

Ano IV Nº 1
2012

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA ANTECIPADA NA ATUAL SISTEMÁTICA PROCESSUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC

Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior
Juiz de Direito do TJ/CE

RESUMO

A tutela antecipada, antes prevista apenas em alguns procedimentos especiais, após 1994 generalizou-se, sendo possível a sua concessão em praticamente todos os tipos de procedimentos. Exige-se a cumulação de determinados requisitos para a sua concessão, ora fundada na urgência, ora na inconsistência da defesa do réu. Difere-se da medida cautelar, conquanto, após 2002, e especialmente no Projeto do novo CPC em trâmite no Congresso Nacional desde 2010, estes dois tipos de tutela recebem basicamente o mesmo tratamento e a mesma disciplina. Em que pese seja possível a sua concessão contra a fazenda pública, há vedações legais já declaradas constitucionais pelo STF, não havendo utilidade de sua concessão nos casos em que se exige a expedição de precatórios. O projeto do novo CPC apresenta novidades quanto à disciplina da tutela antecipada, extinguindo o livro do processo cautelar e tratando as duas tutelas de urgência simultânea e semelhantemente. Há a previsão de um novo instituto, ao menos quanto ao nome, a tutela da evidência, que nada mais é do que uma tutela antecipada não fundada na urgência, mas na evidência do direito do autor, frente à inconsistência na defesa do réu.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Tutelas de urgência. Fungibilidade. Efetivação. Fazenda pública. Tutela da evidência. Projeto do Novo CPC.

1 NOÇÕES

A tutela antecipada consiste em instituto previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil (doravante, CPC), no qual, a requerimento do autor e diante do preenchimento de determinados requisitos legais, o juiz, por meio de decisão interlocutória, antecipa os efeitos da tutela requerida pelo autor na inicial. É importante ressaltar que tal instituto possui natureza antecipatória do próprio mérito, tendo por fim efetivar, ainda que provisoriamente, direitos materiais, de forma a não se confundir com as medidas cautelares, que possuem natureza assecuratória, de garantia de eficácia de futuro provimento jurisdicional, ou de outro processo.

A tutela antecipada consiste em espécie de tutela de urgência, provisória e preventiva.

Em regra é tutela de urgência, pois se funda no *periculum in mora*, ou seja, o perigo da demora natural da prestação jurisdicional, que pode acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao requerente. A demora na prestação jurisdicional, na efetivação do direito material violado, às vezes enseja maiores injustiças do que a resistência injustificada do réu à pretensão do autor, podendo causar danos irreparáveis ao direito material. Fundamenta-se nesta idéia a antecipação dos efeitos da tutela.

Deve-se salientar que também é espécie de tutela de urgência a tutela cautelar, pois também se funda no perigo da demora. As distinções entre referidas tutelas, antecipada e cautelar, será analisada em tópico abaixo. Contudo, deve-se salientar que nem toda espécie de tutela antecipada será também tutela de urgência. Quando a tutela antecipada for concedida na hipótese em que estiver caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu¹, não há que se falar em urgência, consistindo neste caso, à evidência do direito do autor, em mais uma sanção juntamente com o artigo 17 do Código de Processo Civil para os atos atentatórios à dignidade da justiça.

A tutela antecipada, assim como a tutela cautelar, também é espécie de tutela provisória porque é concedida a título precário, podendo a qualquer tempo ser revogada. É concedida, mas sabe-se que não é definitiva. Pode-se dizer que efetiva provisoriamente direitos materiais. Possui, pois, natureza provisória, de modo que poderá ser revogada a qualquer tempo, por meio de outra decisão interlocutória, quando o juiz verificar a ausência de seus requisitos. Também deixará de existir na hipótese de extinção anômala do processo², ou quando do proferimento da sentença de mérito.

¹ No Projeto do novo CPC em trâmite na Câmara dos Deputados o tema é tratado no artigo 285, inciso I, com a novel denominação de tutela da evidência. O assunto será comentado neste trabalho no tópico relativo ao Projeto do novo CPC.

² O § 2º do artigo 288 do Projeto do novo CPC prevê a estabilização dos efeitos da decisão liminar, antecipatória ou cautelar, requerida em processo antecedente, mesmo após a extinção anômala do processo, desde que não impugnada pelo réu, dispondo o seguinte: § 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. O assunto será comentado neste trabalho no tópico relativo ao Projeto do novo CPC.

