

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Flávia Santos Garcia

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Flávia Santos Garcia

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Andrei Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP

2004

## **A TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Andrei Mohr Funes

Gilmara Pesquero Fernandes Morh Funes

Roberto Cardoso dos Santos

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2004.

“O valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte desconhecido. Não seria demasiado atrevimento comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso. Ademais, também, sob este aspecto, o processo é vida. As exigências que se põem ao juiz sob o aspecto do tempo, são três: detê-lo, retroceder, acelerar seu curso”.

Francesco Carnelutti

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus, fonte de luz e sabedoria que está sempre presente ao meu lado.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Andrei Mohr Funes, pelo tempo despendido, oferecendo-me todo seu conhecimento e saber jurídico.

À professora Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes, que muito mais que professora foi minha amiga, a qual tive o grande privilégio de conhecer.

Ao Doutor Roberto Cardoso dos Santos, por aceitar compor a banca examinadora.

Às minhas amigas, Carolina e Maria Paula, que repartiram comigo momentos inesquecíveis e intensos de alegrias.

Aos meus pais, por jamais terem medido esforços para virem meus sonhos realizados, a quem eu devo tudo que sou.

## RESUMO

Trata-se de trabalho que analisa o instituto da Tutela Antecipada, introduzido no nosso ordenamento jurídico através da lei 8952/94, que deu nova redação aos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, no que concerne a sua aplicabilidade nas ações em que a Fazenda Pública ocupa o pólo passivo.

A antecipação de tutela foi uma medida que surgiu como forma de efetivação da justiça, tornando a prestação jurisdicional mais eficaz e tentando combater os danos causados pela ação do tempo no processo.

Foi apresentado pela autora entendimentos doutrinários acerca do tema, enfrentando os óbices que dificultam a possibilidade de concessão da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública e demonstrando que sempre que presentes os requisitos legais exigidos, o magistrado deverá deferir tal medida, ainda que seja a mesma, contra a Fazenda Pública, estando assim respeitados os princípios da efetividade e da isonomia entre as partes atuantes no processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Antecipada, Fazenda Pública, Efetividade, Acesso á Justiça, Isonomia.

## **ABSTRACT**

It is a work that analyzes the institute of the anticipated tutelage, introduced in our juridical ordenament through the law 8952/94, with new composition to the articles 273 and 461 of Civil Process Code, in what concern its applicability where Public Finance occupies the passive pole.

The tutelage anticipation was a way that appeared as a form of efectivity of the justice, becoming the installment jurisdictional more effective and trying to combat the damages caused by the action of the time in the process.

It was presented by the author doctrinaire understandings about the theme, facing the impediments that embarrass the possibility of concession of the Premature Protection in face of Public Finance and demonstrating that whenever the demanded legal requirements are pretents, the magistrate should grant such measure, although it is the same, against the Public Finance, being respected the beginnings of the effectiveness and of the isonomy among the active parts in the process.

**KEY WORDS:** Anticipated tutelage, Public Finance, Effectiveness, Access to the Justice, Isonomy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUA EFETIVIDADE</b> .....	11
<b>1.1 Origem Histórica do Processo Civil</b> .....	11
<b>1.2 Princípios constitucionais aplicados no processo civil</b> .....	14
1.2.1 Princípio do Devido processo Legal .....	15
1.2.2 Princípio da Inafastabilidade .....	16
<b>1.3 O Acesso à Justiça e a Efetividade da Prestação Jurisdicional</b> .....	16
<b>1.4 A Necessidade da Prestação Jurisdicional ao Indivíduo</b> .....	19
<b>2 DA TUTELA ANTECIPADA</b> .....	21
<b>2.1 A tutela antecipada antes da lei</b> .....	21
<b>2.2 Definição</b> .....	23
<b>2.3 Natureza Jurídica e características</b> .....	23
<b>2.4 Momento para concessão da medida</b> .....	25
<b>2.5 Competência</b> .....	28
<b>2.6 Disciplina Legal</b> .....	30
<b>2.7 Requisitos</b> .....	31
2.7.1 Requerimento da Parte Legitimada .....	32
2.7.2 Prova Inequívoca .....	34
2.7.3 Verossimilhança da Alegação .....	35
2.7.4 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação .....	37
2.7.5 Abuso do Direito de Defesa ou do Manifesto Propósito Protelatório do Réu .....	39
2.7.6 Reversibilidade do Provimento Antecipatório .....	41
2.7.7 O Pedido Incontroverso .....	43
<b>2.8 A tutela antecipada nas ações constitutivas, declaratórias e condenatórias</b> .....	43
2.8.1 Nas Ações Constitutivas .....	43
2.8.2 Nas Ações Condenatórias .....	44
2.8.3 Nas Ações Declaratórias .....	44
<b>2.9 Distinções com Tutela Cautelar</b> .....	45
<b>2.10 Legitimidade para requerer</b> .....	47

<b>2.11 A execução da tutela antecipada .....</b>	<b>49</b>
<b>3 DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA .....</b>	<b>52</b>
<b>3.1 Considerações Gerais .....</b>	<b>52</b>
<b>3.2 Os óbices encontrados para a concessão do instituto contra a Fazenda pública .....</b>	<b>52</b>
<b>3.3 As prerrogativas processuais atribuídas à Fazenda Pública .....</b>	<b>53</b>
<b>3.4 A lei nº 9494/97 e as limitações impostas à aplicação da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública .....</b>	<b>54</b>
<b>3.5 Reexame necessário .....</b>	<b>56</b>
<b>3.6 A execução por meio do precatório .....</b>	<b>58</b>
<b>3.7 Motivos Justificadores do tratamento diferenciado à Fazenda Pública .....</b>	<b>60</b>
<b>3.8 A aplicação da Tutela Antecipada em face da fazenda Pública .....</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil é um ramo do direito processual, composto por um conjunto de normas e princípios aplicados para dirimir os conflitos de natureza civil.

Dessa forma, o processo civil atua como instrumento do exercício da função jurisdicional do Estado, que visa a pacificação social. Visando o interesse da sociedade e a melhor aplicabilidade da justiça, devem ser afastados todos os obstáculos que impedem a efetividade do processo, bem como a aplicação de um processo justo.

A função jurisdicional a ser desempenhada pelo Estado quando da solução do caso concreto, deverá respeitar as regras contidas na Constituição Federal, que no presente caso a ser estudado, merece maior destaque, os direitos fundamentais que garantem ao indivíduo o tratamento igualitário entre as partes no processo (Art. 5º, inciso I), o acesso à justiça (Art. 5º, inciso XXXV), contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV), entre outros.

Não basta o estado prever o acesso à justiça, sem que juntamente, dite normas que possam garantir a eficácia de tal direito.

Para isso, foram simplificados ritos e procedimentos do processo, criando mecanismos consistentes na agilização do Poder Judiciário.

O instituto da tutela Antecipada, encontra-se como uma forma de efetividade e agilização da prestação jurisdicional, previsto no Art. 273 do Código de Processo Civil.

Ao ser introduzido no nosso ordenamento, a concessão do instituto fica condicionada a presença dos requisitos exigidos, quais sejam: a existência de prova inequívoca, o convencimento da verossimilhança da alegação, e de forma alternativa, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, à ocorrência de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, ou ainda, a existência do pedido incontroverso.

No entanto, ainda não é pacífico o entendimento doutrinário quanto a concessão da Tutela Antecipada em face da fazenda Pública.

Com a Lei 9494/97, tal questão tornou-se ainda de maior discussão, o que acarretou a ADC nº 4 com a manifestação do Supremo tribunal federal, existindo ainda hoje entendimentos divergentes com relação ao tema.

O presente trabalho buscou o estudo e apresentação, de forma superficial, dos aspectos polêmicos quanto à concessão da tutela antecipada em face do Poder Público, enfrentando os entraves legais que alguns doutrinadores apresentam como impeditivos à concessão da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública.

# 1 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUA EFETIVIDADE

## 1.1 Origem Histórica do Processo Civil

Com os conhecimentos científicos atuais, verifica-se que o direito é essencial para a vida em sociedade. É ele o responsável pela vida ordenada, de modo a organizar as relações existentes entre os membros de uma civilização. Mas nem sempre ocorreu de tal forma.

Muito antigamente, o direito processual civil estava vinculado a preconceitos religiosos e superstições.

Nas fases primitivas da civilização inexistia um Estado capaz de controlar o individualismo dos homens e aplicar o direito. Não havia a aplicação do direito e nem a existência de leis.

Assim, toda vez que surgisse um conflito, as partes confrontantes tentavam por si só e com suas próprias forças, satisfazer suas pretensões, ou seja, o mais forte sempre vencia. Verifica-se, dessa forma, a presença do instituto da autotutela. Regime este que deixa de atribuir justiça e o vencedor passa a ser o mais forte, mais ousado, e não o mais justo.

Com o passar do tempo, ainda nos sistemas primitivos, além da autotutela, era possível solucionar os litígios através da autocomposição. Por este instituto, ambas as partes em conflito ou apenas uma delas, abria mão de seu interesse total ou parcial.

Com o nascimento do Estado, o processo civil foi aos poucos se destacando no cenário social. Na sua evolução, destacaram-se três momentos, dentre os quais o direito romano.

O primeiro período ficou conhecido como *legis actiones*. Trata-se de uma etapa primitiva que resiste até o Século II a.C. Neste momento, primeiramente, o magistrado autorizava a aplicação da lei e determinava o objeto do litígio, à partir daí, os árbitros, que eram cidadãos escolhidos, prolatavam a sentença.

Na segunda fase, em razão da complexidade das relações jurídicas, as ações foram abolidas e o magistrado ficou autorizado a conceder fórmulas de ações que fossem aptas a compor toda e qualquer lide. Esta etapa ficou conhecida como *per fórmulas* e se estendeu até o Século III d.C. Em tal procedimento, era vedada a autotutela e caso as partes não entrassem num consenso quanto a escolha do árbitro, este seria escolhido pelo Estado. Assim como na *legis actiones*, existia nesta fase duas etapas. A primeira ocorria depois da apreciação da pretensão do autor e oitiva do Réu e a segunda, caso a ação fosse concedida, ocorria na medida em que o magistrado entregava uma fórmula escrita ao autor, encaminhando-o ao árbitro para julgamento. Portanto, já se verificava nesta etapa a presença do advogado.

Entre os anos de 200 a 565 d.C, tem início a terceira fase do processo civil romano, conhecida como *cognitio extra ordinem*. Neste momento ocorria uma ingerência mais ampla do Estado na jurisdição que se encontrando suficientemente fortalecido, impunha de forma autoritária a sua solução para os conflitos de interesses. Aqui a justiça deixava de ser privada, desaparecendo a figura do árbitro privado, passando a função jurisdicional a ser privativa dos funcionários do Estado. Tal procedimento assumia a forma escrita e compreendia o pedido do autor, defesa do réu, instrução da causa, prolação da sentença, sua execução e ainda o recurso cabível para o caso.

Com a queda do império romano, ocorreu a imposição dos costumes e do direito germânico. Determinado direito dos povos germânicos possuía um nível muito inferior ao direito romano.

Mais tarde verifica-se a presença de um fanatismo religioso, onde se acreditava que a divindade se fazia presente durante os julgamentos. Ao juiz não era permitido ter iniciativa probatória, não tendo ele liberdade na apreciação das provas. O magistrado verificava apenas se determinada prova existia ou não, pois seu valor já vinha fixado pelo direito positivo.

