

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO COLETIVO

ANA CARVALHO FERREIRA BUENO DE MORAES¹

1. Introdução - 2. Tutela antecipada e tutela cautelar - 3. A tutela antecipada do art. 273 do CPC: 3.1. Cabimento; 3.2. Requisitos; 3.3. A decisão sobre a tutela antecipada; 3.4. Efetivação: 3.4.1. Caução - 4. Tutela antecipada específica: 4.1. Previsão legal; 4.2. Requisitos; 4.3. Multa - 5. Aplicação analógica dos dispositivos - 6. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública - Referências.

1. Introdução

A tutela antecipada está prevista genérica e explicitamente no art. 273 do CPC. Este artigo fora introduzido no sistema processual civil brasileiro com a Lei 8.952/94. Esta lei, juntamente com um conjunto de outras leis da mesma época, levou a uma importante reforma no Código de Processo Civil².

Esta reforma teve como condão buscar a tão desejada efetividade do processo, depois da consciência de que o processo deve ser *dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornam-se socialmente ilegítimo*³.

Nesta busca, um passo importantíssimo foi exatamente a previsão da tutela antecipada. Antes da vigência da citada lei, é certo que existia no sistema processual civil alguns provimentos que detinham a mesma natureza da tutela antecipatória, como o caso, por exemplo, da liminar que concedia alimentos provisionais.

¹ Mestranda pela PUC-SP. Advogada em São Paulo.

² Vale informar que, posteriormente, o CPC sofreu outras importantes reformas. A segunda em 2001/2002, com as Lei 10.252/01, 10.355/01 e 10.444/02, denominada por Cândido Rangel Dinamarco como *A Reforma da Reforma* (Sobre o tema ler: Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 6. ed, São Paulo: Malheiros, 2003; Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002). Depois, em 2005 e 2006, o CPC sofreu novamente importantes alterações, com as Leis 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06 (Sobre o tema ler: Cássio Scarpinella Buneo, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1 e 2, São Paulo: Saraiva, 2006)

³ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do Código Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20.

Mas, fundado no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, foi necessária a introdução da tutela antecipada, prevista de forma genérica e explícita.

2. Tutela antecipada e tutela cautelar

É importante destacar brevemente a diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. A tutela antecipada possui natureza satisfativa e, por isso, não pode ser confundida com a tutela cautelar que possui natureza assecuratória. Isso significa que, com a concessão da tutela antecipada, adianta-se o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou algum de seus efeitos; já com a tutela cautelar visa-se apenas garantir a eficácia do provimento jurisdicional ao final, isto é, o resultado prático do processo.

Aliás, como afirma Luiz Guilherme Marinoni, a tutela cautelar tem a satisfatividade como requisito negativo, eis que se realizada a pretensão antecipadamente, nada mais resta para ser assegurado. *“Ou seja, quando a pretensão é satisfeita, nada é assegurado, e nenhuma função cautelar é cumprida. A prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) 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”*⁴.

As medidas (antecipatória e cautelar), a despeito de possuírem natureza jurídica distinta, possuem algumas características comuns, como por exemplo: são concedidas com base em uma cognição sumária⁵ (e não com base em uma cognição exauriente, própria do provimento final) e são provimentos provisórios.

Tendo em vista tais elementos comuns, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que tais medidas devem se submeter ao mesmo regime jurídico. Destaca o autor:

⁴ *Tutela cautelar e tutela antecipada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79.

⁵ Kazuo Watanabe conceitua cognição: *“é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento ‘judicium’, do julgamento do objeto litigioso”* (Da cognição no processo civil, 2. ed., São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 58-59). A cognição sumária, própria dos provimentos antecipatórios e acautelatórios pode ser definida como *“cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a idéia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade. A expressão ‘cognição sumária’, assim entendida, tem alcance diverso daquele que lhe dá Chiovenda, que contrapõe a ‘cognição sumária’ à ‘cognição plena e completa, ou cognição ordinária’, tendo portanto, a acepção de ‘cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial”* (Idem, p. 121).

“Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar, ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais”⁶. Esta, entretanto, não é a posição majoritária⁷.

É importante mencionar o princípio da fungibilidade da tutela antecipatória para a tutela cautelar previsto expressamente no §7º do art. 273 do CPC (parágrafo introduzido pela Lei 10.444/02): “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Como já visto, a tutela antecipatória e a tutela cautelar, embora existam pontos convergentes, não podem ser confundidas. Repise-se: a tutela antecipada possui natureza jurídica satisfativa, enquanto a medida cautelar possui natureza jurídica acautelatória.

Para a concessão das citadas medidas, conforme será visto, são exigidos requisitos próprios. Para a tutela antecipatória se exige: prova inequívoca que convença da verossimilhança e *periculum in mora* ou abuso do direito de defesa. Já para a medida cautelar se exige o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Em um caso concreto o autor pode pleitear uma tutela antecipada, mas o juiz pode verificar que, de fato, a providência requerida tem natureza de tutela cautelar. Neste caso, com o novel parágrafo, *o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido como se fosse cautelar*⁸.

A doutrina sustenta que a fungibilidade é uma via de duas mãos, ou seja, tanto o juiz pode adaptar o pedido de uma tutela antecipada, concedendo uma tutela cautelar, quanto o juiz pode adaptar o pedido de uma tutela cautelar, concedendo uma tutela antecipatória⁹.

⁶ *Código de Processo Civil interpretado*, Coordenação Antonio Carlos Marcato, São Paulo: Atlas, 2005, p. 791. Vale mencionar que este entendimento do autor sustenta a sua posição de que a tutela antecipatória pode ser concedida de ofício (ver item relativo aos requisitos da tutela antecipada).

⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 453. Neste sentido afirma Teori Albino Zavascki: “Apesar das suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem, as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador” (*Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46).

⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 460.

⁹ Neste sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 460; José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 808.

Trata-se de uma conseqüência do princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁰.

3. A tutela antecipada do art. 273 do CPC

3.1. Cabimento

A tutela antecipada genérica ou comum, está prevista no art. 273 do CPC. As regras previstas neste dispositivo acerca da antecipação da tutela têm aplicabilidade em toda ação de conhecimento (declaratória, constitutiva – positiva ou negativa –, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*), seja processado sob o rito comum ou especial.

No caso de processo de execução (título executivo judicial) ou na fase de execução (título executivo judicial), em tese, não será admitida tendo em vista que o fim da execução é exatamente a satisfação do direito. Porém, é possível vislumbrar a concessão de tutela antecipada em sede de embargos à execução que em regra possui efeito suspensivo (título executivo extrajudicial), bem como na eventualidade de ser atribuído efeito suspensivo para a impugnação apresentada na fase de execução (título executivo judicial)¹¹.

Não é cabível a antecipação de tutela em ação cautelar em razão da falta de interesse processual, tendo em vista que a liminar na cautelar é exatamente o mérito da ação cautelar¹².

3.2. Requisitos

Afirma o *caput* do art. 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que,

¹⁰ Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

¹¹ Neste sentido: Patricia Miranda Pizzol, A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, *In: Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114-115.

¹² Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 455. Sobre a tutela antecipatória em ações declaratórias explicam os autores: “tendo em vista que adiantamento nem sempre respeita o mérito considerado em seu sentido estrito, pode ser que os efeitos de uma sentença declaratória comporte execução, tendo cabimento o adiantamento desses mesmos efeitos. É o caso da declaratória de inexistência de relação jurídica, tendo como causa de pedir o pagamento da dívida. O autor pode pedir, a título de antecipação de tutela, a sustação da liminar do protesto da cambial já paga. O bem da vida por ele pretendido é o de obstaculizar o protesto e a cobrança do título já pago (execução ‘*lato sensu*’).” E sobre as ações de natureza desconstitutiva entendem que “o sistema não admite o adiantamento, por meio de tutela antecipada, da própria providência desconstitutiva (constitutiva negativa), pois poderia implicar perigo de irreversibilidade da medida ou de seus efeitos”.

existindo prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e". O *caput* destaca dois requisitos sempre essenciais para a concessão da tutela antecipada.