O instituto sob exame também consiste em espécie de tutela preventiva, pois pode ter por fim evitar dano ou a sua consumação. Tal afirmativa tem fundamento constitucional, como se pode ver na literalidade do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (1988): “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É importante ressaltar que o referido instituto encontrava-se previsto anteriormente em alguns procedimentos especiais, como por exemplo, nos procedimentos relativos às ações possessórias, de alimentos, mandado de segurança, ação civil pública (tendo em vista a natureza do direito material, exigindo-se urgência na prestação jurisdicional), dentre outros, em que se concedia liminar, quando preenchidos os requisitos específicos, antecipando-se os efeitos da tutela (concedendo-se liminarmente, p.ex. a manutenção e reintegração de posse, bem como os alimentos provisórios). Com as modificações no Código de Processo Civil em 1994, tal medida passou a ser possível em qualquer caso no procedimento comum. Fala-se em tutela antecipada genérica. Logo, o instituto não é novidade em nosso ordenamento jurídico. A reforma processual de 1994 apenas generalizou a tutela antecipada, prevendo referido instituto em dois dispositivos: o artigo 273, nas ações de dar dinheiro, declaratórias e constitutivas, e no artigo 461, § 3º, para as obrigações de fazer e não fazer e de dar coisa diversa de dinheiro. Conforme a doutrina, estes dois dispositivos juntos formam um sistema, qual seja, o poder geral de antecipação do juiz.

2 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A Lei 10.444 de 2002 incluiu mais um parágrafo ao artigo 273 do CPC, possibilitando ao juiz, quando o autor requerer medida de natureza cautelar a título de medida antecipatória de mérito, conceder incidentalmente no processo medida cautelar, desde que preenchidos os seus requisitos³.

³ No Projeto do novo CPC a tutela antecipada e a tutela cautelar são tratadas conjuntamente em um mesmo dispositivo, com a denominação de tutela de urgência, no caso o artigo 283, que dispõe: Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Dispõe o parágrafo 7º do artigo 273 do CPC o seguinte, *litteris*:

§ 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. (BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Verifica-se, no caso, aplicação do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, de modo a prevalecer a finalidade do ato e não a forma preconizada na lei, evitando com que o juiz indefira medida urgente requerida nos autos, causando dano irreparável ao direito do autor pelo simples fato de não se ter atendido à forma (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005). A doutrina denomina tal dispositivo de fungibilidade das tutelas de urgência. Embora haja quem entenda de modo contrário, há entendimentos no sentido de que tal fungibilidade consiste em uma via de mão dupla, possibilitando também a concessão de tutela antecipada, quando requerida a título de medida cautelar, desde que obviamente estejam presentes seus requisitos.

Na aplicação do § 7º do artigo 273 do CPC, como uma via de mão dupla, poder-se-ia cogitar, se for o caso, de uma ordem judicial anterior determinando a emenda da inicial para fins de adaptação do procedimento, como uma forma de se evitar que a parte assumira um ônus não tenha manifestado expressamente, como p.ex., na ocorrência de algumas das hipóteses previstas no artigo 811 do CPC.

Art. 811 - Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único - A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar. (BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Com isso, pode-se dizer que o legislador estabeleceu uma verdadeira fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias de mérito, aceitando a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, quando requerida a título de medida cautelar e vice-versa, desde que presentes os fundamentos autorizadores da

respectiva medida e, em sendo o caso, mediante provocação do juiz para fins de adaptação do procedimento.

Em razão do supramencionado parágrafo, permitindo-se a concessão de medida cautelar requerida a título de tutela antecipada em um processo de conhecimento, fala-se em processo multifuncional ou sincrético. Estes são processos em que se verifica a realização de mais de uma função jurisdicional. No caso do exemplo, em um mesmo processo asseguram-se e certificam-se direitos. O aparecimento dos chamados processos (ou ações) sincréticos ou multifuncionais tornou em desuso a classificação das ações quanto à natureza da função jurisdicional almejada (ações de conhecimento, de execução e cautelar), em razão de um mesmo processo veicular mais de uma espécie de função jurisdicional.