A verdade real ou material não era buscada, havendo o contentamento tão só com a verdade formal, acreditando-se muitas vezes em meios artificiais fundados na crença da intervenção divina nos julgamentos.

A influência religiosa perdurou por toda a Idade Média e da interação do direito romano, germânico e canônico, formou-se o direito comum.

Com essa nova concepção processual, prevaleceu a forma escrita sobre a oralidade. A prova e a sentença voltaram a ser como no direito romano, admitindo-se, ainda, a eficácia “erga omnes” da coisa julgada, por influência do direito germânico, que inspirou também o procedimento sumário.

O magistrado passa a ter maior liberdade quanto à apreciação das provas e poderes para determinar a sua produção “ex officio” como forma de alcançar a justiça.

No Brasil, durante a independência, vigia o ordenamento jurídico de Portugal, com aplicação das leis patricias. O Direito Processual Civil Português tinha suas origens fundadas no direito romano e canônico. Até mesmo depois de sua independência o Brasil não possuía um ordenamento jurídico com seu próprio perfil, pois continuaram a vigor em nosso país as Ordenações Filipinas.

Em 1850, editou-se no Brasil a primeira norma processual nacional, sendo este o Regulamento nº 737, que primeiramente destinou-se apenas a disciplinar, de maneira mais objetiva, apenas causas comerciais. Somente em 1890, através do Decreto nº 763 é que foi autorizada a aplicação do Regulamento nº 737 nas causas cíveis.

A Constituição Federal de 1891 estabeleceu a dicotomia entre a Justiça Federal e Estadual, bem como dividiu o poder de legislar sobre o direito processual entre a União e os Estados. Dessa forma, foi elaborado o direito processual da União e de vários Códigos Estaduais de Processo Civil.

Com a Constituição de 1934, deixou de ter vigência a legislação processual dos Estados, fixando-se a competência exclusiva da União para legislar sobre o direito processual.

Sendo necessária a formação de um novo estatuto processual civil, formou-se o “Código de 39”, através do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Com o novo estatuto, foram consagrados os princípios da publicidade e da oralidade e atribuído maiores poderes ao juiz na instrução probatória. Porém, em razão da morosidade da justiça, em 1964 confiou-se ao Professor Alfredo

Buzaid a tarefa de elaborar um antiprojeto de Código de Processo Civil baseado na doutrina atuante.

Em 1973, sobreveio a Lei nº 8.869 que ficou conhecida como “Código de 73”. Ocorre que tal estatuto precisava de algumas reformas, uma vez que era divergente com a realidade forense da época, razão pela qual diversos trabalhos foram desenvolvidos e seus resultados introduzidos ao Código de Processo Civil, objetivando a agilização, a simplificação e a desburocratização do processo.

Dentre essas alterações sofridas, merecem destaque a introdução da tutela antecipada, da tutela específica, modificações na prova pericial, alterações no regime de agravo, etc..

Através da antecipação de tutela e da ação monitória o juiz ficou autorizado a conceder, de imediato, ainda no curso do processo de conhecimento, medidas satisfativas de direito subjetivo material do litigante, desde que cumpridas as exigências legais.

Para garantir a efetividade do processo, o juiz atual se investe nos poderes do magistrado romano, quando decretava os interditos, antes do julgamento definitivo da causa. Nosso processo civil, assim assume, em caráter geral, o feitiço interdital, reclamando de seus operadores uma profunda revisão e readequação das posturas interditivas, expressa em síntese despretensiosa, pelo trinômio acesso à ordem jurídica justa-instrumentalidade-efetividade.

Procurou-se, dessa forma, atribuir ao processo *maior* celeridade na prestação jurisdicional, sendo um caminho e não um obstáculo à obtenção da pretensão almejada.

## 1.2 Princípios Constitucionais Aplicados No Processo Civil

Os princípios constitucionais tratam-se de garantias processuais, que irão orientar a validade e aplicação de outras normas de caráter inferior. Objetivam assegurar a aplicação da justiça, prevista na Constituição Federal.

É clara a insuficiência de regras de direito aplicáveis na solução de conflitos, motivo pelo qual busca-se sustentação nos inúmeros princípios aplicados no processo civil. No caso em tela, tratando-se do estudo do instituto da tutela antecipada, serão tratados com maiores detalhes apenas os seguintes princípios: do devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, instrumentalidade do processo, princípio da igualdade, razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

### 1.2.1 Princípio do Devido Processo Legal

Num conceito *lato sensu*, o princípio do devido processo legal estabelece que ninguém poderá ser processado sem a existência de um devido processo legal. “[...] corresponde a garantia de um processo justo e regular, conformação em que se constitui forma primária mediata ou imediata para todos os demais princípios judiciais.” (VAZ, 2002, p.20).

Em um conceito *stricto sensu*, referido princípio garante que o indivíduo seja processado por normas jurídicas anteriores ao fato que ensejaram a sua responsabilização, ou seja, qualquer imputação que atinja a liberdade ou bens do indivíduo, deve ser analisada pelo estado-juiz em processo contraditório com a garantia da ampla defesa.

Tal princípio está disposto no Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal e dele decorrem vários outros princípios, como o do juiz natural, do contraditório e do processo regular, dentre outros.

Dessa forma, verifica-se que através de tal princípio, o processo deverá obedecer os ditames do processo legislativo além de ser o instrumento hábil para aplicação da lei material ao caso concreto.

### 1.2.2 Princípio do Acesso à Justiça (Princípio da Inafastabilidade)

Além de estar disposto na Constituição Federal, o princípio do acesso à justiça está proclamado no Art. 8º, I, do Pacto de São José da Costa Rica:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Dessa forma, verifica-se que tal princípio estabelece a todos indivíduos o acesso a um sistema jurisdicional em busca da satisfação de um direito lesado ou ameaça de lesão. No entanto, não basta apenas a proclamação de tal direito, mas sim um instrumento hábil para garantir a efetivação e materialização daquilo que a lei preconiza.

O número de processos vem crescendo e a demora do Judiciário é um fato evidente, o que dificulta um resultado individual e satisfatório para aquele que recorreu a justiça. No entanto, se verifica atualmente inúmeras criações em busca de uma ordem jurídica justa, como por exemplo, os juizados especiais cíveis e criminais, da arbitragem, do procedimento monitório, da tutela específica, da tutela antecipada e muitas outras.

### 1.3 Acesso à Justiça e a Efetividade da Prestação Jurisdicional

Seria uma heresia não tratar do problema do “acesso à justiça”, ou seja à “ordem jurídica justa”, em um trabalho que discute o cabimento da tutela antecipada em uma situação específica.

O Estado, ao impedir o uso da autotutela, trouxe parta si a responsabilidade pela criação de meios necessários para proteção de direitos daqueles que não mais podiam utilizar-se de suas próprias forças.

Dessa forma, leciona Ferreira (2000, p. 30), que:

A previsão normativa deste acesso (meio) é o ponto de partida, e está consagrado no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O destinatário principal desta norma é o legislador, mas este dispositivo atinge a todos: não só o legislador não poderá, através de normas infraconstitucionais, impedir o acesso à justiça, como também ninguém poderá fazê-lo.

Portanto, o acesso à justiça trata-se de direito fundamental, preconizado pela Constituição Federal, que visa garantir a eficácia das decisões jurisdicionais à todos, indiscriminadamente. A norma jurídica somente pode ser considerada existente se for eficaz.

Tal direito não pode ser compreendido como a falta de acesso aos tribunais ou a insuficiência de recursos que impossibilitam a contratação de bons advogados, mas sim a falta de instrumentos que possam viabilizar a eficaz e justa aplicação da lei. Assim, de nada adiantaria a existência do acesso à justiça se não houvesse a criação de instrumentos ideais para a prestação jurisdicional.

Falar em um acesso à uma ordem jurídica justa, pressupõe, a análise da instrumentalidade, como forma de viabilizar o acesso e, posteriormente, a efetividade, como materialização de um resultado útil. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, que só permite se concretizar como efetivo acesso à justiça, garantindo a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Para que seja alcançada a justiça, é necessário buscar o bem estar da comunidade em geral. Não trata-se de um bem estar meramente formal, fundado em normas positivadas. É necessário que tais normas, além de positivadas, sejam aptas a tornar concreto aquilo que prevêem.

A efetividade está ligada à idéia de tempo, onde verifica-se que quanto maior o tempo despendido em um processo, menores serão as possibilidades de se alcançar a efetividade.

Aliás, quanto a esse assunto, esclarecedoras são as palavras de Gomes (1997, p. 170-171):

Constitui um truísmo afirmar que a Justiça é morosa e ineficiente. A percepção da Justiça como hermética, lenta ou arbitrária, viola direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, com o modelo Democrático de Magistratura. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a Justiça se distancia do modelo ideal.

Como é possível observar, o princípio da efetividade se preocupa com dois aspectos importantes que são a rapidez e a segurança processual administrados dentro do tempo.

A segurança processual garante a não violação dos princípios e garantias constitucionais das partes envolvidas no litígio.

A iminente preocupação com a duração do processo não é assunto atual, podendo ser constatada no Art. 6º da Convenção Europeia, prevendo que:

[...] toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável.

Bem como estabelece o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica que:

[...] toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

Essa preocupação existente a mais de meio século pode justificar a criação de ritos especiais e de tutelas jurisdicionais capazes de assegurar alguns direitos em tempo esperado.

Com a criação da tutela antecipada, o legislador visou maior efetividade na tutela dos direitos, tendo como característica a cognição sumária, visando a efetiva prestação jurisdicional ao direito violado.

O “*acesso à justiça*” é um assunto de grande problemática, pois, como já foi dito anteriormente, não basta apenas a elaboração de leis, mas sim a remoção de obstáculos ao ingresso em juízo.

O acesso à justiça é essencial para a efetividade dos direitos e garantias humanos. O indivíduo possui necessidade poder efetivar seus direitos por meio de mecanismos próprios.

Para que seja alcançada a socialização do processo civil, não se pode esquecer, dentro do próprio esquema do processo a aplicação da justiça. E para que isso ocorra, tanto o acesso à justiça quanto o princípio da efetividade devem ser atribuídos não só àquele que requer a tutela, mas também contra quem a tutela é pedida.

O anseio a uma ordem jurídica justa é um objetivo que vem sendo buscado pelo estado. Tal verificação se dá tanto no âmbito constitucional, com a criação de assistência judiciária gratuita aos que necessitam, direito ao contraditório e ampla defesa, dentre outros; como infraconstitucional, que se dá com a criação de juizados especiais, tutela específica, tutela antecipada e tantas outras medidas.

Ante o exposto, conclui-se que o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional, não possuem sentido se tratados isoladamente, reclamando, por conseguinte, para sua materialização, a aplicação simultânea de ambos princípios, visando sempre a aplicação da justiça às partes litigantes. Ocorrendo dessa forma, o acesso a uma tutela efetiva, adequada, justa e tempestiva.

#### 1.4 A Necessidade da Proteção Jurisdicional ao Indivíduo

Em razão da existência do princípio da supremacia do interesse público em face do interesse particular é que existem diversos privilégios atribuídos ao Poder Público, que serão estudados futuramente, que não são atribuídos aos indivíduos. E por não possuírem referidas prerrogativas é que muitas o particular deve abrir mão de suas pretensões.

Ocorre que tais prerrogativas não possuem um caráter absoluto, existindo ao lado das mesmas, diversas restrições, impostas como limites aos benefícios. Dessa forma, o legislador exerce uma proteção ao indivíduo que deverá ser respeitado.