O primeiro requisito a ser apontado é a necessidade de requerimento da parte para a concessão da medida¹³. O *caput* é expresso neste sentido. Por esta razão, a doutrina quase pacífica assinala a vedação da concessão de tutela antecipada de ofício¹⁴.

José Roberto dos Santos Bedaque, entretanto, entende de maneira diversa e afirma: *"Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante o risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual exista, provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação 'ex officio' do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo (...) não há por que afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material"*¹⁵.

Entendemos que em casos excepcionais poderá o juiz realizar a concessão da tutela antecipada de ofício¹⁶. Esta concessão de ofício apenas pode ocorrer quando se tratar de direitos indisponíveis em extrema situação de risco. Esta possibilidade se funda no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em sede de lide de consumo, seja a título individual ou coletivo, tendo em vista os dizeres do art. 1º afirma que as disposições contidas no CDC são de ordem pública e de interesse social, bem como a previsão do inciso VIII do art. 6º que impõe ao legislador à facilitação da defesa do consumidor, pode-se, com base nestas disposições, sustentar a

¹³ A lei não exige qualquer formalidade especial para o requerimento de concessão de tutela antecipada. Cassio Scarpplena Bueno sustenta que até mesmo o requerimento oral seja válido (*Tutela antecipada*, cit., p. 62)

¹⁴ Esta é a posição da doutrina majoritária. Por todos: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 454.

¹⁵ *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 847. Vale lembrar que o autor afirma que não se tratam de modalidades diferentes de provimentos e, portanto, a tutela antecipada também é informada pelo poder geral de cautela, próprio das medidas cautelares, previsto no art. 798 do CPC que dispõe: *"Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação"*.

¹⁶ Neste sentido: Patricia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 109.

possibilidade de concessão da tutela antecipada em casos extremos para garantir o não perecimento do direito do consumidor.

É certo que aceitar a concessão de ofício da medida antecipatória esbarra em um problema de difícil solução: quem arcará com eventual responsabilidade civil na hipótese de dano à parte contrária com a efetivação da medida posteriormente revogada? Entendemos que, mesmo se concedida de ofício, a tutela apenas será efetivada por movimentação do autor e, neste sentido, será possível indicar a sua responsabilidade civil na hipótese de dano com a efetivação do provimento antecipatório.

No caso concreto, entretanto, pode a medida não precisar de efetivação pela parte. Por exemplo, em uma ação coletiva em que se discute a nulidade de uma cláusula que impõe um determinado reajuste, o juiz concede uma tutela antecipada de ofício declarando a nulidade da cláusula, levando a um reajuste menor. A efetivação da tutela, neste caso, não dependerá de qualquer atividade do beneficiário. Este apenas pagará a prestação sem a incidência do reajuste objeto da ação. Torna-se, por esta razão, mais difícil responsabilizar a parte na eventualidade de danos causados pela efetivação da medida antecipatória. Pode-se, então, sustentar que a obrigação de indenizar cabe ao Estado, independente de culpa (responsabilidade objetiva nos termos do art. 37 da Constituição Federal), que pode responsabilizar, posteriormente, por meio de uma ação regressiva o juiz, quando este agir com culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva).

Qualquer parte no processo que pode realizar pedido tem legitimidade para pleitear tutela antecipada. O autor, por sempre formular pedido em face do réu, é o legitimado por excelência para pleitear a tutela antecipada¹⁷. Porém, outras pessoas, ao afirmarem uma pretensão em juízo, também terão legitimidade para requer a concessão da tutela antecipada. É o caso do réu quando ajuíza uma reconvenção ou uma ação declaratória, bem quando deduz o pedido contraposto ou quando se tratar de ação dúplice. Outros que podem ser legitimados para requerem a concessão da tutela antecipada: o assistente litisconsorcial, o oponente, na oposição e o denunciante, na denunciação da lide. Também tem legitimidade para pleitear a tutela o assistente simples, porém condicionada à aceitação pelo assistido¹⁸.

¹⁷ Neste sentido: Cassio Scarplena Bueno, *Tutela antecipada*, cit., p. 42.

¹⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 454; José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p.

Vale apenas informar que em sede de ação coletiva, por entendermos que há ausência de legitimidade passiva dos legitimados do art. 82, não cabe o ajuizamento de reconvenção ou ação declaratória incidental ajuizada pelo réu¹⁹.

Ademais, também não são permitidas as espécies de intervenções de terceiro da denunciação e do chamamento ao processo²⁰.

Conforme acima dito apenas tem legitimidade para pleitear a tutela antecipada aquele que deduz uma pretensão em juízo. O Ministério Público quando intervém apenas de

801; Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, cit., p. 43-45; Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 47.

¹⁹ Em sentido contrário, sustentando a legitimidade da associação para configurar a lide no pólo passivo nas ações coletivas, as chamadas *defendant class action*, mesmo diante da inexistência de previsão legal: Ada Pellegrini Grinover, que sustenta: “*Parece incontestável que o sistema brasileiro atinente às demandas coletivas, de lege lata, que a classe figure no pólo passivo da ação*” (Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada *In: Revista Forense*, n. 301, os. 3-12 *apud* Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa dos consumidores*, cit., p. 828).

²⁰ O instituto da denunciação da lide torna o processo mais complexo, eis que, ao invés de uma lide, são resolvidas duas. Tendo em vista esta consequência e o direito do consumidor ter a defesa de seus direitos facilitada em juízo (art. 6º, inciso VIII), o legislador do CDC vedou expressamente a utilização da denunciação da lide para responsabilizar o comerciante. Afirma o art. 88 do CDC: “*Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide*”. Kazuo Watanabe explica a razão pela qual a denunciação da lide foi vedada pelo CDC: “*para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, por via de regra, a dedução desta lide incidental será feita com a inovação de uma causa de pedir distinta. Com isso, entretanto, não ficará prejudicado o comerciante, que poderá, em seguida ao pagamento da indenização, promover a ação autônoma de regresso nos mesmos autos da ação originária*” (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 852). Note-se que o citado autor apenas menciona a possibilidade do comerciante prejudicado promover a ação autônoma de regresso. Parece-nos, entretanto, mais correta a posição exposta por Arruda Alvim e outros que afirmam: “*não só o comerciante, mas eventualmente um fornecedor que se encontre na cadeia dos responsáveis, ou seja, todo aquele que tiver efetuado o pagamento, tem nos termos do art. 13, parágrafo único, o direito à ação de regresso, a qual pode ser ajuizada em processo autônomo, sendo facultado a esse beneficiário do direito de regresso a possibilidade de prosseguir nos mesmos autos (art. 88), ou seja, nos autos em que haja sido condenado e nos quais tenha efetuado o pagamento*” (*Código do consumidor comentado*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 413). É importante dizer que a hipótese do art. 13 afirma uma hipótese de responsabilidade solidária do comerciante e não exclusiva. Assim, tecnicamente, seria hipótese de chamamento ao processo. Por sua vez o instituto do chamamento ao processo, O instituto do chamamento ao processo somente é admitido nas lides de consumo na hipótese expressamente prevista no art. 101, II do CDC: “*Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este*”. Em qualquer outro caso o chamamento ao processo é vedado.

custos legis não tem a possibilidade de deduzir pedido, de tal sorte que segundo uma interpretação literal do dispositivo levaria à conclusão da não legitimidade do Ministério Público em pleitear a tutela antecipada.

Diverge, entretanto desta leitura do dispositivo Cassio Scarpinella Bueno e disserta: “*Dúvida existe quanto à legitimidade quando age na qualidade de custos legis. Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mais que hipertrofiadas e desejadas pelas Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de quem também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade desde que, evidentemente, seu pedido vá ao encontro dos interesses e direitos que motivam a sua participação no feito naquela qualidade. Pensar diferente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais, é muito mais do que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal – em que ele, o processo, seja eficaz, em que produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com ‘melhor direito’ do que o outro*”²¹.