3 DISTINÇÕES

A tutela antecipada não se confunde com outros institutos como a medida liminar e julgamento antecipado da lide. Medida liminar consiste em qualquer decisão proferida pelo juiz no início do processo antes de ouvir o réu. Logo, existe medida cautelar liminar, tutela antecipada liminar, sentença liminar (indeferimento da petição inicial), despacho liminar (cite-se o réu). Julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do CPC, é o julgamento final de mérito em um momento anterior, desde que preenchidos os seus requisitos, distinguindo-se da tutela antecipatória.

Muito importante ressaltar as diferenças entre medida cautelar e tutela antecipada. Embora possuam semelhanças, pois ambas são espécie de tutelas de urgências, preventivas e provisórias, fundando-se em cognição sumária, não são a mesma coisa. Na tutela antecipada, antecipa-se o próprio pedido do autor feito na inicial, tendo natureza satisfativa, enquanto nas medidas cautelares, concede-se uma medida de natureza assecuratória do provimento jurisdicional final ou de outro processo.

4 REQUISITOS

Quanto aos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, existem os obrigatórios, que se devem verificar cumulativamente, e os alternativos (BARROSO, 2003), todos previstos no artigo 273 do CPC, que estabelece o seguinte, *verbis*:

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;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

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

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

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

§ 6º - A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. [...] (BRASIL, Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Os obrigatórios são os seguintes:

- a) Prova inequívoca da verossimilhança da alegação: o autor deve juntar aos autos, com o seu requerimento, em regra prova documental, pré-constituída, de modo a convencer o juiz da verossimilhança das alegações. A chamada prova inequívoca consiste em prova produzida sobre o crivo do contraditório, não sendo necessariamente prova documental. Não se exige um juízo de certeza das alegações do autor (somente alcançado após uma cognição exauriente), mas também não basta a mera possibilidade, plausibilidade, ou fumaça do bom direito (requisito das medidas cautelares). Poder-se-ia dizer que a verossimilhança encontra-se entre estes dois, sendo um juízo de probabilidade das alegações do autor feito na inicial. Logo, o juiz mediante cognição sumária, verificando prova inequívoca que lhe convença da verossimilhança das alegações do autor, e mediante o preenchimento dos demais requisitos, poderá antecipar os efeitos da tutela.
- b) O outro requisito obrigatório consiste na reversibilidade da decisão proferida, de modo que seja possível restituírem-se as partes ao *status quo ante* se por acaso for proferida uma sentença de improcedência do pedido do autor. Fala-se em

requisito negativo, pois se exige a ausência de perigo de irreversibilidade da antecipação. O pressuposto negativo do perigo da irreversibilidade, contudo, pode ser excepcionado quando houver "irreversibilidade recíproca", havendo conflito de irreparabilidade entre dois interesses jurídicos, o juiz deve tutelar o mais relevante, aplicando o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, já decidiu, *verbis*:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO.
“A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (REsp n. 417.005-SP) Recurso especial não conhecido”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 408.828/MT, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, 2005).

Os dois requisitos supramencionados devem obrigatoriamente se fazer presentes, juntamente com pelo menos um dos requisitos alternativos seguintes:

- a) Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação: consiste no perigo da demora, requisito também necessário para as medidas cautelares. Quando se verificar que a demora na prestação da atividade jurisdicional (demora normal no desenvolvimento do curso do processo de modo que não se pode aguardar o proferimento da decisão final) poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação, deverá ser concedida tal medida. O dano deve ser ao direito material do autor e não mero dano processual.
- b) Quando se verificar o abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório do réu. Quando o réu praticar atos atentatórios à dignidade da justiça, caracterizando a sua má-fé processual (litigância de má fé), evidenciando-se o bom direito do autor. Neste caso, como já dito acima, não há que se falar em tutela de urgência, em razão da ausência do perigo da demora.
- c) Quando um ou mais pedidos cumulativos feitos pelo autor na inicial, no todo ou em parte, se mostrarem incontroversos após a contestação. Neste caso, a doutrina quase unânime entende não se tratar tecnicamente de tutela antecipada e sim de julgamento final de parte do pedido ou dos pedidos em sede de cognição exauriente. Fala-se em resolução parcial da causa ou sentença parcial de mérito. Nada mais seria do que o fracionamento do julgamento da causa, sendo uma decisão definitiva de mérito, apta a fazer coisa julgada, sendo efetivada em sede de execução definitiva e não provisória.