Esses direitos de proteção ao indivíduo existem desde a Revolução francesa, quando foram criadas as bases para o desenvolvimento de mecanismos de proteção e garantia ao indivíduo contra o Estado.

Assim, pensou-se na criação de instrumentos eficazes para assegurar tais garantias que não podiam existir apenas formalmente. Um desses instrumentos capazes de concretizar as garantias de proteção ao indivíduo, que merece destaque é o Mandado de Segurança, no entanto deverá ser utilizado somente em hipóteses restritas, as quais são: hipóteses de “violação à direito líquido e certo” por “ilegalidade ou abuso de poder”.

Dessa forma, o instituto da tutela antecipada acaba surgindo como um instrumento capaz de garantir a proteção do indivíduo nas demais hipóteses que o mesmo venha a sofrer intervenção indevida por parte do Estado, desde que, presentes os requisitos exigidos para concessão de tal medida.

## 2 DA TUTELA ANTECIPADA

### 2.1 A Tutela Antecipada Antes da Lei

A antecipação da pretensão buscada, que recebe diversas denominações pela doutrina, como “tutela antecipada”, “tutela antecipatória”, ou ainda, “antecipação de tutela”, não trata-se de instituto novo.

A tutela cautelar e a tutela antecipada são provimentos muito próximos, uma vez que tratam-se de tutelas de urgência. Portanto, são duas espécies do mesmo gênero, tanto que em ambos os casos se faz necessário o *periculum in mora*, estando em destaque o fator tempo.

No direito brasileiro, a entrega do bem da vida só ocorre depois do contraditório, no final do processo. Como regra, somente recebe aquele que já tem um direito reconhecido. Mas nem sempre a situação irá esperar até o fim do processo, ocorrendo então exceção à regra.

Diante do descompasso existente entre a lei material e a realidade, os advogados, a partir do código de processo civil de 1973, passaram a utilizar o processo cautelar para requerimento de causas satisfativas e não apenas para garantir o resultado útil de um processo principal. Tal provimento era utilizado para satisfação do bem da vida, assim como ocorre com a tutela antecipada. Dessa forma, utilizava-se a cautelar inominada para obter satisfações de tutela, surgindo assim as cautelares satisfativas.

Como não existia parâmetros, tal cautelares começaram a ser utilizadas de forma abusivas. Essas, não davam a oportunidade de contraditório, porque a pretensão era concedida, acabava a cautelar e a outra parte não tinha o direito de se defender.

Com isso, constatava-se uma brutal inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal garante o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Diante de tal problema, as cautelas satisfativas deixaram de existir e em 1994, disciplinou-se uma cláusula geral que permite a satisfação antecipada de direitos, desde que presentes determinados requisitos.

Isto posto, verifica-se que o instituto da antecipação de tutela não foi uma inovação trazida pela Lei nº 8.952/94, já que antes de tal regulamentação legal já era possível, em determinados casos, a concessão antecipada da providência buscada.

Portanto, o Art. 273 do Código de Processo Civil apenas regulamentou uma situação já existente no ordenamento. No entanto, tal dispositivo contribuiu para romper a barreira do preconceito existente até então de que a antecipação dos efeitos não “combinava” com o acautelamento.

Além disso, a introdução da tutela antecipada inovou com a característica da generalização, pois, com tal instituto, em qualquer processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos legais, passa a ser possível a concessão antecipada do provimento de mérito. Nesse sentido, a tutela antecipada se distingue da tutela jurídica convencional, em razão de exercer atividade cognitiva através de cognição sumária, não sendo precedida de cognição plena e exauriente .

Dessa forma, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, citado por Negrão (2003, p. 354):

A grande inovação trazida com o adiantamento de tutela está na possibilidade de a providência acautelatória acontecer nos próprios autos em que se discute o pedido definitivo. Os reflexos dessa possibilidade na economia processual são notáveis.

Com a criação de tal instituto passa a ser valorizada a situação do autor da ação, trazendo a idéia de celeridade da prestação buscada, atribuindo assim ao Judiciário um maior respeito quanto a efetivação do provimento jurisdicional.

## 2.2 Definição

A tutela antecipada consiste na antecipação dos efeitos da sentença de mérito. Portanto, se presentes os requisitos exigidos, é concedido de forma provisória o próprio bem da vida afirmado pelo autor na petição inicial.

Como já foi dito anteriormente, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro, o bem da vida só é concedido depois do contraditório, no final do processo. No entanto, através da tutela antecipada ocorre no mesmo processo uma antecipação dos efeitos da sentença, sendo concedida de forma provisória a pretensão.

O douto jurista Theodoro Júnior (2002, p. 525), define o instituto da tutela antecipada da seguinte forma:

A possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

De acordo com os ensinamentos estudados, conclui-se que tutela antecipada nada mais é que a satisfação antecipada dos efeitos de uma tutela definitiva em razão do perigo da demora .

## 2.3 Natureza Jurídica e Características

Embora exista grande semelhança entre os institutos da tutela antecipada e da medida cautelar, a diferença entre eles existe e é bem clara, se considerar que a medida cautelar busca assegurar o resultado útil de um processo principal, enquanto a tutela antecipada, se constitui na própria providência requerida.

Quase que a unanimidade da doutrina entende que quanto a natureza jurídica da tutela antecipada, essa nada tem de cautelar, uma vez que se trata de

adiantamento do provimento que se busca no mérito da causa, tratando-se de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida.

Tal entendimento também é compartilhado por Néry Junior (1995, p. 53), que assinala:

[...] a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.

Insta ressaltar que a diferença entre a tutela antecipatória da cautelar e a tutela antecipada ficou bem clara no que concerne a inserção no ordenamento do instituto da tutela antecipada, no livro I, do Código de Processo Civil, que trata do processo de conhecimento.

Por essa razão, embora a doutrina classifique a natureza de tal provimento como mandamental, se efetivando mediante execução “lato sensu”, tanto o processo de conhecimento quanto o meramente declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo “lato sensu” comportam tal provimento.

Dentre os argumentos utilizados para fundamentar que a natureza jurídica da antecipação de tutela nada tem de cautelar, o mais importante é de que referido provimento não tem o objetivo de assegurar o resultado prático de uma futura decisão ou execução, mas sim proteger do perigo da demora uma relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Importante distinção é feita por Machado, que se baseando em Theodoro Junior define que “a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão” (MACHADO, 1999, p. 275).

Com efeito, de acordo com os posicionamentos estudados, verifica-se que o entendimento majoritário é de que a tutela antecipada não possui natureza cautelar. Porém, tal entendimento, embora majoritário não é pacífico.

Estudos recentes têm pregado que tanto o instituto da tutela cautelar quanto o da tutela antecipada são compatíveis, seguindo dessa forma a classificação do direito italiano que inclui as decisões antecipadas de mérito nas

medidas cautelares, pelas quais se decide de forma provisória o litígio, como espécie de provimento cautelar.

Sobre o tema, Bedaque (1998, p. 284-285) diz o seguinte:

[...] mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de cautelares não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas.

[...]

Ora, se possuem tantos aspectos que se aproximam, será melhor tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebem o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considera-las modalidades de cautelar e não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente semelhantes.

É certo que existem vários entendimentos divergentes quanto ao tipo de provimento que está sendo solicitado e em razão de tal dúvida que se criou o parágrafo 7º no Art. 273 do Código de Processo Civil admitindo a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

O nosso entendimento, assim como da maioria da doutrina é de que a tutela antecipada não se trata de uma medida cautelar, uma vez que não tem por objetivo assegurar o resultado útil de outro processo. Trata-se, pois, de um provimento jurisdicional que busca o ataque direto do mérito, materializando a prestação jurisdicional de forma antecipada e provisória.

## 2.4 Momentos para Concessão da Medida

O Artigo que regula o instituto da tutela antecipada não descreve um momento específico para sua concessão.

O comum é a concessão da tutela antecipatória após a apresentação da contestação. No entanto, o § 3º do Art. 461 prevê que nos casos da ação que tenha por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, a possibilidade de concessão liminar da tutela antecipada.

Ocorre que a concessão de tal medida *inaudita altera parte*, ou seja, antes de apresentada a contestação pelo réu gera algumas discussões.

Alguns entendem que a concessão da tutela antecipada só é possível depois de apresentada a resposta do réu. Portanto o juiz somente irá deferi-lá quando acabada a fase postulatória do processo.

Dessa forma entende o consagrado jurista, Bermudes (1995, p. 36), que se pronuncia da seguinte forma sobre o tema:

O requerimento de tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do caput, do inciso I (não do II que, evidentemente, só se verificam diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do Art. 273, o autor requeira, desde logo a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (Art. 185), se feito em petição avulsa.

Da mesma forma que o ilustre jurista descrito alhures entende, encontramos outros consagrados pensadores, ocorre que não cabe ao intérprete restringir aquilo que a própria lei não restringe. Além disso, nos casos em que estiver em jogo uma situação de perigo, não se pode negar a concessão antes da apresentação da contestação do réu, pois tal tutela é proposta para evitar um prejuízo irreparável, que não poderá muitas vezes ser evitado, se a medida antecipatória não for concedida liminarmente.

A impossibilidade de concessão da tutela antecipada liminarmente pode acarretar risco ao autor, sendo necessária a realização da citação bem como a conseqüente apresentação de defesa do réu. Diante dessa questão, insta lembrar que o direito à tutela jurisdicional vem garantido pelo Princípio da Inafastabilidade, que da mesma forma, garante o direito a tutela de urgência. E dependendo do caso concreto, existirá um risco à efetividade do processo,

quando exigida a resposta do réu antes da concessão da tutela de urgência, tornando-se ineficaz com a ocorrência do dano.

Não se pode dizer que ocorre uma inconstitucionalidade por desrespeito ao princípio do contraditório, pois o mesmo somente é postergado para um momento futuro, o qual possibilitará ao réu realizar sua defesa em momento oportuno, garantindo a eficácia do processo.

Com efeito, as palavras de Marinoni (1998, p. 133):

[...] é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos

Tratando desse tema, decidiu o seguinte acórdão, relatado pelo Desembargador Lopes, no Tribunal de Justiça do Paraná:

Tutela Antecipada – Provimento ante à presença dos requisitos exigidos no Art. 273 do Código de Processo Civil – Concessão liminar sem a oitava da parte contrária – Possibilidade – Faculdade reservada ao julgador – Possibilidade, na espécie, frente ao iminente risco de frustração do objetivo visado na medida – Inexistência de afronta ao princípio do contraditório.

Um bom exemplo sobre a necessidade de concessão liminar da tutela antecipada é o caso de uma determinada situação de risco eminente, onde a parte deverá ser citada por carta precatória. Uma reflexão nesse caso nos faz concluir que se a finalidade da antecipação dos efeitos da sentença é justamente evitar a ocorrência do dano, a espera da citação e da resposta do réu para sua concessão seria até mesmo um desprestígio ao instituto estudado.

Embora essa seja uma questão que encontra posicionamentos divergentes na doutrina, encontra-se pacificada na jurisprudência a possibilidade de concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte*, assim como demonstrado anteriormente.

Da leitura do inciso II, do Art. 273 do Código de Processo Civil, verifica-se que afastada a situação de urgência, aí sim a tutela somente poderá ser concedida se apresentada a defesa do réu.

O dispositivo não exige um momento específico para a concessão da medida, dessa forma, tal provimento poderá ser requerido em qualquer momento do processo, até mesmo perante o Tribunal.