Uma solução que se mostra perfeita para evitar esta discussão acerca da legitimidade do Ministério Público em requerer a tutela antecipada, quando atua somente como *custos legis*, no caso de ação coletiva, é a sua habilitação como assistente litisconsorcial. Nesta condição não existe qualquer óbice na sua legitimidade para pleitear a concessão da tutela antecipada²².

O segundo requisito, também previsto no *caput* do art. 273, é “prova inequívoca que convença da verossimilhança”. Prova inequívoca deve ser entendida como prova robusta, firme, forte, contundente²³. Por outro lado, entende-se por verossímil “*a plausibilidade, a probabilidade de ser. A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível, ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas*”²⁴.

Assim, poderíamos extrair da expressão que: “*seria necessário não apenas versão*

²¹ *Tutela antecipada*, cit., p. 43 . Também afirmam a legitimidade do Ministério Público: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 454; Patrícia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 113.

²² Vale dizer que a legitimidade ativa prevista no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC é uma legitimidade concorrente e disjuntiva.

²³ Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, cit., p. 76; Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

²⁴ De Plácido Silva, *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. 2, p. 482.

verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta para revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor”²⁵. Também é importante destacar que “prova inequívoca não é a suficiente para acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado”²⁶.

Neste mesmo sentido destaca Luiz Guilherme Marinoni: “A denominada ‘prova indequívoca’ capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’ somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil. Entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito”²⁷.

O requisito da prova inequívoca que convença da verossimilhança relaciona-se com o requisito do *fumus boni iuris* da cautelar, mas com ele não se confunde. O primeiro requisito exige uma cognição muito mais profunda do que a mera plausibilidade da alegação (o chamado *fumus boni iuris*). Pode-se dizer que se trata de um *fumus boni iuris* especialmente qualificado²⁸. Esta diferença se justifica pois, na concessão da tutela antecipada, antecipa-se o próprio provimento jurisdicional, e não apenas se o assegura. Sendo uma medida muito mais drástica, exige-se uma proximidade maior da certeza do direito afirmado do que no caso da concessão da medida cautelar.

Sobre o tema Cassio Scarpinella Bueno aponta que tais diferenciações apenas funcionam no papel, porém não na prática. Disserta o autor: “Na prática não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança, uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor. A questão na realidade deve ser resolvida de modo mais fácil. Ou bem o magistrado se convence suficientemente de que o requerente tem algum direito demonstrado (nem que seja retoricamente), e defere a providência jurisdicional de urgência, ou não se convence, e indefere o pleito de urgência”²⁹.

Para a concessão da tutela antecipada também é exigido um dentre dois requisitos

²⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 796.

²⁶ *Idem*, p. 836.

²⁷ *Antecipação da tutela*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155.

²⁸ Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, cit., p. 76. Afirma o autor: “diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos”.

²⁹ *Tutela antecipada*, cit., p. 36-37.

expostos nos incisos do art. 273. Saliente-se que estes requisitos são alternativos entre eles.

O primeiro é a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se, portanto, do *periculum in mora*, requisito necessário para a concessão de tutela cautelar. Isto é, faz-se necessário aferir se o direito tutelado tem risco de perecer se aguardar o deslinde do processo. Assim, deve ser demonstrado que se for aguardar o provimento final, este poderá ser inútil tendo em vista a urgência da pretensão. Teori Albino Zavascki afirma as características que o risco de dano deve conter para ensejar a concessão da tutela antecipatória: “*é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte)*”³⁰. Complementa Patricia Miranda Pizzol: “*Pode-se identificar com facilidade se o requisito do perigo da demora está presente nas ações que envolvem o direito à vida ou à saúde do autor*”³¹.

O inciso II prevê outro requisito (repise-se, requisito alternativo em relação ao previsto no inciso I). Trata-se do requisito da existência do abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O objetivo desta previsão foi privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional.

Sobre o tema, é importante destacar a possibilidade apontada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery de ocorrer a concessão da tutela antecipada com base neste inciso, mesmo que antes da apresentação da contestação pelo réu: “*é admissível o pedido liminar fundado no inciso II, pois não despropositando o abuso de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedido prazo para o adimplemento*”³².

Existe, por fim, um requisito extraído a contrário senso do §2º do art. 273: “*Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do*

³⁰ *Antecipação de tutela*, cit., p. 77.

³¹ A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 108.

³² *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 458. Teori Albino Zavascki, afirma que, em princípio, pode-se entender que a expressão “abuso de defesa” compreende os atos protelatórios do réu. “*Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, referencia a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Ora, a referencia a abuso do direito de defesa não de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo. Já o manifesto propósito protelatório do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionado*”.

provimento antecipado”. Assim, além dos requisitos já tratados, para a concessão da tutela antecipada é imprescindível que o provimento seja reversível. Destaca-se que esta reversibilidade tem em vista a questão prática da efetivação da medida e não jurídica, eis que toda e qualquer medida de urgência (seja antecipatória ou cautelar) tem a intrínseca qualidade de provisoriedade³³.

Será irreversível quando, posteriormente, verificada que a medida era indevida, seja impossível o retorno ao *status quo*. Assim, “A irreparabilidade do prejuízo de quem pede a antecipação deve ser examinada em face da possível irreversibilidade dos efeitos causados pela medida. Muitas vezes o prejuízo irreparável, afirmado por quem pleiteia a tutela de urgência, opõe-se a impossibilidade de a situação retornar ao ‘status quo’ em caso de improcedência da demanda”³⁴.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam: “essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida”³⁵.

Vejam os a ementa de um julgado na qual é indeferida a tutela antecipada em sede de ação coletiva por se entender que o provimento antecipatório era irreversível: “Processual civil. Ação civil pública. Tutela antecipada indeferida. Acórdão recorrido. Indeferimento. Manutenção. Recurso especial. Reexame do conjunto probatório. Proibição. Súmula 7/STJ. I - A questão em tela decorre da implementação de sistema de bilhetagem eletrônica para a utilização no transporte coletivo de passageiros da Região Metropolitana de Curitiba. II - A Empresa de Urbanização de Curitiba, órgão da Administração Indireta, responsável pela aludida implementação, se nega a efetuar a troca de certas fichas metálicas por créditos em cartões eletrônicos, sob o argumento de que tais fichas seriam falsas. III - Na decisão que negou a tutela antecipada, bem como no acórdão recorrido o julgador entendeu existir, em verdade, prejuízo inverso para a ora recorrida, haja vista que acaso fosse permitida a troca dos vale-transporte considerados falsos pela recorrida, em benefício dos consumidores, seria praticamente impossível a obtenção dos valores correspondentes. Observou-se ainda que a concessão da tutela traria

³³ Neste sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 797.

³⁴ *Idem*, p. 837.

³⁵ *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 458

o esvaziamento da ação civil pública, o que não se revela admissível em sede de decisão interlocutória. IV - Denota-se que a convicção do magistrado acerca da existência de prejuízo inverso para a Administração Pública teve como parâmetro os elementos atinentes aos procedimentos afeitos à implementação do sistema de bilhetagem eletrônica, o que possibilitou a afirmação acerca da irreversibilidade da ação atinente à troca dos bilhetes pelos créditos eletrônicos. Para reexaminar tal convicção faz-se necessário o acesso aos mesmos elementos fáticos utilizados pelo magistrado, o que implica em reexame de provas, insusceptível no âmbito do recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ. V - Agravo regimental desprovido”(Sem grifos no original)³⁶.

3.3. A decisão sobre a tutela antecipada

Não há dúvida acerca do caráter provisório da tutela antecipada. Todos os provimentos fundados em juízo de cognição sumária possuem tal característica. Dispõe o §4º do art. 273: “*A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada*”.

O parágrafo explicita a necessidade de fundamentação da decisão. Embora didática, a previsão pode ser considerada prescindível. Isto porque é exigência constitucional que todas as decisões judiciais sejam motivadas, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal³⁷.