5 EFETIVAÇÃO

A efetivação coativa da decisão que antecipa os efeitos da tutela, dada a sua reversibilidade e provisoriedade, seguirá os moldes da execução provisória prevista nos artigos 475-I, § 1º e 475-O, ambos do CPC (anteriormente prevista no revogado artigo 588 do CPC) e do processo de ação de obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa diversa de dinheiro, previsto artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (ressalte-se que neste caso são processos sincréticos, pois além de certificar direitos, também em um mesmo processo se efetiva direitos, não sendo necessário um outro processo para tal).

Assim dispõe o § 1º do artigo 475-I do CPC, *in litteris*:

Art. 475-I [...]

§ 1º. É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. (BRASIL, Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973)

É de bom alvitre registrar que o termo “sentença” utilizado no supra transcrito dispositivo legal é empregado em seu sentido amplo de decisão judicial, de modo a abranger qualquer decisão judicial, quer seja de 1º ou 2º grau de jurisdição, quer sejam decisões interlocutórias antecipatórias de juízos ou monocráticas de membro de tribunal (DIDIER; BRAGA; CUNHA; OLIVEIRA, 2009).

Questão interessante diz respeito à responsabilidade objetiva em sede de tutela antecipada. Sabe-se que a efetivação da tutela corre por conta e risco do exequente. Se a tutela for revogada, este responderá objetivamente pelos prejuízos que tiver causado à parte contrária.

6 OUTRAS OBSERVAÇÕES

É muito importante ressaltar que a concessão *inaldita altera parte* da antecipação dos efeitos da tutela, ou seja, sem a ouvida da parte que suportará os efeitos de tal medida (o futuro réu), não causa qualquer prejuízo à ampla defesa ou ao contraditório. Apenas o contraditório será diferido ou postergado, podendo o réu impugnar tal medida no prazo para sua resposta, apresentando provas que possam ilidir tal cognição sumária quando da concessão da medida. Logo, o contraditório

ocorrerá apenas posteriormente a tal decisão, possibilitando ao réu o exercício de seu direito constitucional de ampla defesa, podendo impugnar tal medida no prazo para resposta, tendo em vista a sua natureza provisória.

Nada obsta a concessão da antecipação após a ouvida do réu (depois da contestação) ou no curso do processo, antes da sentença final, mesmo o juiz já tendo indeferido a medida inicialmente (pode se convencer da existência dos requisitos posteriormente), havendo inclusive a antecipação dos efeitos da pretensão recursal (DIDIER; CUNHA, 2006), que pode ser concedida pelo relator em sede de agravo de instrumento, consoante prescreve o artigo 527, inciso III do Código de Processo Civil, o qual se transcreve abaixo, *verbis*:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

[...]

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. (BRASIL, Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Embora não se possa vislumbrar de início a utilidade, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela inclusive na própria sentença. Neste caso, a antecipação da tutela teria o condão de “inibir” o efeito suspensivo da apelação, possibilitando com isso a execução provisória da sentença, conforme prevê o artigo 520, inciso VII do Código de Processo Civil, *in litteris*:

Art. 520 - A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

[...]

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. (BRASIL, Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973)

A tutela antecipada é cabível em qualquer tipo de procedimento. No comum, é possível nos ritos ordinário, sumário e sumaríssimo. É cabível inclusive nos procedimentos especiais que não prevêem hipótese específica de tutela antecipada. No caso das ações possessórias, após o prazo de ano e dia da turbação, embora não seja mais possível o pedido de liminar antecipatória específica, seria possível a tutela antecipada genérica com base no artigo 273 do Código de Ritos.

Embora seja possível em quase todos os tipos de procedimentos, a tutela antecipada genérica do art. 273, caput e incisos, só é cabível em ações condenatórias, não sendo cabível em ações declaratórias, pois o efeito declaratório consiste na certeza jurídica conferida à existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor em sua demanda, porém a tutela antecipada se baseia na verossimilhança das alegações e não na certeza, não havendo "provável certeza", já que a tutela antecipada é um juízo de probabilidade das alegações do autor. Assim, não há como se antecipar a eficácia declaratória. Qual seria a utilidade de uma tutela declaratória antecipada, fundada em cognição sumária, precária e apenas em um juízo de probabilidade, quando o que se almeja em uma ação declaratória é o bem da "certeza jurídica"?

