao princípio constitucional da efetividade. Quanto a este, não basta que o Estado reconheça-o, apenas formalmente. É essencial que, para além de uma singela declaração constitucional desse direito, seja ele inteiramente respeitado e garantido.

Sabemos, obviamente, que a efetividade não é princípio constitucional absoluto. Aliás, nenhum deles o é. Nem sempre o direito à efetividade e à segurança jurídica conviverão simultaneamente em harmonia. Em determinadas situações, um deles há de sofrer restrições, para a plena aplicação do outro. Poderemos, não raras vezes, nos deparar com situações no caso concreto que a plena garantia do direito à segurança jurídica implicaria em inteira restrição do direito à efetividade do processo e vice-versa.

Diante da colisão de valores de mesma envergadura constitucional, o que dizer sobre a constitucionalidade das limitações impostas à concessão de tutela em desfavor da Fazenda? Obviamente que respeitamos a opinião daqueles que pensam que formular juízo definitivo sobre a inconstitucionalidade das restrições impostas a concessão da antecipação de tutela é algo que deve ser evitado, devendo ser operado análise dos direitos em colisão no caso concreto.

Ao mesmo passo, apesar do STF já ter declarado por meio da ADC/4 a constitucionalidade de tais restrições, nosso entendimento é pela inconstitucionalidade das medidas restritivas, na mesma esteira dos ensinamentos dos professores Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Junior e Marçal Justen Filho e dos Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso, para quem a proteção jurisdicional imediata à lesão atual ou iminente não pode ser repelida por ato normativo infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional, enseje a aniquilação do próprio direito material.

Indo além, citamos ainda afronta ao princípio da isonomia, pois, enquanto o particular teria uma única chance de impugnar a decisão denegatória da concessão da tutela antecipada por meio do agravo, a Fazenda teria inúmeras oportunidades de impugnar a concessão da tutela, rechaçando o ato coator, por meio de agravo, pedido de suspensão, agravo contra a denegação do pedido de suspensão, e novo pedido de suspensão no STJ e STF. Seriam várias oportunidades contra apenas uma, em flagrante ofensa à isonomia.

Poderíamos ainda citar afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em desfavor do particular. Enquanto no deferimento da tutela antecipada em favor do particular, a Fazenda é citada antes da concessão ou, dependendo do caso, após a concessão da medida, no pedido de suspensão, a lei não faz qualquer referência à citação do particular para que se defenda sobre o pedido, nem antes e nem depois do deferimento de sustação da execução da tutela.

Sem quaisquer aprofundamentos, essa é a nossa posição. Àqueles que buscam reflexões mais criteriosas sobre a matéria, a farta fonte bibliográfica disponível sobre o tema é solo fértil para tal mister.

Precisamos, por fim, deixar claro ao nosso ilustre leitor que este singelo ensaio não encerra as reflexões sobre os dispositivos estudados, muito pelo contrário, ele está continuamente aberto a sinceras ponderações e críticas, as quais serão sempre muito bem vindas.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ASSIS, Carlos Augusto de, e outros. **Novas tendências do processo civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. II. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- BOLDRINI NETO, Dino . **Tutela antecipada nos pedidos incontroversos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. 15ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Rideel, 2012.
- BRASIL. Constituição (2012). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 3.476/00 que estabelece critérios para a efetivação da tutela antecipada, do procedimento sumário e da execução judicial e extrajudicial, objetivando uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19723> >. Acesso em 21/05/15.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Tutela antecipada na sentença: com as alterações introduzidas no CPC, pelas Leis 10.352/01, 10.444/02, 11.232/05 e 12.016/09**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. **As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.
- DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno. OLIVIERA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Vol. II. 10 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Tutela antecipada recursal**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREIRE, Alexandre Reis e outros. **Novas tendências do processo civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORON, Lívio Goellner. **Tutela específica de urgência** – Antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória** (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Antecipação da tutela**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, Fernando Horta (Coordenador). **Urgências de tutela**: Processo Cautelar e Tutela Antecipada, reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2012.

TOMAZONI, Fernanda Ruiz. **Tutelas de urgência**: (ir)reversibilidade. Curitiba: Juruá, 2007.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.