Mas, causa controvérsia na doutrina o mérito da fundamentação. Questiona-se se

³⁶ STJ, AgRg no REsp 857468/PR, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 21.9.2006, DJ 19.10.2006, p. 263, v.u.. Destaque-se outro julgado que também negou a concessão da tutela antecipada com base no dano irreversível caracterizado apenas pelo elevado investimento a ser realizado se concedida a tutela: “*Processual civil. Sistema de telefonia pré-pago. Validade dos créditos. Liminar concedida em ação civil pública. Violação ao artigo 273 do CPC. Periculum in mora inverso. I - A questão versa acerca de decisão liminar, proferida em sede de ação civil pública, determinando que os recorrentes modificassem o sistema de telefonia pré-pago, visando acabar com a prescrição dos créditos telefônicos. II - Neste panorama, a utilização do artigo 273 do CPC, sem atinência às conseqüências impostas aos ora recorrentes, implica na hipótese da incidência de periculum in mora inverso. Para a execução do acórdão infirmado pelo presente apelo nobre, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o que implicaria em efetivo prejuízo para os recorrentes em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo os recorrentes importa em investimentos da ordem de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) para os próximos dois anos. III - Assim, estaria caracterizada lesão irreparável para os recorrentes, tendo em vista que, in casu, o acórdão que ampara a tutela antecipada tem natureza provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis. Além da análise encimada, observe-se ainda que os valores não auferidos pelas recorrentes dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago. IV - Recurso especiais providos*”(STJ, REsp 736439/PB, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.5.2006, DJ 1.6.2006, p. 219, v.u.).

³⁷ Sobre o princípio da motivação das decisões judiciais ler: Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215-220.

seria necessária a presença de elementos novos nos autos ou se o juiz poderia simplesmente analisar novamente os autos e mudar de opinião sem qualquer elemento novo. Questiona-se, portanto, a existência chamada preclusão *pro judicato*.

Ao nosso ver, seria sim necessária a superveniência de um fato ou uma fundamentação distinta nos autos para autorizar a revogação ou modificação, para se garantir a segurança jurídica daqueles que litigam. Esta posição encontra fundamento no art. 471 do CPC que afirma: “*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei*”

Assim, somente afirmamos a existência da preclusão *pro judicato* quando inexistir novos elementos nos autos. Neste sentido se manifesta Patricia Miranda Pizzol: “*Entendemos, em síntese, que, para evitar uma indesejada insegurança jurídica, a revogação ou modificação da medida seja um decorrência de novos elementos apresentados nos autos ou, ao menos, de nova fundamentação*”³⁸.

Afirma Luiz Guilherme Marinoni: “*A própria provisoriedade da tutela antecipatória autoriza a pensar que a alteração da cognição do juiz a respeito do fundamento que o levou a conceder a tutela pode conduzir, conforme o caso, a sua revogação ou modificação (...) Assim, por exemplo, se o juiz verifica, em virtude de prova trazida aos autos com a contestação, que a tutela inibitória antecipada não deveria ter sido concedida, não há em que pensar em preclusão, já que é da própria essência da tutela urgente de cognição sumária a modificabilidade e a revogabilidade, por ser inerente a ela a provisoriedade*”³⁹.

Sobre o tema, vejamos uma decisão do STJ: “*Processo civil. Antecipação da tutela. Revogação ex officio. Possibilidade. O juiz pode revogar a antecipação da tutela, até de ofício, sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança do*

³⁸ A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 112. Cassio Scarpinella Bueno afirma uma posição mais rígida e destaca que: “*nem o ‘revogar’ e nem o ‘modificar’ pode ser entendidos como um ‘pensar de novo’ ou, pior, ‘pensar melhor’.* Esse luxo, de poder aprimorar pensamentos e decisão, não é dado a magistrado nenhum. Se ele, magistrado, não se sente apto para julgar porque não é afeito à matéria, porque ainda, por mais que tenha lido e relido o requerimento de tutela antecipada, não conseguiu se ‘convencer da verossimilhança da alegação’, ele não decide. Se decidir, não pode fazer mais nada, salvo nos casos em que a lei lhe permite fazer, por exemplo, quando da juntada das razões de eventual agravo de instrumento nos termos do art. 526 do CPC” (Tutela antecipada, cit., p. 66).

³⁹ Tutela inibitória (individual e coletiva), 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 199-200.

pedido. Recurso especial conhecido e provido”⁴⁰. Note-se que a decisão exige uma ampliação da cognição do juiz.

3.4. Efetivação

A eficácia da decisão concessiva de tutela antecipada, em sede de ação coletiva, deve seguir as regras pertinentes ao sistema da coisa julgada nas ações coletivas, previsto nos arts. 103 e 104 do CDC. Assim, no caso de direitos difusos e individuais homogêneos a eficácia do provimento se opera *erga omnes*, beneficiando todos os titulares do direito lesado ou ameaçado, unidos pela origem comum e no caso de direito coletivo se opera *ultra partes*, beneficiando todos aqueles que participam do grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Lembramos que aqui também não deve ser aplicado o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública que limitou o alcance da coisa julgada em ações coletivas para o território de competência do órgão prolator da sentença. Este dispositivo é rechaçado pela doutrina pátria⁴¹.

Afirma o §3º do 273: “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”. O parágrafo traz referência ao art. 588 que fora revogado pela Lei 11.232/05. O artigo previa as regras relativas à execução provisória que, atualmente, estão previstas no art. 475-O. Assim, a referência contida no parágrafo deve ser atualizada.

É importante mencionar que a antiga redação do §3º do art. 273 utilizava a palavra “execução” porém com a Lei 10.444/02 alterou-se a redação do dispositivo que passou a utilizar a expressão “efetivação”. Sobre a alteração, vale informar que: “a tutela antecipada é cumprida no próprio processo de conhecimento, sem a necessidade de uma ação autônoma de execução. Quando se fala em execução, mesmo que provisória, trata-se de um processo autônomo, com citação, possibilidade de embargos e sentença. A tutela não

⁴⁰ REsp 193298/MS, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. para o acórdão Min. Ari PArgendler, j. 13.3.2001; DJ 1.10.2001, p. 205, por maioria de votos.

⁴¹ Sobre o tema da coisa julgada em ação coletiva ler: Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995; Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236-298; Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 903-947.

pressupõe, como afirmado, nova ação para que se lhe dê cumprimento”⁴².

É importante registrar que tal alteração, bem como o comentário mencionado, foram confeccionados antes da vigência da Lei 11.232/05 que alterou a execução de título judicial. Com a vigência da referida lei, a ação de obrigação de pagar também passou a ser um processo sincrético, isto é, no mesmo processo é reconhecido e satisfeito o direito. Não havendo mais a necessidade de um processo autônomo de execução. Assim, na própria execução de título judicial, inexistente a citação e o executado não mais se defende por meios dos embargos (antes com natureza jurídica de ação), mas sim pela impugnação.

A efetivação da medida antecipatória, portanto, deve ser de iniciativa, conta e responsabilidade do requerente. A iniciativa da efetivação não depende de caução.

A efetivação da tutela antecipada em sede de ação coletiva, no caso de tutela de direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, não difere muito da efetivação da tutela antecipada no processo individual, eis que a efetivação dependerá, normalmente, se dera com a atuação do autor coletivo. Entretanto, no caso de direitos individuais homogêneos, cabe a cada titular promover a efetivação da medida antecipatória. Sobre a efetividade prática da medida antecipatória alerta Patricia Miranda Pizzol: “*É importante registrar que, para que os indivíduos possam realmente se beneficiar da decisão concessiva da tutela antecipada e a prestação jurisdicional possa ser realmente útil, é preciso que eles sejam devidamente cientificados da sua prolação*”⁴³.