Também não cabe antecipação de tutela constitutiva em regra, pois a constituição consiste na criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, exigindo cognição exauriente, sendo inócua uma antecipação de tutela constitutiva. Dessa forma, por exemplo, não seria cabível tutela antecipada em ações de Estado. Nas ações constitutivas, só é cabível a antecipação dos efeitos da tutela se houver expressa previsão legal, como no caso da Lei 8.245/91, que trata da locação de imóveis, no caso específico das ações revisionais de aluguel, onde se permite a fixação provisória do aluguel na ação em que se busca revisar o valor da locação.

Deveras significativo acerca do tema é a transcrição, *in verbis*, do citado dispositivo legal (artigo 68, inciso II da Lei 8.245/91):

Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte:

[...]

II - ao designar a audiência de conciliação, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos tanto pelo locador como pelo locatário, ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, que será devido desde a citação [...] (BRASIL, Lei nº8.245, de 18 de outubro de 1991)

Portanto, a regra é que a tutela prevista no art. 273, caput e incisos é apenas a tutela condenatória, baseada em juízo de probabilidade em sede de cognição sumária.

A antecipação dos efeitos da tutela acarreta também a inversão do ônus da demora, suportado pelo autor durante todo o processo, de modo que o réu passará a suportá-lo com a decretação de tal medida.

Questão interessante diz respeito à possibilidade do juiz antecipar a tutela requerida pelo Ministério Público. Quando o representante do Ministério Público atuar como parte no processo, não há a menor dúvida de que pode pleitear as medidas que entender pertinentes, dentre as quais a antecipação dos efeitos da tutela. E quando o órgão ministerial requerer referida medida, atuando como *custos legis*? Diante da natureza permanente e essencial do Ministério Público, conforme estabelece a CF/88, atuando como *custos legis*, tendo por guia e norte de sua atuação o interesse público, justificador de sua própria intervenção, obviamente também poderá solicitar ao magistrado reitor do feito as medidas urgentes que entender pertinentes e adequadas à defesa dos direitos que tutela.

Não fosse assim, em casos em que se exige uma pronta e urgente atuação do Poder Judiciário, sob pena de perecimento de direitos, frente à desídia das partes no processo, estaria o Ministério Público impedido de se manifestar, não podendo pleitear a medida de urgência justamente para a defesa dos interesses que justificam a sua intervenção? Claro que não. Para os mais formalistas, nesses casos, poder-se-ia cogitar que o juiz, em sendo possível, antes de decidir e em breve, urgente e comum prazo, ouvisse as partes.

7 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Outro ponto que merece análise diz respeito à possibilidade de antecipação de tutela contra a fazenda pública. Nas obrigações de dar quantia certa será possível a concessão de tutela antecipada sempre que não for vedada por lei. Deve-se, contudo, salientar que neste caso a execução se faz mediante precatórios, inviabilizando qualquer tentativa de execução provisória. Excetua-se a tal regra dos precatórios as quantias de pequeno valor, assim definidas em lei, bem como os créditos já previstos no orçamento, como os decorrentes de contratos administrativos. Nestes casos não há que se falar em expedição de precatórios, podendo haver a concessão de tutela antecipada em favor da fazenda pública, e, por conseguinte, também a execução provisória (desde que não vedada por lei). Importante observar que os créditos de natureza alimentícia submetem-se às regras dos precatórios, mas em uma lista prioritária de pagamento.