A discussão que existia era quanto a possibilidade da concessão da medida no ato da sentença. Tal divergência se dava uma vez que o recurso de apelação possuía efeito suspensivo.

Ocorre que tal impasse se resolveu com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a qual acrescentou o inciso VII no Art. 520 do Código de Processo Civil, que atribui apenas o efeito devolutivo ao recurso de apelação que desafia a sentença que concede a antecipação de tutela.

Também é possível requerer a antecipação de tutela no tribunal. Isso porque pode ocorrer a hipótese de tutela antecipada no caso de abuso do direito de recorrer e ainda, o fundado receio de dano poderá ocorrer em 2º grau de jurisdição.

## 2.5 Competência

Quanto ao fato da tutela antecipada ser concedida até a prolação da sentença, é pacífico o entendimento de que a competência será do mesmo juiz que irá proferir a decisão definitiva.

Nesse caso valemo-nos dos ensinamentos de Passos (1998, p. 36):

Competente para apreciar o pedido de antecipação, portanto, aquele a quem tal pedido deve ser dirigido, é o magistrado que, no inter processual em que o pedido de antecipação é formulado, tenha competência para apreciar o mérito da causa, cujo objeto é a tutela que se pretende antecipar. Normalmente, o juiz da causa, até que profira a sua decisão definitiva.

Ocorre que como foi dito anteriormente, a tutela antecipada pode também ser concedida em segunda instância e de acordo com a redação do Art. 463, fica claro que o juiz de primeiro grau, ao sentenciar, cumpre e esgota sua função

jurisdicional, podendo apenas atuar novamente no processo nos casos previstos nos incisos do referido Artigo:

Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculos;

II - por meio de embargos de declaração.

Assim o juiz “ad quo”, somente poderá alterar suas decisões por força dos embargos de declaração ou erros de cálculo.

Dessa forma, a competência para apreciar o pleito da tutela antecipada, após a prolação da sentença, é do tribunal “ad quem”.

Sobre tal questão, surge a dúvida quanto ao órgão do Tribunal que será competente para conhecer o pedido. Essa dúvida surge quanto a competência para apreciar a ação depois de distribuída, pois antes de ser distribuído a um relator, o requerimento da medida, deve ser apreciado e julgado pelo Presidente do Tribunal, ou então por outro órgão que o regimento interno do tribunal prever.

Nesse sentido, mais uma vez, nos serão válidas as palavras de Passos (1998, p. 37-38):

No segundo grau, o que se antecipa é a tutela obténível com o recurso (já deixamos claro que no particular do que não foi devolvido ao segundo grau, tendo-se tornado firme no primeiro grau subsiste a competência do juiz da causa) e essa antecipação só é deferível pelo colegiado donde nos parece que o pedido de antecipação, ainda que dirigido ao relator, será objeto de tratamento procedimental idêntico ao que se prevê para o exame do mérito do recurso, em que se postula a tutela que se deseja ver antecipada.

No entanto, o entendimento de grande parte dos doutrinadores, confere competência ao relator do processo.

Nesse sentido, encontra-se a posição de Machado (1998, p. 544-545):

Em primeiro lugar, queremos fazer uso do argumento da cautelaridade da providência antecipatória do Art. 273, inciso I, para sustentar a idéia da competência do relator do recurso para conceder a antecipação dos efeitos: dada a urgência e dada a provisoriedade, duas das marcas

características dos provimentos que se destinam à neutralização do periculum in mora, não é razoável exigir o funcionamento de um órgão colegiado para a apreciação de cada requerimento de cautela que seja dirigido ao tribunal.

Todavia, tal discussão se torna irrelevante uma vez que a Lei nº 10.352/2001, estabeleceu, adotando o entendimento majoritário, que a competência para apreciação do pedido de tutela antecipada será do relator e não do colegiado.

## 2.6 Disciplina Legal

O instituto da tutela antecipada está previsto no Art. 273 do Código de Processo Civil. Porém, como já visto anteriormente, tal dispositivo não trouxe nenhuma inovação, uma vez que já existia a possibilidade de ser antecipada a providência buscada em determinados casos específicos.

Importante ressaltar que a antecipação de tutela já era prevista no Art. 83, §3º do Código de Defesa do Consumidor. Além de que, o Anteprojeto da Comissão Revisora de 1985, no título IV do seu livro III, nos artigos 889-E a G, regulou a tutela antecipada, inspirando dessa forma a criação da Lei nº 8.952.

Dessa forma, a Lei nº 8.952 de 13 dezembro de 1994 modificou a redação do então existente Art. 273 do Código de Processo Civil, a qual tomou os seguintes moldes:

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 execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do Art. 588.

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

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

A lei nº 8.952 manteve a antiga redação do Art. 273 no parágrafo único do Art. 272 do Código de Processo Civil.

Com o advento da Lei 8952, a tutela antecipada passou a ser admitida em qualquer processo de conhecimento, sendo ele de rito ordinário ou sumário.

Futuramente, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, alterou o § 3º do Art. 273 e ainda acrescentou os §§ 6º e 7º, passando o Art. 273 da seguinte forma:

Art. 273 [...]:

§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

§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.

## 2.7 Requisitos

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada dividem-se em requisitos genéricos e específicos.

Os genéricos estão previstos no “caput” do Art. 273, no entanto, além desses, que sempre deverão estar presentes, a lei exige ainda a presença de pelos menos um dos requisitos específicos, que estão previstos nos incisos I e II e § 6º do referido dispositivo.

Dessa forma, para que seja concedida a tutela antecipada deverão estar presentes os requisitos exigidos no “caput” do Art. 273 conjugados com pelo menos um dos requisitos específicos. Caso contrário, a pretensão não será concedida antecipadamente.

São requisitos genéricos o requerimento da parte, a existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, sendo os específicos o dano irreparável ou de difícil reparação, ou, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e ainda o perigo da irreversibilidade.

Como foi dito anteriormente, o Art. 273 ainda prevê como requisito específico o seu § 6º, que além de requisito específico é também classificado pela doutrina como requisito negativo, qual seja, o pedido incontroverso. Com base no referido artigo, a seguir, serão estudados os requisitos um a um.

### 2.7.1 Requerimento da Parte Legitimada

O legislador estabeleceu expressamente que a tutela antecipada deve ser requerida de forma expressa pela parte interessada. Portanto, condicionou à parte a iniciativa para a antecipação dos efeitos do pedido.

Dessa forma, o legislado exclui de forma absoluta a possibilidade de concessão da tutela antecipada “ex officio”.

Nesse caso, é importante não nos olvidarmos das disposições contidas nos Arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, os quais prevêm que o juiz não prestará a tutela jurisdicional sem o requerimento da parte e que o processo civil tem início com a iniciativa da parte.

Diferente do que ocorre com a tutela cautelar, que pode ser deferida “ex officio” sem ferir o princípio dispositivo (previsto no Art. 2º do Código de Processo Civil), a tutela antecipada, por conter lide cognitiva, não poderá em qualquer hipótese ser deferida sem requerimento da parte.

Sobre o tema, importantes são as palavras de Levenhagen (1996, p. 18):

[...] para se obter a antecipação dos efeitos pretendidos na inicial, a parte deve requerer expressamente e produzir prova inequívoca de seu direito, convencendo o magistrado da veracidade de suas condições e demonstrando a existência de fundado receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora no pronunciamento judicial, ou caracterizar, inequivocamente, o abuso de direito de defesa ou propósito protelatório manifesto do réu.

Mesmo a maioria da doutrina entendendo dessa forma, esse ainda não é um posicionamento pacífico, uma vez que existem teses contrárias, fundadas, principalmente, no Art. 461 do Código de Processo Civil, que estabelece que:

Na execução que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado equivalente ao do cumprimento.

Em seu § 3º, conta que:

Sendo relevante o fundado receio da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

O § 4º do Artigo tratado, diz que:

O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou for compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Todavia, nesse caso o legislador criou disciplina própria para as obrigações de fazer e não fazer. No entanto, o Art. 461, não traz a hipótese preconizada no inciso II do Art. 273, nesse caso a doutrina entendeu que ocorrendo a hipótese do inciso II do Art. 273 em ações de cumprimento de obrigações de fazer ou não – fazer, deve, também ser concedida a antecipação de tutela específica.

Assim se manifesta Dinamarco (1995, p. 156):

O Art. 461 não reproduz a hipótese do inciso II do Art. 273, para admissibilidade da tutela antecipada em razão da conduta dilatória do réu. Mas da visível relação de espécie a gênero acima considerada deflui razoavelmente a aplicação do inciso II também à antecipação da tutela específica. Nem haveria razão para pretender a lei uma suposta exclusão, quando põe tanto empenho no reforço desta.

Com base nos estudos realizados, conclui-se finalmente que, conforme entendimento majoritário, a tutela antecipada não poderá ser concedida de ofício pelo magistrado, no entanto, quando for necessário, em ação de obrigação de fazer ou de não fazer, é lícito ao juiz, conceder de ofício a tutela antecipatória.

### 2.7.2 Prova Inequívoca

A prova inequívoca será o requisito exigido capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

Embora prova inequívoca seja considerada, analisando seu sentido literal, como prova que se reveste de caráter absoluto, a tutela antecipada deve ser compreendida como um juízo de probabilidade. Portanto, não quer dizer que é capaz de conduzir o julgador a uma absoluta certeza em relação ao direito alegado pela parte.

Dessa forma, de acordo com Assis, se baseando nos entendimentos de Marinoni, o requisito da prova inequívoca deve ser compreendido como a “prova suficiente para o surgimento do verossível” (ASSIS, 2001, p. 412), sendo então um juízo de verossimilhança e não um juízo de certeza.

Analisando todas as provas lícitas e existentes no direito, verifica-se que não existe prova que transmita certeza absoluta de um fato ou de um acontecimento, vale dizer que, qualquer juízo sobre fatos no processo é juízo de verossimilhança. Dessa forma, não se pode concluir que o requisito “prova inequívoca” é revestida de absoluta certeza, o que impediria, portanto, a antecipação de tutela, se interpretado dessa forma.

O que o legislador buscou foi considerar como prova inequívoca aquele que fosse suficiente para formar um juízo de probabilidade, capaz de antecipar a medida pleiteada.

Se a prova inequívoca for entendida com o caráter de ser aquela suficiente para a prolação da sentença, ocorreria o julgamento antecipado da lide e não a antecipação da tutela. Portanto, essas provas não são concludentes para proferir o julgamento de plano, pois há probabilidade do direito alegado.

### 2.7.3 Verossimilhança da Alegação

A questão da verossimilhança esta muito ligada ao fato de ser necessária a discussão da “prova inequívoca”. Se considerar que a prova inequívoca é aquela sobre a qual não existe possibilidade de erro, de engano ou de incerteza, bastaria apenas a presença da mesma. Frente a essa situação a verossimilhança da alegação seria algo sem importância, uma vez que a prova inequívoca revestida de tamanha certeza, já seria requisito suficiente para a concessão da tutela antecipada.

Ocorre que, conforme conclusão anterior, prova inequívoca é compreendida como apenas aquela suficiente para a formação do juízo de probabilidade, sendo então possível a continuidade do estudo do Art. 273 do código de processo, realizando a análise do requisito da verossimilhança da alegação.

O Art. 273 do Código de Processo Civil estabelece que a prova inequívoca deverá ser formulada com o intuito de convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

A palavra “alegação” deve ser entendida num sentido amplo, como sendo tudo que foi formulado pelas partes.