3.4.1. Caução

Para realizar o levantamento de depósito em dinheiro e praticar atos que importem alienação de propriedade, bem como dos quais possa resultar grave dano ao requerido, a lei exige caução suficiente e idônea que deve ser arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos. É o que impõe o inciso III do art. 475-O. Destaca-se também que a lei prevê exceções para a exigibilidade da caução. O §2º destaca quais casos a caução é dispensada. Afirma o parágrafo: “*A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; II – nos casos de execução provisória em que penda*

⁴² Idem, p. 118.

⁴³ A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 132.

agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação”.

Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar a exigência desta caução, conclui: “*é que a letra da lei não pode restringir a necessidade concreta de satisfação de um exequiente, mesmo que sua situação concreta se encontre fora do tipo descrito pela lei. Pensar diferentemente, exigindo, sempre e em qualquer caso, que concorram os três pressupostos destacados, seria apenas a cláusula constante do art. 5º, XXXV. Basta, a bem da verdade, que o juiz se convença de um ‘estado de necessidade’ para admitir uma execução ‘provisória’ – completa, independentemente de qualquer caução*”⁴⁴.

Esta necessidade de prestar caução se justifica em razão da responsabilidade do beneficiário da medida na eventualidade de danos causados à parte contrária com a execução da medida, eis que, conforme já visto, a efetivação da medida (bem como a execução provisória) segue por conta e risco do requerente. Trata-se de responsabilidade objetiva⁴⁵.

No caso de direito difuso ou coletivo quem se beneficiará com a tutela antecipatória será toda a sociedade ou um grupo. Mas, na eventualidade de a sentença não confirmar a tutela antecipada, questiona-se a possibilidade de o réu se voltar contra o autor da ação coletiva buscando a reparação de eventuais danos sofridos.

Para solucionar esta questão entendemos que pode ser aplicado de forma extensiva o previsto no art. 18 da LACP: “*Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*”. Entendemos que a caução, nas ações em se discute direito

⁴⁴ *Tutela antecipada*, cit., p. 115.

⁴⁵ “*Por responsabilidade objetiva deve ser entendido que o autor, pelo simples fato de ter-se beneficiado pela concessão da tutela antecipada, deve responder, perante o réu, pelos prejuízos que este, de alguma forma, tenha experimentado. Não se cogita, aqui, de perquirir qualquer grau de culpabilidade do autor. Basta que ele, mesmo que pautado na mais cristalina boa-fé e boa intenção, tenha se favorecido da tutela antecipatória. Trata-se, inequivocamente, de tutela reparatória, indenizatória, a ser exercitada, em momento oportuno (quando a tutela antecipada, em definitivo, deixar de ser eficaz), pelo réu. A responsabilidade objetiva não pode ser entendida, no entanto, como um ‘sistema de seguros’ de que o réu pode se socorrer sempre que sofre a concretização de uma tutela antecipada. É preciso que o réu demonstre que, mercê da tutela antecipada que favoreceu o autor, experimentou prejuízos (materiais ou morais, pouco importa). Toda responsabilidade, subjetiva ou, como no caso, objetiva, reclama danos a ser recompostos”* Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, cit., p. 120.

difuso ou coletivo, não será necessária haja vista a não imputação da responsabilidade objetiva ao legitimado coletivo, salvo na hipótese de dolo ou má-fé.

Ademais, se a caução fosse obrigatória, não tendo o legitimado coletivo a possibilidade de realizá-la, o que mormente aconteceria, não teria eficácia a tutela antecipatória, levando à violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

No caso de direitos individuais homogêneos é diferente. A tutela antecipatória beneficiará diretamente cada indivíduo que deverá provocar a efetivação da medida, seja de forma individual ou coletiva. Assim, é possível se exigir a caução proporcional de cada indivíduo. Que, na hipótese de implicar danos, será responsável pelo retorno ao *status quo*.

4. Tutela antecipada específica

4.1. Previsão legal

A outra espécie de tutela antecipada prevista no ordenamento, é a chamada tutela específica antecipada, prevista no art. 84, §3º do CDC, bem como no art. 461, §3º do CPC. Os dispositivos mencionados são equivalentes⁴⁶, sendo que o primeiro é utilizado para lides de consumo e lides coletivas (princípio da perfeita integração entre o CDC e a LACP), e o segundo utilizado para outras lides.

Esta tutela antecipada apenas tem lugar em ação que vise à condenação de uma obrigação de fazer ou de não fazer. A partir de 2002 (com a Lei 10.444/02) que inseriu no CPC o art. 461-A, a regra do §3º do art. 461 também se aplica à obrigação de entrega de coisa.

4.2. Requisitos

Afirma o §3º do art. 84: *“Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”*.

⁴⁶ O artigo 84 do CDC foi a primeira previsão de tutela específica antecipada no ordenamento brasileiro (em 1990). Somente em 1994, com a importante reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 1994, a Lei 8952/94, introduziu no CPC a nova redação do art. 461, com a previsão, no §3º, da tutela específica antecipada. Vale apenas mencionar que os legisladores do CDC, para a confecção do art. 84, inspiraram-se em um anteprojeto de modificação do CPC elaborado em 1985 (Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 841).

Esta tutela, espécie de tutela antecipada, tem natureza claramente satisfativa. “A norma permite que o juiz adiante a tutela de mérito. Esta tutela antecipatória significa que o juiz poderá conceder, liminar e provisoriamente, o pedido mesmo deduzido em juízo. É como se estivesse julgando procedente, provisoriamente o pedido mesmo deduzido em juízo”⁴⁷.

Esta tutela antecipada especial não possui os mesmos requisitos da tutela antecipada genérica, prevista no art. 273.

No caso do §3º do art. 84, exige-se relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.

O segundo requisito coincide com o fundamento do inciso I do art. 273 e para a concessão de tutela antecipada: *periculum in mora*. O primeiro requisito, entretanto, não é coincidente. Podemos dizer que este fundamento deve ser em um grau mais intenso em relação ao *fumus boni iuris* (exigido para a concessão de tutela cautelar), pois o artigo adjetiva o fundamento como relevante, porém exige-se um grau menos intenso de certeza do que a expressão prova inequívoca que convença da verossimilhança (exigido para a concessão de tutela antecipada).

Destaca-se que para a concessão da tutela antecipada na hipótese do art. 84 não exige como requisito o requerimento da parte, como existe no art. 273. Assim, conclui-se que o juiz, de ofício, pode antecipar o provimento.

Patricia Miranda Pizzol⁴⁸ afirma em toda e qualquer tutela antecipada, seja qual for o objeto da ação, aplica-se o disposto no §3º do art. 84 do CDC, não o art. 273 do CPC. Portanto, além do *periculum in mora*, bastará sempre o requisito do fundamento relevando e não da prova inequívoca. Sustenta também sua posição com fulcro no *caput* do art. 12 da LACP que dispõe: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”. Como o artigo utiliza o termo liminar, pode-se sustentar que os requisitos são o do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*⁴⁹.

⁴⁷ Código de Civil comentado e legislação extravagante, cit., p. 1017.

⁴⁸ A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 130.

⁴⁹ Neste sentido: “Processual civil – Recurso especial – Ação civil pública – Liminar – Requisitos essenciais – ‘Fumus boni iuris’ e ‘periculum in mora’ – Lei 7.347/85, art. 12 - Violação ao art. 535 do CPC não configurada – Inadmissibilidade. A natureza jurídica da liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, “in casu”, os requisitos estabelecidos no referido preceito legal. Na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais sejam, o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”. A liminar

Com base nesta posição, não se exige como requisito o requerimento da parte, podendo, como regra, o juiz conceder a tutela de ofício.

Esta, entretanto, não parece ser a posição adotada no STJ, eis que se exige, como um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, a prova inequívoca⁵⁰.

Porém, se se entender que deve ser aplicado art. 273, de tal sorte a exigir o requerimento da parte, questiona-se se o indivíduo que ingressou como litisconsorte na ação coletiva que defende interesses individuais homogêneos tem ou não legitimidade para pleitear a tutela antecipatória. E se for possível, se tem legitimidade para pleitear a tutela antecipada para todos os beneficiários da ação.