Antes, aceitava-se a idéia de se antecipar a expedição de precatórios em sede de tutela antecipada contra a fazenda pública, mas com o advento da Emenda Constitucional. nº. 30, passou-se a exigir o trânsito em julgado para a sua expedição. Ainda na hipótese de obrigações de dar quantia certa, a lei veda a tutela antecipada nos casos de créditos do funcionalismo público, dentre outros, não havendo que se falar em tutela antecipada e nem em execução provisória nestes casos. Muito significativo destacar o que dispõe o artigo 2-B da Lei 9.494/97 (também repetido de modo semelhante na nova Lei do Mandado de Segurança - Lei nº. 12.016/09), que dispõe:

Art. 2-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997)

Deve-se salientar que o Supremo Tribunal Federal – STF tem decidido no sentido da constitucionalidade das leis que vedam a concessão de tutela antecipada contra a fazenda pública, no entanto, valendo-se de interpretação bem restrita, diminuindo o alcance de referidas normas apenas às hipóteses taxativamente nelas previstas, como se pode observar a seguir:

SERVIDOR PÚBLICO. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Restabelecimento. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 3483 Agravo Regimental, Tribunal Pleno Relator: Min. Cezar Peluso, 2006).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor público. Vencimentos. Conversão monetária de cruzeiro real em URV. Diferença. Incorporação determinada. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar concedida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação inviável. Segmento negado. Agravo improvido. Não se admite reclamação contra decisão que está em consonância com assentada jurisprudência da Corte. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 5163 Agravo Regimental, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Reintegração no posto. Restabelecimento de condição funcional. Retorno ao statu quo. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Pagamento

conseqüente de vencimentos futuros. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 6468 Agravo Regimental, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA NOMEAÇÃO E POSSE EM CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC 4. 1. Ao conceder a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, esta nossa Corte vedou apenas a concessão de tutela antecipada que contrarie o disposto no art. 1º da Lei 9.494/97. 2. A reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei 4.348/64) cuidam da específica situação em que um servidor público postula tais direitos em Juízo. O mesmo vale para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias de que trata o § 4º do art. 1º da Lei 5.021/66. 3. A determinação para que candidatos sejam nomeados e empossados em cargo público não ofende a decisão do STF na ADC 4. A postulação para ingresso nos quadros funcionais do Estado diz respeito ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções de natureza pública. Direito expressamente assegurado pelo inciso II do art. 37 da Constituição Federal e consistente na instauração de vínculo jurídico até então inexistente. Direito, portanto, à formação de um liame jurídico a que o Poder Público, no caso, resiste. Já os demais direitos subjetivos, versados na ADC 4, esses dizem respeito à continuidade de uma relação jurídica preexistente ou, se se preferir, dizem respeito a institutos jurídicos que têm por pressuposto de incidência uma anterior relação jurídica entre o servidor público e a pessoa do Estado. Relação jurídica em nenhum momento posta em causa quanto à juridicidade de sua formação ou continuidade. 4. Reclamação que se julga improcedente” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 7212, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ayres Britto, 2010).

Ante o exposto, pode-se sistematizar o tema da seguinte forma: regra geral é possível a concessão de tutela antecipada contra a fazenda pública no caso de obrigação de dar quantia certa, salvo quando vedado por lei, como nas hipóteses clássicas dos servidores públicos (créditos funcionais), servindo-se de uma interpretação taxativa e restrita; nos casos em que não é vedado, será possível a sua concessão e também a execução provisória, como por exemplo nas quantias de pequeno valor (fixadas por lei), assim como no caso de créditos que já estejam previstos no orçamento (contratos administrativos). Nos demais casos, embora seja possível em tese a concessão de tutela antecipada, não seria possível a execução provisória de tal decisão, em razão da exigência do trânsito em julgado da sentença para a expedição de precatório. Como se pode observar, em sede de ação de obrigação de dar quantia certa, o grande problema para a execução provisória

consiste no fato de ser exigido, na maioria dos casos, expedição de precatórios após o trânsito em julgado, para o pagamento das dívidas da fazenda pública.

Em relação às ações de obrigação de fazer, não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro é plenamente possível a antecipação de tutela contra o poder público, não havendo limitações.

8 TUTELA ANTECIPADA NO PROJETO DO NOVO CPC

O Projeto nº 166, de 2010, inicialmente em trâmite no Senado Federal e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, tem por escopo a promulgação de um novo Código de Processo Civil. Referido Projeto trás inúmeras modificações e novidades referentes a institutos atualmente previstos ou não no Código de Processo Civil em vigor (CPC de 1973), algumas meramente formais, tópicas, outras, mais profundas.

Com relação ao que interessa ao presente trabalho, o Projeto do novo CPC apresenta várias modificações ao instituto da tutela antecipada, entretanto, as modificações no geral foram apenas formais.