A verossimilhança não se trata de uma convicção definitiva, mas sim é entendida como algo que “parece verdadeiro”, isto é, “semelhante”. Ocorre que se

a prova produzida ou a alegação demonstrarem o evidente direito do autor, o juiz não poderá deixar de deferir a pretensão.

Nesse sentido, o ilustre jurista, Assis (2001, p. 414):

[...] verificando o juiz, ao apreciar o pedido de antecipação, que o direito do autor é evidente (v.g., a inicial narra, respaldada no boletim de ocorrência, assinado pelos envolvidos, que o veículo do réu colidiu na traseira do automóvel do autor), com recobradas razões haverá de deferir a providência.

Dessa forma, o termo “verossimilhança” constante no vocabulário ordinário brasileiro não pode ser utilizado no vocabulário forense isoladamente. Deve ser realizada uma interpretação combinada entre os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança.

Interpretados juntamente, a verossimilhança será o reflexo da prova inequívoca, ou seja, a “verdade aparente” não está ligada aos fatos narrados pelo autor, mas sim à prova inequívoca apresentada pelo mesmo. É importante esclarecer que tal prova não é apenas a prova documental, mas sim qualquer meio de prova em direito admitidos, de acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil.

Tratando do assunto, Dinamarco (1995, p. 143) se pronunciou da seguinte forma:

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no Art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Assim, falando num aspecto jurídico, e levando em conta a dificuldade de obtenção da verdade real e total de algo, verossimilhança seria a aproximação da verdade, demonstrada através de prova inequívoca, apresentada pela parte legitimada que pleiteia a antecipação da tutela.

O juízo de verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade que não atinge o grau de certeza, mas se encaminha gradativamente nessa direção.

Dessa forma, não é nada contraditório dizer que a prova inequívoca deve convencer da verossimilhança da alegação. O requisito da verossimilhança ameniza o caráter rigoroso da prova inequívoca, pois a mesma, assim como já foi dito, não significa prova absoluta, mas sim suficiente para formar a convicção do julgador.

Podemos concluir que a prova inequívoca, que se relaciona com a verossimilhança, leva a um grau mais intenso de probabilidade enquanto a verossimilhança, se encontra num grau de probabilidade mínima, traduzida em termos de um juízo provável, justificador do provimento antecipatório.

#### 2.7.4 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Tal requisito encontra-se contido no Art. 273, inciso I; que torna justificável a concessão da tutela antecipada apenas quando a mesma se faz imprescindível para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

O perigo de ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação deve ser demonstrado.

Portanto, se existe perigo, esse deve ser demonstrado sob pena de não ser deferida a antecipação.

Citamos o entendimento trazido por Negrão:

A decisão que antecipar a tutela haverá de demonstrar que, além de presente um dos requisitos dos itens I e II do Art. 273 do Código de Processo Civil, havia razões suficientes, baseadas em prova inequívoca, capazes de convencer da verossimilhança da alegação. O não atendimento a essa exigência conduz à nulidade.

Nesse aspecto, o julgador que irá analisar sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada, deverá atuar com cognição exauriente à aquilo que está sendo alegado, não pode se valer, somente, de apreciação sumária.

Portanto, o requisito ora tratado não poderá se dar em razão de simples temor subjetivo do autor, mas deverá decorrer de fatos concretos, seguros, que comprovem tal situação.

Marinoni (1995, p. 111), se pronuncia da seguinte forma quanto ao significado de “dano irreparável ou de difícil reparação”:

[...] há irreparabilidade quando os efeitos do dano não são reversíveis e, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado. Por sua vez, o dano é de difícil reparação se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado.

Além do mais, o receio deverá ser justo e fundado. Não poderá ser uma simples desconfiança, mas sim deverão ser juntados dados que indiquem que potencialmente possa vir a ocorrer.

Considerando dessa forma, são válidas as palavras de Costa (2000, p. 12):

Vale frisar, que a fundamentação, todavia, há de ser, por uma questão de óbvio bom-senso, de origem racional, não podendo orbitar em torno de meras suposições (especulações) ou palpites, ou, do contrário, cometer-se-á uma injustiça antecipada.

Embora o perigo tenha que ser atual e não passado, não é apenas o direito que se encontra na iminência de sofrer um dano que enseja proteção, pois o direito já lesionado também poderá ser protegido, a fim de que situação idêntica não se repita ou cause maiores danos.

O dano poderá ser irreparável tanto na esfera patrimonial como também na não patrimonial, cuja a reparação pecuniária não seja capaz de voltar ao “status quo ante”.

### 2.7.5 Abuso do Direito de Defesa ou o Manifesto Propósito Protelatório do Réu

O direito de defesa é reconhecido hoje como um direito humano fundamental previsto no Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Ocorre que a demora natural do processo ou sua longa duração pode vir a trazer vantagens aos litigantes e pensando em se beneficiar das mesmas é que o réu muitas vezes faz uso de manobras protelatórias e deixa de agir com lealdade.

Tal comportamento acaba sendo algo natural do réu, uma vez que é igualmente natural a sua insatisfação com o surgimento da demanda, caracterizando assim uma resistência contra o que está sendo alegado, decorrente do próprio comportamento humano. No entanto, o abuso do direito de defesa e a resistência do réu ao que a parte autora está alegando, não pode se confundir com litigância de má-fé que possui previsão própria nos Arts. 16 e 18 do Código de Processo Civil.

Em se tratando do estudo de tais requisitos trazidos pelo inciso II do Art. 273, existe divergências quando à existência ou não de distinção entre as expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto protelatório do réu”. Ocorre que tal discussão não nos parece relevante no presente estudo, sendo importante saber o que se entende por abuso de direito e manifesto protelatório do réu.

O direito de defesa, como já foi dito anteriormente vem previsto na Constituição Federal e passa a ser abusivo uma vez que soa praticados atos acima do limite necessário do direito que se tem. Atos esses indevidos e desnecessários. Portanto o abuso do direito de defesa seria o exercício exagerado do direito que é garantido á parte contrária no processo.

Dessa forma, o legislador busca punir o réu pela prática de atos abusivos ou anormais que objetivam prejudicar tanto a parte contrária quanto o bom andamento do processo.

Na prática é muito difícil de caracterizar o abuso do direito de defesa do réu, uma vez que a Magna Carta (Art. 5º, LV), garante o direito a ampla defesa.

No entanto a ampla defesa não é algo ilimitado, e tal limite desse ser compreendido analisando cada caso concreto.

No tocante a este assunto, esclarecedoras são as palavras de Assis (2001, p. 415), fundado nas lições de Marinoni:

- a) haverá “abuso” quando, provado o fato constitutivo do pedido (art. 282, I), as exceções substantivas do réu (art. 333, II, c/c o art. 326) dependem de prova;
- b) o réu não impugnou de forma específica, certas verbas pleiteadas;
- c) o réu empregou recurso com intuito protelatório (v.g., a parte interpõe embargos de declaração, estimados protelatórios e, em seguida, baseada no voto vencido no julgamento da apelação, embargos infringentes).

Já, o manifesto propósito protelatório do réu são aqueles atos praticados pelo réu com o escopo de causar o retardamento do processo. Se dá pela utilização exorbitante do direito de resposta distinto da contestação, bem como a provocação de incidentes infundados.

Diante do exposto, Machado (1999, p. 433), define manifesto propósito protelatório do réu da seguinte forma:

Manifesto propósito protelatório do réu é a intenção clara do demandado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é revelada pela utilização exorbitante do direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário. Acerca do direito de resposta, chamamos a atenção para o fato de que é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só de suas modalidades com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denúncia, etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação.

A característica de protelatório acarreta o retardamento do processo, constituindo um resultado vantajoso à aquele que praticou o ato. Portanto o réu pratica condutas que lhe favorecem, qual seja, a de conservar em seu patrimônio o bem disputado.

Dessa forma, é retirado do autor alguma vantagem com a demora do processo.

Por fim, para a concessão da antecipação de tutela será sempre necessário que o autor demonstre o seu direito através da prova inequívoca que convencerá o magistrado da verossimilhança (requisitos essenciais e cumulativos), da alegação que consiste em ser a defesa abusiva ou protelatória.

### 2.7.6 Reversibilidade do Provimento Antecipatório

A irreversibilidade é a impossibilidade de retorno á situação anterior. O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado constitui mais um requisito a ser cumprido por aquele que pleiteia a antecipação da tutela.

Portanto diante as condutas que poderão ser praticadas pelo autor se evidenciam como a apresentação de prova inequívoca e *periculum in mora* (quando a pretensão estiver fundada no inciso I do Art. 273), ou de prova inequívoca e abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu, bem como poderá também demonstrar ao magistrado, com a finalidade de convencê-lo, de que a alteração da medida é possível de reversão.

Tal requisito é classificado por alguns como requisito negativo, uma vez que nega o cabimento da medida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Com a irreversibilidade torna-se impossível da parte que receber o bem da vida pleiteado restituí-lo no caso de ser vencida na decisão terminativa.

Ocorre que a irreversibilidade não pode ser compreendida num caráter absoluto que atinge propriamente o provimento jurisdicional, a maioria da doutrina entende que atinge os fatos decorrentes do provimento antecipado. E quanto ao fato da irreversibilidade comportar exceções, a doutrina se manifesta de duas formas.

Para um entendimento mais liberal, a irreversibilidade, por si só, não pode acarretar empecilhos para a concessão da tutela antecipada. Portanto, de acordo com tal entendimento, a tutela antecipada é concedida, mesmo não sendo possível a futura reversão.

Esse o entendimento adotado por Silva (1996, p. 142):

Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de “prover” ou “perecer” o direito que, no momento, apresenta-se mais provável, ou confortado com a prova de simples verossimilhança. [...] O que, em tais casos excepcionalíssimos, não se mostrará legítimo se o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.

Dessa forma também está o entendimento da jurisprudência (Art. 273 – 20b):

A exigência da irreversibilidade inserta no §2º do Art. 273 do Código Processo Civil não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina.

De um outro lado, buscando uma interpretação mais literal do dispositivo, se manifesta Dinamarco (1995, p. 146) com o entendimento abaixo:

O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que “algum” risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O “direito improvável” é direito que talvez exista, e se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era “provável”. [...] não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da “irreversibilidade”, expressamente vetados pela lei vigente (Art. 273, § 2º).

Para essa segunda corrente, somente será antecipada a tutela se tiver a possibilidade de reversão ao estado anterior. E esse é o entendimento minoritário em razão do extremo radicalismo que apresenta.

Diante das duas posições, a irreversibilidade de vê ser interpretada sempre levando em conta a proporcionalidade, onde o magistrado deverá ponderar o valor do bem jurídico confrontante, diante de cada caso concreto, agindo de forma equilibrada e não precipitada. Devendo sempre considerar qual direito merece maior proteção judicial.

Em alguns casos, (por exemplo, os litígios envolvendo planos de saúde, em que as empresas se negam a cobrir as despesas hospitalares em razão do tipo de doença), se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, uma vez que o direito poderá perecer, levando em conta nesse caso o referido princípio da proporcionalidade.

### 2.7.7 O Pedido Incontroverso

Tal requisito vem previsto no § 6º do Art. 273 e constitui requisito específico para concessão da tutela antecipada. Tal parágrafo foi criado pela lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Com esse dispositivo, a legislação disciplinou expressamente o pensamento que já vinha sendo encontrado na jurisprudência. Dessa forma, quando na ação, um ou mais pedidos cumulados, total ou parcialmente, se mostrar incontroverso, é permitido a antecipação da tutela.