Ao nosso ver, sendo o indivíduo litisconsorte na ação coletiva em que se tutela interesses individuais homogêneos, poderá sim pleitear a tutela antecipada e a eficácia da concessão se estenderá *erga omnes*.

4.3. Multa

O §4º do art. 461 afirma a possibilidade de imposição de multa. Dispõe o parágrafo:

proferida em ação civil pública possui regulamentação e requisitos próprios, como estabelecido na Lei nº 7.347/89. Recurso especial não conhecido”(STJ, REsp 161656/SP, 2. ed., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 19.4.2001, DJ 13.8.2001, p. 87, v.u.)

⁵⁰ Neste sentido: “*Processual civil. Ação civil pública. Tutela antecipada concedida para impedir a transmissão simultânea de programa televisivo sem ajuste de grade em face da diferença de fuso horário. Medida cautelar. Liminar deferida. Agravo regimental. I - A tutela antecipada foi deferida sob o entendimento de que "não é razoável que em razão da diferença de fuso-horário própria do Brasil continental que as crianças e adolescentes do Mato Grosso sejam expostos a tais programas, e não tenham a mesma proteção que a lei lhes garante naqueles estados com horário adiantado, portanto mostra-se indubitosa a plausibilidade do direito cuja tutela é buscada na presente ação". II - Para a concessão do pedido liminar entelado faz-se impositivo verificar a verossimilhança da alegação. É dizer se o juízo emitido aceita como verdadeira a afirmação do fato jurígeno na conformação apresentada pelo autor. Aqui, em primeira análise, se distancia da percepção revelada no acórdão recorrido, bem como na decisão de tutela antecipada, para entender que inexistente a verossimilhança alegada o que resulta na violação ao artigo 273 do Código de Ritos. III - A retransmissão da programação de forma simultânea, sem a diferenciação de horários em razão do fuso do Estado, que faz a transmissão ir ao ar uma ou duas horas mais cedo, dependendo do horário de verão, à toda evidência, é manifestação constitucionalmente protegida, seja pelo disposto no artigo 220 da Constituição Federal, onde se alude à vedação de qualquer restrição acerca da manifestação do pensamento, seja em face do artigo 5º, incisos II, IV e IX, da Lex Mater. IV - Com tal afirmação não se quer afastar as disposições relativas à proteção da família e do adolescente, entretanto, estabelecendo ponderação entre os valores apresentados, se impõe o resguardo aos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento; da necessidade de lei para impor ação ou omissão; da livre expressão, com vedação à censura, porquanto se observa que tais direitos e garantias, na hipótese em tela, não se constituem em antinomias aos valores defendidos pelo Parquet Estadual. V - Presentes, então, os pressupostos autorizadores para a concessão da cautela, impõe-se o deferimento da liminar. VI - Agravo regimental improvido*” (STJ, AgRg na MC 11402/MT, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 6.6.2006, DJ 26.6.2006, p. 118, v.u.).

“O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Cumpre observar que esta multa, de origem francesa, é normalmente denominada de *astreintes*.

Note-se que o parágrafo é expresso quanto à possibilidade de imposição de multa de ofício, isto é, independente de requerimento da parte.

Para determinar qual é o valor máximo da multa é importante investigar qual a natureza jurídica da multa. Segundo o parágrafo a multa tem o condão de forçar o réu ao cumprimento da tutela específica. Assim, a multa possui caráter meramente coercitivo e não indenizatório, compensatório ou sancionatório.

Neste sentido também se manifesta Kazuo Watanabe: “A medida coercitiva representada pela multa concebida para induzir o devedor a cumprir espontaneamente as obrigações que lhe incumbe, principalmente, as de natureza infungível, não tem caráter reparatório. Vale dizer, sua imposição não prejudica o direito do credor à realização específica da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, e tampouco à postulação das perdas e danos”⁵¹.

Tendo em vista que a natureza é coercitiva, em princípio, não existe um limite para o seu valor. Não é necessário, portanto, que respeite o limite estabelecido no art. 412 do CC, que impõe que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Isto porque, o dispositivo mencionado se refere à cláusula penal compensatória ou moratória, já a multa prevista no §4º do art. 84 tem caráter coercitivo⁵².

O valor deve ser adequado para incumbir o réu a cumprir a obrigação voluntariamente⁵³. Assim, sobre o valor da multa disserta Scarpinella: “A multa deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou não fazer a obrigação que assumiu. Daí ela deve ser suficientemente adequada e proporcional para este mister. Não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às conseqüências de seu não-acatamento. Não pode, de outro lado, ser desproporcional ou desarrazoada a ponto de colocar o réu em situação vexatória. O magistrado deve ajustar o valor e a

⁵¹ Código brasileiro de defesa do código do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 842.

⁵² Neste sentido: Patricia Miranda Pizzol, A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 120.

⁵³ Neste sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado e legislação extravagante, cit., p. 1017.

*periodicidade da multa consoante as circunstâncias concretas, com vista à obtenção do resultado específico da obrigação reclamada pelo credor*⁵⁴.

O juiz não deve fixar a multa pensando no seu pagamento. Neste sentido afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: *“O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das ‘asreintes’ não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz*⁵⁵.

O valor da multa pode ser, de ofício, majorado ou reduzido, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, §6º, do CPC). Ao realizar a modificação o juiz deve ter sempre consciência do caráter coercitivo da multa.

O termo *a quo* para a incidência da multa é o fim do prazo estipulado pelo juiz para o cumprimento voluntário da obrigação pelo obrigado. O termo final (*a quem*) é o cumprimento voluntário da obrigação ou a realização de qualquer medida de sub-rogação pelo juiz.

Uma questão que surge diz respeito ao momento em que a multa pode ser exigida. Scarpinella destaca que: *“A multa é exigível a partir do instante em que a decisão que a fixa seja eficaz. É dizer: se fixada liminarmente (art. 461, §3º), desde já a multa pode ser cobrada pelo autor, salvo se eventual agravo de instrumento interposto dessa decisão for processado com efeito suspensivo. Se fixada na sentença, a exigibilidade da multa depende da inexistência de efeito suspensivo ao recurso de apelação, do encerramento dos segmentos recursais munidos de efeito suspensivo ou do trânsito em julgado*⁵⁶.

No caso das ações coletivas existe uma disposição expressa sobre o tema. Dispõe o §2º do art. 12 da LACP: *“A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”*.

Pode-se afirmar que este dispositivo esbarra na constitucionalidade. Isto porque, a

⁵⁴ Código de Processo Civil interpretado, cit., p. 1457.

⁵⁵ Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, cit., p. 588.

⁵⁶ Idem, p. 1458.

necessidade do em trânsito em julgado da sentença para ser executada a multa, retira substancialmente o caráter coercitivo da medida. E, ao deixar de ser coercitiva, pode a tutela antecipada deixar de ser cumprida, pois não atuará na vontade do réu, e o direito tutelado pela ação perecer em razão da não efetivação da tutela antecipada, de tal sorte a não garantir, de modo efetivo, o acesso à justiça.

Esta multa tem como destinatário o autor da demanda e não o Estado. O Estado somente é beneficiário da multa imposta em razão da litigância de má-fé prevista no parágrafo único do art. 14 do CPC⁵⁷.

No caso da ação coletiva a solução não pode ser a mesma. Isto porque, no processo coletivo em que se tutela direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, o beneficiário de eventual condenação, ao final do processo, é o fundo de direitos difusos e não o autor da ação coletiva, nos termos do *caput* do art. 13 da LACP: “*Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados*”.

Assim, nestes casos, entendemos que a multa deve ser destinada ao fundo, pois será ele o destinatário de eventual condenação. Ao nosso ver deve se manter a coincidência entre o destinatário da condenação e o destinatário da multa.

No caso de direito individual homogêneo, na hipótese de conversão em perdas e danos, a sentença condenatória será genérica e cada indivíduo, seja por meio de ação coletiva ou individual, liquidará e executará a sentença, sendo ele portanto o destinatário da condenação. Neste caso, será o indivíduo, proporcionalmente, que deverá ser destinatário da multa.