Comentam-se, a seguir, as principais novidades concernentes ao instituto da tutela antecipada previstas no Projeto.

De início, a principal e notória modificação trazida no Projeto do novo CPC consiste no tratamento dispensado à tutela antecipada e à tutela cautelar. O Projeto trata os referidos dois tipos de tutela como tutelas de urgência, não mais contanto com um livro destinado ao processo cautelar e nem mais disciplinando procedimentos cautelares específicos.

Assim, no Projeto do novo CPC em trâmite na Câmara Federal, a tutela antecipada fundada na urgência e a tutela cautelar são tratadas no mesmo título, juntamente com a novel (apenas no nome) tutela da evidência.

A partir de 2002, com a previsão legal da fungibilidade das tutelas de urgência, traduzida no outrora novel § 7º do artigo 273 do CPC, sendo uma via de mão dupla, passou-se a dar tratamento semelhante às duas espécies de tutelas de urgência, fato este consolidado no Projeto. É o que se pode observar através do artigo 283 do Projeto, *verbis*:

Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (BRASIL, Projeto de Lei nº166, de 08 de junho de 2010)

Com efeito, tanto a tutela satisfativa (antecipada) como a tutela assecuratória (cautelar) estão disciplinadas conjuntamente em um mesmo dispositivo. Apesar de ter abolido o livro sobre as medidas cautelares, há, no Projeto, previsão de dois tipos de procedimentos para as tutelas de urgência: o das medidas requeridas em caráter antecedente – semelhante ao processo cautelar preparatório, mas com algumas modificações relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência concedida, e o das medidas requeridas em caráter incidental.

Com relação às tutelas requeridas em caráter antecedente, destaca-se a previsão de maior força e estabilidade da tutela de urgência concedida quando o requerido, após a efetivação integral da decisão liminar, deixar de impugná-la, acarretando inclusive a extinção do processo antecedente, mantendo-se a eficácia da medida deferida após a extinção.

Assim é a redação do artigo 288 e seus parágrafos do Projeto:

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.(BRASIL, Projeto de Lei n.166, de 08 de junho de 2010)

Deve-se destacar que a liminar deferida não terá força de coisa julgada material, apenas formal, pois poderá ser revogada por outra decisão proferida em processo ulterior instaurado por qualquer das partes.

Essa é a inteligência do parágrafo 2º do artigo 290 do Projeto, *verbis*:

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 289, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes. (BRASIL, Projeto de Lei n.166, de 08 de junho de 2010)

Deveras importante também registrar o “novo” instituto da tutela da evidência, que nada mais é do que uma tutela antecipada não fundada na urgência, mas sim na maior evidência do direito veiculado por uma das partes.

A tutela da evidência não é instituto realmente novo, posto que já previsto, ao menos parcialmente, na sistemática atual, como se verá abaixo, no entanto sem a nova nomenclatura.

Estabelece o artigo 285 do Projeto as hipóteses de concessão da chamada tutela da evidência, em que será dispensada a demonstração de urgência para a concessão de tutela antecipada.

Segue abaixo a transcrição do citado dispositivo sobre a tutela da evidência, *litteris*:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independará igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional. (BRASIL, Projeto de Lei n.166, de 08 de junho de 2010)

Como se pode constatar pela leitura do artigo 285, todos os seus incisos, com exceção do II, tratam de hipóteses de tutelas de cognição sumária, precárias, pois. O inciso II trata de caso de julgamento final de parte do pedido ou dos pedidos em sede de cognição exauriente, não sendo caso de decisão precária e provisória, e sim de decisão definitiva de mérito.

O restante dos casos tratados no mencionado artigo dependem de participação do réu para a sua ocorrência, praticando atos meramente protelatórios, abusando do direito de defesa, tornando evidente o bom direito do autor.