Tal disposição, além de já existir na jurisprudência, já encontrava-se presente no “caput” do Art. 273, uma vez que o mesmo admite a concessão da tutela antecipada no todo ou em parte.

## 2.8 A tutela antecipada nas ações constitutivas, declaratórias e condenatórias:

### 2.8.1 Nas Ações Constitutivas

As ações constitutivas são aquelas que possuem um caráter declaratório, criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica.

Em razão de tais características, alguns doutrinadores entendem que não cabe a antecipação de tutela nas ações constitutivas.

Mas o que se busca com antecipação da tutela nas ações constitutivas é antecipação dos efeitos constitutivos da sentença, isto é, os reflexos da sentença, e não a criação, modificação ou extinção de um direito, propriamente dita.

O instituto da tutela antecipada não busca a criação, modificação ou extinção de um direito, o que somente irá ocorrer quando analisado o mérito.

Dessa forma, entende-se possível a antecipação dos efeitos práticos da sentença.

### 2.8.2 Nas Ações Condenatórias

As ações condenatórias além de declarar uma relação jurídica, buscam a aplicação de uma sanção ou condenação ao réu. Assim, a antecipação de tutela nas ações condenatórias busca a antecipação do efeito executivo da condenação ou sanção.

Não há muito o que se discutir no caso do cabimento da antecipação de tutela nas ações condenatórias pois o § 3º do Art. 273 do Código de Processo Civil faz remissão ao Art. 588 que por sua vez trata da execução provisória.

### 2.8.3 Nas Ações Declaratórias

As ações declaratórias são aquelas que declaram a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Dessa forma verifica-se que a declaração de uma relação jurídica não pode ser realizada de forma provisória como ocorre com a tutela antecipada.

No entanto, tal sentença declaratória produz diversos efeitos advindos do pedido de declaração. Com isso, no caso das ações declaratórias o juiz poderá conceder a tutela antecipada somente antecipando tais efeitos oriundos do pedido de declaração e não a sentença definitiva.

Por fim, entende que será cabível a tutela antecipada nas ações declaratória, todavia não será a antecipação do provimento, mas sim dos efeitos deste.

## 2.9 Distinções com Tutela Cautelar

Como foi dito anteriormente, a tutela cautelar e a tutela antecipada não se confundem, constituindo institutos diferentes.

No entanto, possuem diversos pontos semelhantes entre elas, que serão estudados nesse momento.

A primeira semelhança que possuem é o caráter provisório. Dessa forma, nenhum declara, constitui, condena, executa ou impõe definitivamente qualquer que seja a prestação.

Outro ponto que aproxima os dois institutos é o aspecto da cognição, a qual se caracteriza por ser uma cognição sumária. A cognição é a atividade que o juiz desempenha decidindo questões pendentes no processo. Essa atividade cognitiva no processo cautelar e na tutela antecipada vem revestida de sumariedade, onde o juiz irá analisar de forma sumária e não com profundidade os aspectos da ação. E por consequência, ambos os provimentos não constituem coisa julgada material.

Outro aspecto que se faz presente nesses institutos é o fato de ser suficiente um juízo de probabilidade da existência do direito. Portanto, o juiz ao apreciar o pedido, deve considerar a aparência e não exigir a certeza do direito que está sendo alegado. Tal característica fica ainda mais clara com a exigência do “fundado receio”, que prevê o Art. 798 e a “prova inequívoca” e

“verossimilhança da alegação”, por sua vez, prevista pelo Art. 273 do Código de Processo Civil.

Ocorre que também existem muitos aspectos de distinção entre os institutos, onde o principal deles é o caráter de satisfatoriedade que se faz presente na tutela antecipada e ausente na tutela cautelar. O processo cautelar, como já dito anteriormente, objetiva o resultado útil de um outro processo que é o processo principal. Existe então apenas para prevenir, para garantir o desenrolar de um outro processo. Já a tutela antecipada tem a característica da satisfatoriedade, uma vez que busca a satisfação provisória da pretensão de forma antecipada. Portanto a primeira possui natureza cautelar, enquanto a segunda é de natureza satisfativa.

O objeto da tutela cautelar é o objeto alegado pelo autor na inicial e o que se busca com ela é a antecipação dos efeitos da sentença, é satisfazer antecipadamente os próprios efeitos da sentença; enquanto o processo cautelar busca assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, sendo desprovido do caráter satisfativo que é a característica principal da tutela antecipatória.

No tocante ao assunto, importante são as lições de Marinoni (1998, p. 86):

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

A tutela cautelar se reveste de um caráter de instrumentalidade, o qual é o instrumento de um processo principal, portanto dependente deste, o que não ocorre na tutela antecipada.

Nota-se também que outro ponto diferenciador é a característica da autonomia, presente no processo cautelar. O seu resultado não está vinculado com o resultado do processo principal e vive-versa, devendo estar presentes todas as condições e elementos da ação. Já a antecipação da tutela se dá

mediante uma decisão interlocutória que decide a questão pendente dentro do processo principal, não originando novos autos apartados.

Em razão do seu caráter de autonomia, a tutela cautelar poderá se dar na forma de incidente ou mesmo de forma preparatória, enquanto a tutela antecipada somente se faz possível no processo.

Aliás, os requisitos do abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu são requisitos presentes no rol da tutela antecipada e ausentes no que diz respeito à tutela cautelar.

Conclui-se dessa forma que embora muitas semelhanças, os dois institutos em questão possuem algumas diferenças, sendo de maior destaque dentre elas, o caráter satisfativo da tutela antecipada e o caráter assecuratório da tutela cautelar.

## 2.10 Legitimidade para requerer

De acordo com o Art. 273 do Código de Processo Civil, não resta dúvidas quanto a legitimidade do autor para requerer a tutela antecipada. A dúvida surge quanto à possibilidade de ser o réu legitimado, onde parte da doutrina questiona a possibilidade de atribuir legitimidade ao réu se interpretada literalmente a expressão “pretendida no pedido inicial”, trazido pelo Art. 273 do Código de Processo Civil.

Tal discussão passa a ser estudada por processualistas, dos quais merece destaque o ensinamento de Bedaque (1998, p. 352-353):

Em princípio, a tutela antecipada é providência que vem beneficiar o autor do processo. Não tem o réu legitimidade para requerê-la, salvo nas hipóteses das chamadas ações dúplices, em que lhe é permitido formular pretensão na própria contestação.

O fato de o legislador haver admitido a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial não constitui óbice a que se aceite a antecipação em favor do réu nas demandas em que se admitem pedidos contrapostos. Para ele, o pedido inicial é exatamente aquele formulado na contestação. [...]

Também é possível ao réu – reconvincente pedir a tutela antecipada, pois nessa demanda assume ele a qualidade de autor.

Não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice. Embora mais difícil a probabilidade de subsunção aos requisitos legais, impossível afastar de plano que tal venha a ocorrer.

Ocorre que atualmente o entendimento majoritário e pacífico é de que não só o autor da ação mas também o denunciante, o denunciado, o oponente, o reconvincente, o substituto processual, o Ministério Público e o réu, podem formular o pedido da antecipação de tutela.

Dessa forma, o réu, quando apresenta reconvenção, é considerado autor das mesma, sendo perfeitamente possível requerer a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na reconvenção. Isso é possível, pois a reconvenção nada mais é do que a ação do réu admitida no processo já instaurado pelo autor, podendo o mesmo fazer pedidos e autorizado a requerer a antecipação da tutela.

Como lembra Machado (1999, p. 518), o réu ainda poderá formular pedidos em ações dúplices, onde poderá:

[...] deduzir pedido autônomo, por meio de outro processo, em face do autor, para ver declarada a existência ou inexistência da relação jurídica prejudicial, ou para ver reconhecido, v.g., seu direito de crédito, ou ainda, deduzir pedido independente em face de terceiro [...].

Logo, poderá ser considerado autor na reconvenção, denunciação e declaração incidente, uma vez que as mesmas são consideradas ações, tendo então legitimação para requerer os efeitos da sentença a ser proferida.

No caso de ação de declaração incidente proposta pelo réu, é importante a advertência no sentido de que é requisito de admissibilidade da mesma a prévia contestação e impugnação específica do réu, para que assim se torne controvertida a relação jurídica. Caso contrário, inexistindo contestação, estará ausente o interesse processual do réu na ação de declaração incidente, que reflexamente inviabiliza o requerimento da tutela antecipada.

Outro caso de intervenção de terceiros que admite a antecipação de tutela é na oposição, prevista nos Arts. 56 a 61 do Código de Processo Civil, uma vez

que também possui natureza de ação, diferente do que ocorre com a nomeação à autoria e o chamamento ao processo, onde o réu atua apenas como réu, não exercendo qualquer direito de ação.

Além desses, no que diz respeito ao Ministério Público deve ser analisado como o mesmo está atuando no processo. Se for caso de ação civil pública a maioria da doutrina entende que terá legitimidade extraordinária, enquanto um entendimento minoritário, adotado por Antonio Cláudio da Costa Machado, sustenta que a legitimidade do Ministério Público nesse caso seria ordinária, uma vez que lhe é atribuída a qualidade de autor da demanda, podendo dessa forma requerer a tutela antecipatória.

A respeito da intervenção do Ministério Público pelos incapazes, o mesmo não será legítimo para requerer a tutela antecipada, uma vez que no caso de intervenção pelos incapazes, ele não exerce o direito de demanda mas sim um direito assistencial, não podendo dessa forma requerer os efeitos antecipados da sentença.

Outra posição adotada pelo Ministério Público é como fiscal da lei e no tocante a essa questão existe divergências. Para uma parte da doutrina, o Ministério Público, atuando como fiscal da lei, não terá legitimidade para requerer a tutela antecipada, sustentando que possui posição totalmente distinta das partes, não exercendo o direito de ação.

Para outros, como Nery Júnior (1995, p. 55):

[...] os interventores que agem ad coadjuvandum, como o assistente (simples e litisconsorcial) e o Ministério Público *custus legis* (Código de Processo Civil, Art. 82), podem, no interesse e em benefício do assistido e daquele por quem intervém o Ministério Público no processo (v.g., o interesse público geral, o incapaz, o obreiro etc.) requerer o aditamento da tutela.

## 2.11 A Execução da Tutela Antecipada

O parágrafo 3º do Art. 273 do Código de Processo Civil, antes de ser alterado pela Lei nº 1.444/02, previa que:

Art. 273, §3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber o disposto nos incisos II e III do Art. 588.

Tal Artigo, fazia então uma remissão ao dispositivo que trata da execução provisória. No entanto, remete a execução da tutela antecipada aos incisos II e III, sendo omissivo ao inciso I que exige a prestação de caução pelo exequente para que se proceda a execução.

Por essa razão, surgiu discussões na doutrina quando a necessidade de ser exigida caução para a execução da tutela antecipatória.

Para parte da doutrina, ao omitir-se quanto ao inciso I do Art. 577, o legislador desobriga o exequente da prestação de caução para obtenção da tutela antecipada.

No mesmo entendimento, Dinamarco (1995), sustenta que o § 3º ao remeter-se aos incisos II e III do Art. 588, deixa de exigir caução para a concessão da tutela antecipada.

No entanto, merece atenção a parte final do inciso II que permaneceu na remissão feita pelo Art. 273 do Código de Processo Civil. Tal dispositivo exige a prestação de caução para a hipótese em que se buscava o levantamento em dinheiro.