Questiona-se muito também a possibilidade ou não de exigir a multa na hipótese de improcedência da ação.

Luiz Guilherme Marinoni afirma: “*O problema gira ao redor de dois pontos: o da efetividade da multa e o da justiça em se cobrar o valor da multa daquele a quem o processo ao final dá razão*”. O autor conclui que “*não parece correto admitir que aquele que resultou vitorioso no processo deva pagar por não ter cumprido a decisão que ao final*

⁵⁷ Por todos: Cassio Scarpinella Bueno, *Código de processo civil interpretado*, cit., p. 1412; Patricia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 120

não prevaleceu, já que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão (seja ela autora ou ré). Completa afirmando que não se pode esquecer que “dentro do sistema brasileiro o valor da multa reverte em benefício do autor, razão pela qual, a prevalecer a tese que o réu deve pagar a multa ainda quando tem razão, chegar-se-ia à solução de que o processo pode prejudicar o réu que tem razão para beneficiar o autor que não a tem”⁵⁸.

Cassio Scarpinella Bueno não compartilha do mesmo entendimento. Para o autor, mesmo se a tutela antecipada não for confirmada, poderá ainda assim ser exigida a multa, tendo em vista seu caráter coercitivo. Em suas palavras: “O que acontece depois, ao longo do procedimento, já não é mais um problema relativo à tutela antecipada ou às condições de sua efetivação”⁵⁹.

Ao nosso sentir, parece o segundo o melhor entendimento, sob pena de retirar o caráter coercitivo da multa⁶⁰.

5. Aplicação analógica dos dispositivos

Tendo em vista que o art. 273 é uma norma geral de tutela antecipada, entende-se que este dispositivo deve ser aplicado subsidiariamente à antecipação da tutela específica antecipada. Dentre as principais conseqüências, tem-se a possibilidade de concessão da tutela específica antecipada com base no fundamento relevante da demanda somando ao abuso do direito de defesa do réu, sendo desnecessário o *periculum in mora*. Trata-se da aplicação subsidiário do inciso II do art. 273⁶¹.

Ademais, o artigo 84 não realiza referência expressa quanto à possibilidade de aplicação da fungibilidade. Porém, é possível sustentar a incidência da fungibilidade em razão da aplicação analógica do §7º do art. 273 do CPC.

O art. 84 também não realiza qualquer menção acerca do requisito da reversibilidade do provimento. Porém, entende-se que este requisito também deve ser observado na tutela específica antecipada⁶².

No que concerne à aplicação dos dispositivos do art. 461, o §3º do 273 afirma que:

⁵⁸ *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 109-110.

⁵⁹ *Tutela antecipada*, cit., p. 118.

⁶⁰ Patricia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 121.

⁶¹ Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1411.

⁶² Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, cit., p. 104; Cassio Scarpinella Bueno, *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1411.

“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”.

Assim, questiona-se se há a possibilidade de imposição de multa ou medidas de apoio ou sub-rogação nas obrigações de pagar.

Antes de tratar especificamente da questão em tela, é importante destacar o que os meios atípicos de efetivação da tutela jurisdicional previstos nos §§4º e 5º do art. 461 tem assento constitucional no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Por esta razão, Scarpinella nos dá a notícia que quem sustenta a desnecessidade do art. 461 e do art. 461-A, tendo em vista que a inafastabilidade da jurisdição, bem como todos os direitos e garantias fundamentais, é um dispositivo auto-aplicável (§1º do art. 5º da CF). E afirma: “Embora me junte a essa voz para cantar a desnecessidade do dispositivo, quando menos em dueto, não posso deixar de destacar que a conveniência da existência da lei justifica-se pela nossa cultura e tradição jurídicas. Certas coisas têm de estar na lei, sob pena de serem palavras que voam de acordo com os sopros e a vontade do vento, em busca de uma resposta que lhes satisfaça, mas que nem sempre é certa”⁶³.

A despeito de existir a ressalva contida no parágrafo “no que couber e conforme sua natureza”, entendemos que é perfeitamente possível a imposição de multa, bem como qualquer medida prevista no §5º do art. 461, para o cumprimento de tutela antecipada concedida em qualquer ação, inclusive na ação que tem como objeto uma obrigação de pagar⁶⁴.

6. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública

Este tema é muito importante em sede de tutela antecipada em sede de ação coletiva. Isto porque a Fazenda Pública frequentemente assume a legitimidade passiva em ações coletivas.

Vale antes apenas informar que no conceito de Fazenda Pública estão inseridas as pessoas jurídicas de direito público diretas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios; bem como suas autarquias e fundações instituídas pelo poder público que

⁶³ *Tutela antecipada*, cit., p. 116.

⁶⁴ Patricia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 120.

adotem o regime de direito público⁶⁵.

A despeito de o CDC conferir legitimidade aos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e à administração indireta, o fato é que “*os entes políticos, presumivelmente os maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum, parecem todavia, desmotivados para o exercício da ação pública. Com isso, além de passarem a desgastante imagem de omissão, ou de convivência, ante as ameaças e danos infligidos aos interesses metaindividuais, ainda se arriscam a figurar... no pólo passivo das ações civis públicas!*”⁶⁶.

Diverge a doutrina acerca do cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O primeiro entendimento, mais antigo e minoritário, é de que a tutela antecipada é incompatível em processos em que figura a Fazenda Pública como ré. Dois são os argumentos: existência de reexame obrigatório, nos termos do art. 475 e o regime de pagamento via precatório previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Vejamos o primeiro argumento: a necessidade de reexame necessário. Não é sustentável tal argumento uma vez que o CPC somente exige o reexame quando se tratar de decisão definitiva de mérito e no caso da concessão de tutela antecipada, mormente se dá em decisão interlocutória⁶⁷.

⁶⁵ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 897-898; Vicente Greco Filho, *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 53.

⁶⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 19. ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152. Pedro da Silva Dinamarco afirma o desinteresse da doutrina pela legitimidade dos entes políticos em razão da legitimidade ser pouco exercida na prática forense (*Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 257).

⁶⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 212; Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, cit., p. 72. Neste sentido também a jurisprudência do STJ: “*Recurso especial - alínea "a" - Administrativo - Ação de cobrança contra a União - Repasse insuficiente de verbas ao hospital para o custeio do atendimento prestado aos beneficiários do serviço único de saúde (SUS) - Antecipação de tutela deferida - Agravo de instrumento não provido por considerar o tribunal de origem presentes os requisitos para concessão da medida - Ausência de violação ao art. 535 do CPC - Alegada ofensa ao artigo 273 do CPC - Necessidade de reexame do conjunto probatório - Ausência de prequestionamento do artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Não há qualquer eiva a ser sanada no acórdão. O artigo 475 do CPC não constitui óbice à medida antecipatória, pois é cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. "As sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária. Assim, liminares concedidas em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc., bem como tutelas antecipadas concedidas contra o poder público, devem ser executadas independentemente de reexame necessário. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas*

Ademais, este não seria um obstáculo intransponível, eis que poderia sustentar a aplicação analógica do art. 475 de tal sorte que a decisão interlocutória de antecipação da medida poderia ser submetida à remessa necessária e só ser eficaz depois de confirmada no segundo grau⁶⁸. Esta, contudo, não nos parece uma boa solução, tendo em vista que a exigência do reexame necessário é incompatível com o *periculum in mora*, fundamento da tutela antecipada.

Vale lembrar que a atual redação do art. 475 prevê diversas exceções quanto à exigência do reexame necessário, como por exemplo, o valor não exceder a 60 (sessenta) salários mínimos (§2º).