Para Marinoni e Mitidiero, à exceção do inciso II, os demais incisos do artigo 285 traduzem uma defesa inconsistente ou previsivelmente inconsistente:

Os demais casos podem ser agrupados sem maiores dificuldades sob o conceito de defesa inconsistente. A diferença está em que as situações dos incisos I e III requerem a participação do réu para as suas configurações, ao passo que aquela descrita no inciso IV pode ser configurada inaudita altera parte, já que é possível aferir liminarmente a existência de julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante a favor da posição jurídica do

autor. Em todos estes casos, a defesa ou mostra-se inconsistente ou é previsivelmente inconsistente. (MARIONI; MITIDIERO, 2010, p.109)

E continuam os referidos autores:

A hipótese do art. 285, I, é a mesma presente no art. 273, II, Código vigente. Rigorosamente, por si só dá conta das demais hipóteses, já que abusa do direito de defesa ou age com manifesto propósito protelatório quem oferece defesa inconsistente. (MARIONI; MITIDIERO, 2010, p.109)

Como se pode observar, a denominada tutela da evidência, em que pese mais especificada e mais detalhada no Projeto do novo CPC, nada mais é do que a tutela antecipada não fundada na urgência já prevista no atual Código, em seu artigo 273, inciso II, como hipótese genérica de defesa inconsistente.

9 CONCLUSÃO

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela, antes adstrito a apenas alguns procedimentos específicos, com a reforma processual de 1994, tornou-se possível em qualquer rito do procedimento comum. Como se pode constatar, hoje o juiz possui um verdadeiro poder geral de antecipação (juntamente com o poder geral de cautela e o poder geral de efetivação), consubstanciado nos artigos 273 (tutela antecipada genérica) e no artigo 461, § 3º (tutela antecipada específica), ambos do Código de Processo Civil, devendo-se valer de referido poder guiado pelo princípio da proporcionalidade, de modo a não causar prejuízos desnecessários a qualquer das partes.

O Projeto do novo CPC atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados unifica o tratamento das tutelas de urgência, quer sejam satisfativas, quer sejam assecuratórias, abolindo o livro referente ao processo cautelar, trazendo à baila o instituto da tutela da evidência como espécie de tutela antecipada, visando uma maior celeridade e efetividade no procedimento das medidas de urgência, sem, no entanto, apresentar mudanças substanciais em relação ao atual sistema.

**BRIEF CONSIDERATIONS FOR INJUNCTIVE RELIEF IN USUAL PROCESS
SYSTEMATIC AND IN THE PROJECT OF NEW CPC**

ABSTRACT

The injunctive relief, before provided only in some special procedures, became widespread after 1994, it was possible its concession in practically all types of procedures. It requires the accumulation of certain requirements for its granting, sometimes based on urgency, sometimes inconsistency in the defense of the defendant. It differs from the precautionary measure, though, after 2002, and especially in the project of the new CPC pending in Congress since 2010, these two types of protection they receive basically the same treatment and the same discipline. In spite of possible grant from the Exchequer, there are legal prohibitions already declared constitutional by the Supreme Court, no utility is granted in cases that require the issuance of writ. The design of the new CPC provides news about the discipline of the injunctive relief, the book quenching process and treating the two interim emergency guardianship simultaneously and similarly. There is the anticipation of a new institute, the least in name, the protection of the evidence, which is nothing more than an injunction is not based on urgency, but the evidence of the author's right in front of the inconsistency in the defense of the defendant.

Keywords: Injunctive Relief. Protection of urgency. Fungibility. Effective. Exchequer. Protection of evidence. New CPC Project.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 30**, de 13 de setembro de 2000. Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº166**, em 08 de junho de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm >. Acesso em: 21 maio 2012

BRASIL. **Lei nº 10.444**, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.494**, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. nº 408.828/MT**, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, Brasília, DF, 01 de março de 2005. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/108070/recurso-especial-resp-408828-mt-2002-0009979-1-stj> >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 7212/PI**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 02 de junho de 2010. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14756072/reclamacao-rcl-7212-pi-stf> >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação nº 6468/SE**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716554/agregna-reclamacao-rcl-6468-se-stf> >. Acesso em: 21 maio 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação nº 5163 Agravo Regimental**, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 27 de novembro de 2008. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716602/agregna-reclamacao-rcl-5163-ce-stf> >. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação nº 3483 Agravo Regimental**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 15 de março de 2006.

Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14733468/agregna-reclamacao-rcl-3483-df-stf>>. Acesso em: 21 maio 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Salvador: Jus Podivim, 2006, v. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 1. ed. Salvador: Jus Podvim, 2009, v 5.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas** – 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários À Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45; Lei 10.444/2002**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.