Mesmo fazendo remissão expressa a esse dispositivo, alguns autores se pronunciaram no sentido de que não era necessário prestar caução mesmo que houvesse o levantamento de depósito em dinheiro. Outros entenderam que deveria ser desnecessária a prestação de caução apenas quando o beneficiário não tivesse condições econômicas e sociais de prestar a caução, frustrando dessa forma a efetividade do provimento, tornando inválida a tutela concedida.

Ainda existiam aqueles que entendiam que mesmo não havendo remissão do Art. 273 ao inciso I do Art. 588, a prestação de caução deveria sempre ocorrer para que assim a tutela antecipada não tivesse efeitos irreversíveis. Fundamentavam ainda, que com a prestação da caução, caso a ação fosse julgada improcedente, a mesma serviria para que o réu fosse ressarcido dos prejuízos sofridos durante o processo.

Tais discussões surtiram efeitos, pois em 7 de maio de 2002, criou-se a Lei nº 10.444, que alterou a redação do dispositivo tratado, passando a dispor da seguinte forma:

Art. 273, §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 461A.

Art. 588 - A execução provisória da sentença, far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - Ocorre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for formulada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer:

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, depende de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.

Dessa forma, o legislador não só beneficiou os hipossuficientes, como também assegurou a efetividade do processo e protegeu o requerido contra prejuízos irreparáveis. Assim, havendo prestação de caução, pode-se iniciar a execução da tutela antecipada pois caso haja prejuízos ao executado, o exeqüente poderá ser responsabilizado, uma vez que prestou a caução.

No entanto, nem sempre se aplicará o Art. 588, pois a nova redação do Art. 273 acrescenta as expressões “no que couber” e “conforme sua natureza”. Assim, a execução da tutela antecipada deverá ser de acordo com o caráter da demanda e somente seguirá a execução provisória quando se tratar de ação que tiver cunho executório.

### **3 DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

#### **3.1 Considerações Gerais**

Depois de apresentado alguns aspectos gerais sobre o instituto da antecipação de tutela, passaremos a exposição do tema concernente ao trabalho realizado.

A discussão quanto ao cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas), surge em razão das divergências existentes quanto a possibilidade de serem ou não aplicadas as prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública.

Na doutrina existem diversas posições respeitáveis contra e a favor da possibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

#### **3.2 Os óbices encontrados para a concessão do instituto contra a Fazenda Pública**

Os obstáculos encontrados para a concessão da tutela antecipada contra o Poder Pública diz respeito a alguns privilégios atribuídos à Fazenda Pública.

Dentre as prerrogativas, os óbices estão nos seguintes casos:

- a) reexame necessário: no caso de sentença desfavorável à Fazenda Pública, a mesma não poderá ser executada sem que seja revista pelo Tribunal a quem, havendo dessa forma uma contradição entre a concessão da tutela antecipada e a apreciação pelo Tribunal;
- b) outro entrave encontrado é quanto ao pagamento, pois de acordo com o Art. 100 da Constituição Federal, a execução de sentença contra a Fazenda Pública será feita sob o regime do precatório;

c) o requisito trazido pelo §2º do Art. 273 do Código de Processo Civil, que exige “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”;

d) Os dispositivos que restringem a possibilidade de liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Todavia, posicionamentos doutrinários tem entendido que tais privilégios, não são suficientemente capazes de impor tamanha restrição quando levado em conta o princípio da efetividade do processo.

### 3.3 As Prerrogativas Processuais Atribuídas à Fazenda Pública

Primeiramente, se faz de suma importância dizer que Fazenda Pública diz respeito à Administração Pública representada pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas.

Tais prerrogativas se aplicam ao Poder Público como forma de proteger o patrimônio da sociedade e o interesse coletivo, de maneira que a atuação processual negligente de um representante do Estado afeta não só os interesses do ente estatal, mas indiretamente, toda a coletividade.

Como já foi dito, o princípio da igualdade atribui tratamento igual aos igualmente iguais e tratamento desigual aos desigualmente desiguais.

Dessa forma, verifica-se um tratamento desigual do Estado com aquele que com ele demanda, afastando assim, a idéia de alguns, que classificam tais garantias como inconstitucionais.

O Poder Público goza de alguns privilégios processuais, não aplicados à parte contrária. E dentre eles, resta importante destacar os seguintes: Prazo em quádruplo para recorrer (Art. 118 do Código de Processo Civil), juízo privativo (Art. 109, I, da Constituição Federal), isenção de prévios pagamentos dos atos processuais que somente serão pagos ao fim do processo (Art. 27 do Código de Processo Civil), dispensa de preparo para recorrer (Art. 511), procedimento próprio para execução de seus créditos (Lei nº 6.830/80), reexame obrigatório

(Art. 475, I), regime próprio quanto às decisões proferidas contra si em caráter provisório (Lei nº 8437/92), dentre outros encontrados em leis infra – constitucionais.

### 3.4 A Lei nº 9494/97 e as limitações impostas à aplicação da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública

Tal lei se deu em razão da edição da Medida Provisória nº 1.570 que veio colocar fim à discussão estabelecida quanto a possibilidade se ser ou não possível a concessão de liminar contra o Poder Público.

Essa discussão se dava com base na redação da Lei nº 8437, de 30 de junho de 1992, que trazia a seguinte disposição em seu Art. 1º:

Art. 1º: Não será cabível medida liminar contra os atos do poder Público, no procedimento cautelar e 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.

§1º . Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§2º . O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§3º . Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Em virtude dessa disposição legal que alguns autores sustentavam ser impossível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Já, outros, argumentavam ser possível pois o dispositivo da Lei 8.437 se referia apenas a concessão de liminares em ações cautelares ou preventivas.

No entanto, editou-se a Medida Provisória nº 1.570 de 26 de março de 1997, posteriormente convertida na Lei 9494/97, que estabelece em seu Art. 1º:

Aplica-se à tutela antecipada prevista nos Arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos Arts. 5º e parágrafo único e 7º da Lei n.

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 n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Com a Medida Provisória, o legislador buscou impedir, pelo menos em alguns casos, a concessão da tutela antecipatória:

A – quando o servidor público visa a reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens, somente podendo ser executada a decisão depois de transitada em julgado; (Lei nº 4348/64, Art. 5º e seu parágrafo Único).

B – pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor estadual e municipal; (Lei nº 5021/66, Art. 1º e seu §4º).

C – contra atos do Poder Público, toda vez que tal providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (Lei nº 8437/92, Art. 1º).

Isso fez com que a doutrina viesse a divergir quanto a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública nos casos descritos anteriormente.

Quanto a esse assunto, o Supremo Tribunal Federal, em 16 de abril de 1997, por meio da ADIN 1576/DF, concedeu liminar para suspender a eficácia do preceito que condicionava a antecipação da tutela contra as pessoas jurídicas de direito público à prestação de caução (Art. 2º, da Medida Provisória 1.570, letra h).

Assim, a doutrina passou a discutir sobre a constitucionalidade dessas normas que restringiam a concessão da tutela antecipada, o que resultou na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6-DF. Com essa ação, o Supremo Tribunal Federal acolheu o pedido cautelar, suspendendo as ações que tratavam da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Art. 1º da Lei n. 9.494/97 até o julgamento final da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A decisão final do Supremo foi que o dispositivo tratado era constitucional, portanto não caberia a tutela antecipada contra a Fazenda Pública naqueles casos específicos. Em razão dessa decisão, alguns doutrinadores sustentaram que então somente não era cabível a tutela antecipada contra o Poder Público naqueles casos específicos, portanto cabível nos demais casos, mesmo que a parte contrária fosse a Fazenda Pública. De acordo com esse entendimento, as palavras de Wambier (1997, p. 552-553):

[...] a tão comentada Medida Provisória 1.570, de 26.03.1997, convertida na Lei 9.497, de 10.09.1997, ao querer dificultar, impor óbice, criar embaraço à concessão da antecipação de tutela contra a Fazenda pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a fazenda pública, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida.

Mas também existem aqueles que entendem de forma contrária, como Conte (1999), que entendem que não é pelo fato de o Supremo ter somente falado daqueles casos específicos que significa a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra o Poder público nos outros casos não tratados pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, tanto que a mesma Corte nem poderia tratar de tais casos, pois dessa forma estaria julgando além daquilo que estava sendo pedido na referida ação.

Ocorre que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente, dessa forma onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir. Portanto, parece ser mais adequado o entendimento daqueles que entendem somente não ser cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública naqueles casos específicos tratados no Art. 1º da lei 9494/97.

Ainda existem entendimentos que a tutela antecipada seria cabível contra o Poder Público mesmo nos casos previstos pela Lei 9494/97, desde que o pedido não tenha por fundamento a inconstitucionalidade de tal norma, mas sim a efetividade do processo e a segurança jurídica.

### 3.5 Reexame Necessário

O reexame necessário está previsto no Art. 475 do Código de Processo Civil.

Logo que o magistrado sentencia, ele deverá submeter de imediato, os autos para a instância superior, a fim de que o tribunal “ad quem” reexamine aquela decisão, independente de ter as partes interposto recurso ou não.

A efetividade da sentença se dá através da execução da mesma e todas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública somente poderão ser executadas depois de realizado o reexame necessário pelo tribunal “ad quem”. Portanto, ocorre como um pressuposto de eficácia da sentença.

Com isso, alguns doutrinadores entenderam que o reexame necessário existe como óbice para a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo este um argumento utilizado muitas das vezes para impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda.

Já para outra parte da doutrina, o Art. 475 do Código de Processo Civil, não se aplica no caso de antecipação de tutela, pois o dispositivo traz expressamente a palavra sentença e a tutela antecipada não se trata de sentença mas sim de decisão interlocutória. Dessa forma, somente a sentença é que não produzirá efeitos antes de ser apreciada pelo Tribunal.

Portanto, se analisarmos mais a fundo a questão, entenderemos que o reexame necessário não se trata de óbice nenhum para a concessão da tutela antecipada. Isso porque, a única diferença que a sentença proferida contra a Fazenda Pública tem das demais sentenças é o fato de a mesma ser apreciada pelo Tribunal, independente da vontade das partes, o que não significa a imunidade contra a antecipação dos efeitos da mesma.

Machado (1999, 617-619), na mesma linha, entende da seguinte forma:

Logo, o duplo grau de jurisdição não é barreira à emissão de decisões interlocutórias contra o Estado, mas apenas a garantia de que, havendo uma sentença desfavorável a ele, esta será necessariamente reapreciada por um tribunal. E tanto é verdade que não se pode usar o duplo grau como argumento contra a admissibilidade da tutela antecipatória, que basta pensar no quão absurdo seria se alguém sustentasse que, pelo simples fato de já ter sido interposto apelo com efeito suspensivo – o que significa que haverá obrigatoriamente um segundo julgamento da causa, vale dizer, já está em pleno funcionamento o duplo grau de jurisdição, não cabe a tutela antecipada.

[...]

Absurda se nos afigura qualquer interpretação que, à luz dos dizeres do Art. 273, incisos e parágrafos, discrimine o Estado para torná-lo isento à precipitação de efeitos. Assim, quer se enxergue o problema pelo prisma constitucional, processual geral (sistemático) ou processual específico (as normas do Art. 273), uma e somente uma é a conclusão possível: também contra a Fazenda Pública cabe a tutela antecipatória.