O obstáculo do regime do precatório, em tese, apenas atingia as ações de obrigação de pagar, excluindo as ações, por exemplo, de obrigação de fazer ou de entrega de coisa. Mas, também não consideramos um obstáculo absoluto para a concessão de tutela antecipada. Isto porque o regime de precatório se aplica à execução e não à efetivação da tutela antecipada⁶⁹. Assim, ao ser concedida a tutela antecipada, entende-se que não há o

pelo tribunal" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 780, nota n. 3 ao artigo 475 do CPC). No tocante à alegada ofensa ao artigo 273 do CPC, melhor sorte não assiste à irrisignação, uma vez que concluiu a Corte de origem, na espécie, estarem presentes os requisitos exigidos à concessão da antecipação de tutela, razão pela qual afirmou que "o objetivo fundamental da antecipação de tutela é a de tornar útil o bem da vida perseguido, inócua e despropositada sua retenção até ulterior decisão monocrática, o mesmo se o diga quanto ao pedido de devolução dos valores depositados a título de CPMF que foram bloqueados e levantados em favor da parte autora". No caso dos autos, a plausibilidade do direito invocado, qual seja, a demonstração de que os valores pagos ao hospital pelos serviços prestados ao SUS são insuficientes para ressarcir as despesas básicas dos pacientes atendidos, e de que a União tem se negado a repassar os recursos devidos, não é passível de verificação no âmbito deste Sodalício, assim como a verificação da existência do periculum in mora. Tal análise ensejaria o reexame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula n. 7 desta egrégia Corte Superior. Ausência de prequestionamento quanto ao artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Se entendesse a recorrente existir alguma omissão no julgado, deveria ter suscitado o exame dessa questão nas razões dos embargos declaratórios, o que, in casu, não ocorreu. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. Ainda que assim não fosse, entende este relator ser admissível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. "É bom frisar, foi firmado o princípio da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, exceto as exceções restritivas. Sobre essas limitações, o Pretório Excelso dirá a última palavra" (cf. "Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública", in Revista dos Tribunais, n. 768, outubro de 1999, p. 44). O cabimento da tutela antecipada no caso dos autos se reforça pela superveniência de sentença de mérito proferida na ação de cobrança proposta contra a União favorável à pretensão do autor. Recurso especial não conhecido" (STJ, RESp 424863/RS, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 5.8.2003, DJ 15.9.2003, p. 293, v.u.).

⁶⁸ Este é o entendimento de Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 30.

⁶⁹ Patricia Miranda Pizzol, *A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça*, cit., p. 122

pagamento imediato, mas sim a imediata expedição do precatório⁷⁰. Ademais, quantias de pequeno valor não se submetem ao regime do precatório, portanto, devem ser pagos desde logo. Vale informar que na esfera federal este valor é o valor das causas dos juizados especiais federais, ou seja, 60 (sessenta) salários mínimos.

A maior parte da doutrina entende cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública⁷¹.

É também possível a imposição de multa e das medidas de apoio e sub-rogação previstas no §5º do art. 84 em face da Fazenda Pública, mesmo quando a obrigação for de pagar⁷².

Vale mencionar que a Lei 9494/97 afirma algumas restrições para a concessão de medida provisória contra a Fazenda Pública. Segundo esta lei, em todos os provimentos de caráter antecipatório contra a Fazenda Pública, devem observar as regras previstas na Lei 8437/02. Dispõe o *caput* do art. 1º do referido diploma legal: “*Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal*”. Os parágrafos deste artigo também realizam mais limitações.

O art. 2º impõe uma importante limitação: a impossibilidade de concessão de liminar em ação civil pública ou mandado de segurança coletivo sem a prévia oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas.

⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, cit., p. 212-213.

⁷¹ Neste sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 458; Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, cit., p. 70-72

⁷² Há decisão do STJ neste sentido: “*Recurso especial - Administrativo - SUS - Fornecimento de medicamentos - Art. 273 do CPC - Súmula 7/STJ - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Bloqueio de verbas públicas - Cabimento - Art. 461, § 5º do CPC - Precedentes. 1. Não basta a mera indicação do dispositivo supostamente violado, pois as razões do recurso especial devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a agravante visa a reforma do decisum. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação dos requisitos de que trata o art. 273, § 3º, do CPC para a concessão da tutela antecipada enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 07 desta Corte. 3. O recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial, pois, apesar da transcrição de ementa, deixou de demonstrar as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, por tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento a tutela específica. Precedentes da Primeira Seção. Recurso especial conhecido em parte e improvido” (REsp 881234/RS, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 19.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 291, v.u.).*

Porém, se se tratar de um caso de máxima urgência em que aguardar a oitiva do representante implicará em perecimento do direito, entendemos que esta norma deve ser flexibilizada em atenção ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF.

O art. 4º da Lei 8.437/92 prevê o chamado pedido de suspensão. Afirma o dispositivo: “*Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*”.

Sérgio Ferraz sustenta a inconstitucionalidade desta suspensão e insurge-se contra a previsão: “*O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do Presidente da Corte para a qual o ‘writ’ deverá subir em recurso, aliado à circunstância de decidir ele sem audiência de qualquer interessado na manutenção do decisório cuja suspensão se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular*”⁷³.

Não se trata de um posicionamento isolado. Patricia Miranda Pizzol também sustenta a não consonância do dispositivo legal transcrito com a Constituição Federal por violar o princípio da igualdade, eis que concede uma “vantagem” exagerada ao poder público e sem garantir o contraditório e a ampla defesa para a parte contrária⁷⁴.

A jurisprudência, entretanto, aceita tal medida. “*Agravo regimental. Suspensão de liminar. Ação civil pública. Lesão à ordem pública e econômica configurada. Insegurança jurídica e risco Brasil agravados. Eficácia “ex nunc” da suspensão de liminar. 1. No âmbito especial da suspensão liminar, cujos limites cognitivos prendem-se à verificação das hipóteses expressas na Lei nº 8.437/92, art. 4º, descabem alegações relativas às questões de fundo. 2. A substituição aleatória da fórmula de reajuste previamente*

⁷³ Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. Coordenação: Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 457.

⁷⁴ Patricia Miranda Pizzol, A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, cit., p. 126. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação estrangeira*, cit., p. 1742; Cassio Scarpinella Bueno, *Poder Público em juízo*, cit., 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58-63.

pactuada, desconsiderando critérios técnicos indispensáveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, interfere nos mecanismos de política tarifária aprovados pelo Conselho Nacional de Desestatização e ofende a ordem pública administrativa. 3. Necessária a manutenção do equilíbrio-financeiro dos contratos celebrados com o Poder Concedente, porque o interesse público não se resume à contenção de tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade e qualidade do fornecimento de energia, na manutenção do contrato, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão. 4. A suspensão de liminar tem efeito "ex nunc" e não pode, nem deve ser confundida com recurso, eis que não revoga, não modifica, apenas suspende a eficácia de uma decisão, com o fim de evitar lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência. 5. Caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que pode se instalar com a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos firmados com o Poder Público, lesando a ordem pública administrativa e econômica e agravando o risco Brasil, impõe-se o deferimento do pedido de suspensão. 6. Agravo regimental não provido”⁷⁵.

A ementa transcrita informa alguns entendimentos sobre desta medida: sua natureza jurídica não é de recurso, possui efeitos *ex nunc* e não pode ter como objeto o mérito da ação, mas somente a alegação de que a liminar pode causar lesão à ordem à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Mas isso é assunto para um próximo artigo...

Referências

- ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo; MARINS, James, *Código de consumidor comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*, Coordenação Antonio Carlos Marcato. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BUENO, Cassio Scarplena. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1 e 2, São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Código de processo civil interpretado*, Coordenação Antonio Carlos Marcato, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

⁷⁵ STJ, AgRg na SLS 162/PE, CE, rel. Edson Vidigal, j. 15.3.2006, DJ 1.8.2006, p. 293, por maioria de votos.

- _____. *O poder público em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da reforma*. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. *In: Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. Coordenação: Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LENZA, Pedro *Teoria geral da ação civil pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 104.
- _____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DE PLÁCIDO SILVA. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. 2.

- PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas com instrumento de acesso à justiça, *In: Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase do Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Da cognição no processo civil*, 2. ed., São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997.