Diante disso, se considerarmos que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não produz efeitos antes que seja confirmada pelo tribunal, estaríamos juntamente concluindo que o instituto seria incabível em qualquer situação.

Ademais, o autor da ação não poderá ter seu direito lesado, pois deverão ser atendidos os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica.

Dessa forma, entende Marinoni (1998, p. 212):

Nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso do direito de defesa” é possível a produção antecipada dos efeitos da tutela final, já que o autor que tem razão não só não pode ter o seu direito lesado (direito à efetividade da tutela jurisdicional) em virtude da demora do processo, como também não pode ser obrigado a suportar, no caso de direito evidente e fragilidade da defesa, o tempo da justiça (direito à tempestividade da tutela jurisdicional).

Além do mais, a nova redação dada ao § 2º da Lei nº 1.0259/2001, dispensa a realização do reexame necessário às condenações cujo valor não seja superior a sessenta salários mínimos. Com isso, o reexame necessário praticamente deixa de ser enfrentado com óbice para a concessão da tutela antecipada contra o poder Público, uma vez que a maioria das tutelas antecipadas tem por objeto valor inferior a sessenta salários mínimos.

### 3.6 A execução por meio do precatório

Aqueles que sustentam a impossibilidade de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, utilizam como um de seus fundamentos a forma de execução de sentença em se tratando de obrigação de pagar quantia certa, contra a Fazenda Pública, a qual deverá seguir o que prevê o Art. 100 da Constituição Federal.

O Art. 100 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 100: À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de

apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

No entanto, antes de mais nada nos resta deixar claro que a regra do precatório só é aplicada com relação às condenações ao pagamento de quantia certa, sendo dispensado nos casos de obrigação de fazer ou de entrega de coisa.

O Artigo descrito alhures dispõe expressamente que se submete à regra do precatório a execução de créditos oriundos de sentença judicial. Mas, como já foi dito anteriormente, a tutela antecipada não se trata de instituto concedido por sentença judicial mas sim por decisão interlocutória. Mesmo podendo ser concedida durante a sentença, ela tem natureza de decisão interlocutória. E parte da doutrina, considerando a interpretação literal do texto legal, defende que somente será expedido o precatório depois de prolatada a sentença judicial, e não apenas decisão interlocutória, sendo inadmissível assim a concessão de tutela antecipada nas obrigações de pagar quantia certa em que a Fazenda Pública atuasse como demandada.

Por sua vez, o posicionamento contrário defendia que tal dispositivo, ao falar em sentença judicial, excluiu as decisões interlocutórias, sendo as últimas dispensadas da regra do precatório.

Ocorre que surgiu um posicionamento intermediário, no sentido de que a antecipação de tutela, nas ações que visassem o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, implicaria na expedição do precatório.

Com efeito, o Art. 100 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 30 de 13/09/2000, que acabou por dispensar a regra do precatório para as obrigações definidas em lei como sendo as de pequeno valor.

Dessa forma, o Art. 100, passou a ter a seguinte redação:

Art. 100:

§1ºA. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas

complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§3º o disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença transitada em julgado.

Ocorre que tal norma ainda não resolve o problema da aplicação da tutela antecipada.

No entanto, entendemos que a regra do precatório não é óbice para a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, uma vez que o que se pretende é a efetividade do processo, evitando que ocorra uma lesão grave ou dano de difícil reparação.

Assim, estando o juiz convencido da existência e da necessidade de concessão do direito e preenchidos os requisitos exigidos pela lei, a tutela antecipada não poderá deixar de ser concedida, somente em razão de uma formalidade.

### 3.7 Motivos justificadores do tratamento diferenciado à Fazenda Pública

Em regra, a Fazenda Pública por meio da Administração Pública visa a proteção da sociedade. As funções realizadas pela mesma buscam o suprimento das necessidades e a proteção do interesse público.

Só que os interesses públicos muitas vezes são diferentes e até divergentes com interesses da Fazenda Pública. Os interesses públicos visam uma proteção coletiva, englobando toda a sociedade, enquanto os interesses da Fazenda Pública é o interesse único do Estado.

Dessa forma, em razão da supremacia do interesse público pelo individual, é que eles tornam-se maiores que os interesses da Fazenda Pública. Assim, a

doutrina classifica os interesses públicos como interesses primários e o interesse da fazenda pública como interesses secundários.

Esse interesse secundário do Poder Público somente poderá prevalecer se estiver em conformidade com o interesse primário, que fundamenta sua própria existência.

### 3.8 A aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública

O presente assunto sempre causou discussões diversas na doutrina, onde encontramos os que admitem e os que são contra a aplicação da tutela antecipada contra o Poder Público.

Para aqueles que não admitem a aplicação do instituto contra a Fazenda Pública, defendem a segurança e proteção do interesse público.

Esses autores, justificam tal pensamento, com base, principalmente no reexame necessário e na regra do precatório.

Mas, como já foi tratado anteriormente, o reexame necessário apenas existe como forma de reapreciação da decisão esmo sem a interposição de recurso, evitando prejuízo para o Poder Público. Ocorre que, toda sentença está sujeita a recurso e sustentando a impossibilidade do instituto da tutela antecipada com base no reexame necessário, seria impossibilitar também tal concessão para todos os casos.

Quanto ao precatório, trata-se de execução provisória que como tratado anteriormente não é entendido como óbice para a concessão da tutela antecipada em face do Poder Público.

Além disso, as normas que restringem a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, possuem suas razões de existir e se justificam por evitarem os abusos de direito. No entanto, tais restrições protetoras do Estado, não podem impedir o direito do acesso à justiça, que está garantido à todos na Constituição Federal.

Trata-se de uma inconstitucionalidade restringir pura e simplesmente a aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, tornando o estado absolutamente imune contra as tutelas de urgência.

Dessa forma, entende Vaz (2002, p. 265):

O aparato legislativo de proteção justificada ao Estado, entretanto, não pode se revelar intimidativo do exercício de um direito fundamental, no caso o de acesso à justiça, a ponto de afastar a perspectiva de utilização de uma espécie de tutela jurisdicional à vista de determinadas situações concretas. Poder-se-ia, e no ponto o Art. do 273 do Código de Processo Civil já dispôs, ao elencar os requisitos para a concessão da tutela antecipada, impor vedações genéricas, em relação à irreversibilidade ou satisfatoriedade, por exemplo.

O princípio do devido processo legal e da inafastabilidade impedem a aplicação de normas inconstitucionais que restrinjam o direito ao acesso à justiça. Assim, negar a tutela antecipada para determinadas pessoas, que no caso seriam os litigantes contra a Fazenda Pública, seria restringir dos mesmos o direito fundamental do acesso à justiça. Fato este, que dá a impressão de que quando é o Estado que atua como réu, nos casos em que se requer uma tutela de urgência, a prestação jurisdicional não precisaria da efetividade que é necessária para os demais casos. Além do que, a efetividade consiste em não prejudicar aquele que tem razão.

Deve ser levado em conta que a tutela antecipada contra o Poder Público pode ser concedida, desde que presentes os requisitos exigidos pelo Art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 8.952/94 e observadas as restrições referidas de forma taxativa no Art. 1º da lei nº 9.494/97. Dessa forma, verifica-se que a tutela antecipada em face do Poder Público não poderá ser concedida nas seguintes hipóteses:

- A - reclassificação e equiparação de servidores públicos;
- B - concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias;
- C - outorga ou acréscimo de vencimentos;
- D - pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público;
- E - esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Se a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública fosse algo explicitamente proibido, não haveria razão de existir tal lei trazendo as referidas restrições legais.

Sábio é o pensamento de Marinoni (1998, p. 211), que admite a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público:

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 Pública é ré.

Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ele é obrigado a suportar, além da conta, o tempo da demora do processo. Não é preciso lembrar, porém, que a distribuição do tempo do processo é uma necessidade que decorre do princípio da isonomia e que o princípio constitucional da efetividade pode ser lido através da regra que determina que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Ante o exposto, adotamos o entendimento de que a tutela antecipada pode sim ser concedida quando figura no pólo passivo a Fazenda Pública.

## CONCLUSÃO

O Estado, entendendo a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional, buscou introduzir no ordenamento jurídico, institutos necessários para garantir tal efetividade, acelerando a prestação da função jurisdicional.

Dentre essas medidas, podemos encontrar o instituto da Tutela Antecipada, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 8952/94, que alterou a redação dos Arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Em razão das grandes injustiças que o tempo pode acarretar no processo, a Tutela Antecipada busca harmonizar os princípios da efetividade com a segurança jurídica, concedendo provisoriamente a tutela jurisdicional, evitando possível dano que poderia ocorrer.

Tal objetivo também é atingido com o processo cautelar, que embora não se confunda com a tutela antecipada, possui muito mais semelhanças do que diferenças.

O instituto em questão, exige para sua concessão, a presença dos requisitos legais, sendo esses, a verossimilhança, a prova inequívoca, reversibilidade do provimento, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Desde que preenchidos os requisitos, a Tutela Antecipada deverá ser concedida, antecipando os efeitos da sentença.

São legitimados para requerer tal medida, o denunciante, denunciado, oponente, reconvinente, substituto processual, Ministério Público e o réu.

A Tutela Antecipada pode ser concedida antes, durante e depois da sentença, na fase recursal.

A Fazenda Pública, goza de privilégios processuais, os quais não gozam os particulares. No entanto, tais prerrogativas não poderão limitar a proteção do indivíduo. Assim, quando tais interesses confrontarem uns com os outros, deverão prevalecer o de proteção dos indivíduos, invalidando tais prerrogativas conferidas ao estado.

Todavia, parcela respeitada da doutrina, apresenta alguns óbices impeditivos da concessão da tutela Antecipada em face da Fazenda Pública, que confrontados com a efetividade processual, não poderão acarretar tal restrição.

A lei nº 9.494/97, restringiu em algumas matérias, reconhecendo a aplicação da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública em outras. Tais hipóteses, trazidas na lei, foram consideradas constitucionais pelo Supremo tribunal federal, desde que não tenham por fundamento a inconstitucionalidade de tal lei.

O reexame necessário, assim como o precatório não são óbices para a concessão da Tutela Antecipada em face da fazenda Pública.

Diante do exposto e respeitando os entendimentos contrários, concluímos pela possibilidade de concessão da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública, dando maior destaque e importância, aos direitos constitucionais protetores do indivíduo, garantindo-lhes o direito de acesso à justiça, à efetividade da prestação jurisdicional e a igualdade que deve existir entre as partes atuantes num processo.

## BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática de processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista do tribunais, 2001.

ALVIM, J.E.C. **A antecipação de tutela na reforma processual**. Caderno de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de processo Civil**. Rio de Janeiro: Freita Bastos, 1995.

CONTE, Francesco. **A Antecipação da Tutela Jurisdicional contra a Fazenda Pública: um balanço**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires: E.S.E.A.,1971.

COSTA, Fábio Silva. **Tutela Antecipada Hermenêutica, acesso á justiça e princípio da efetividade processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, William Santos. **Tutela Antecipada no Âmbito Recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima Reforma do CPC: Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Rio Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini e outros. **Teoria Geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira., 1999.

\_\_\_\_\_. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Observações sobre Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista de Processo, 1995.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. **O Caráter Interdital da Tutela Antecipada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades Sobre o Processo Civil: A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de Dezembro de 1994**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, 1998.

SANTANA, Raquel Portela. **Antecipação de Tutela**. 2000. 67 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista. **Antecipação de Tutela na Recente Reforma Processual**. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada – doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.