

**Tutela antecipada - Exame psicotécnico - Curso de habilitação de oficiais - Corpo de Bombeiros - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil - Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade**

Ementa: Administrativo. Agravo de instrumento. Exame psicotécnico. Antecipação da tutela. Curso de habilitação de oficiais. Corpo de Bombeiros. Cautelar. Inteligência do art. 273, § 7º, do CPC. Medida assecuratória. Caução. Art. 804 do CPC. Necessidade.

- Verificado, na espécie, que o pedido de antecipação de tutela preenche os requisitos de deferimento de medida cautelar (CPC, art. 273, § 7º), concedida para fins de afastar a perda do objeto da presente ação, cabe estabelecer, também, a obrigação de o requerente oferecer caução, nos termos do art. 804 do CPC, de forma a impedir que os ônus e os riscos da medida deferida no interesse do autor sejam imputados ao requerido.

Recurso parcialmente provido.

**AGRAVO Nº 1.0024.07.441792-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Tarley Guimarães Araújo - Agravado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL EM PARTE.

Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

## Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.<sup>o</sup> Adélia Rodrigues Campos.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Tarley Guimarães Araújo, nos autos da ação ordinária com pedido de tutela antecipada por ele ajuizada em face do Estado de Minas Gerais, contra decisão da il. Juíza da 7<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, que indeferiu a tutela antecipada pleiteada para determinar ao requerido que matriculasse o autor no Curso de Habilitação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais - CHO/BM, que teve início em 06.08.07, com os mesmos direitos e prerrogativas dos demais candidatos, sem qualquer discriminação, inclusive com abono das aulas perdidas (f. 13/15-TJ).

Nas razões de agravo apresentadas às f. 2/12-TJ, o autor relata que foi classificado em 1<sup>o</sup> lugar nas duas primeiras etapas do concurso para o ingresso no CHO do Corpo de Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais, ano de 2007, e que teria sido injustamente desclassificado na prova de "salvamento em altura". Após a conclusão do percurso em 10 minutos e 30 segundos, o examinador ter-lhe-ia aplicado penalidade de 60 segundos ao invés de 15 segundos, desclassificando-o. Sustenta que não haveria previsão legal do exame em tela e que há a possibilidade de o pleito ser recebido como pedido cautelar, nos termos do art. 273, § 7<sup>o</sup>, do CPC.

Recebido o agravo pelo em. Des. Silas Vieira, em plantão de fins de semana e feriados, S. Ex.<sup>o</sup> entendeu inexistente urgência que justificasse o enfrentamento do pedido de antecipação da pretensão recursal naquele período excepcional (f. 173-TJ).

Distribuído livremente o recurso, vieram-me conclusos os autos, oportunidade em que deferi parcialmente a antecipação da pretensão recursal em caráter cautelar e efeitos *ex nunc* (f. 178/180-TJ), mediante caução, nos seguintes termos:

Quanto ao pleito de antecipação da pretensão recursal (CPC, art. 527, inc. III, *in fine*), entendo configurados os pressupostos que autorizam a sua concessão, mas somente em face do pedido sucessivo, formulado à luz do art. 273, § 7<sup>o</sup>, do CPC, pois não se me afigura presente a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações do recorrente.

De fato, ao exame perfunctório dos autos, próprio deste momento, admito a relevância da fundamentação, pois o que se colima não é a obtenção de qualquer vantagem econômica em face do Poder Público, mas a participação do recorrente no curso de formação para o ingresso na carreira de Oficial do Corpo de Bombeiros, revelando-se cabível, em tese, aquela medida de urgência.

Ainda quanto ao *fumus boni iuris*, vê-se que a causa impeditiva do prosseguimento do autor no CHO/2007

foi exclusivamente a eliminação no teste de salvamento em altura (f. 111-TJ), sobre o que são necessários esclarecimentos acerca das circunstâncias e motivos ensejadores da desclassificação, em face do edital.

Nesse sentido, não é o caso de antecipar-se desde logo a tutela buscada na ação ordinária, pois o agravante tardou na busca do provimento jurisdicional de urgência, impedindo, ao menos por enquanto, que o Poder Judiciário abone faltas sem conhecimento dos critérios legais para fazê-lo.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o prejuízo que o indeferimento da medida colimada poderá causar ao autor, obstando a que ele participe do Curso de Habilitação de Oficiais, assim negando eficácia ao provimento pretendido nesta ação ordinária, o que recomenda a parcial concessão de liminar, em caráter cautelar, nos termos do art. 273, § 7<sup>o</sup>, do CPC, até o pronunciamento do Colegiado Julgador.

Entretanto, tampouco me parece razoável obrigar o Poder Público a arcar com a totalidade dos custos de medida cujo escopo é afastar o periclitamento de alegado direito do agravante, razão pela qual - olhos postos no tratamento isonômico das partes - se torna imprescindível, na espécie, seja o autor compelido a oferecer caução, nos termos do art. 804 do CPC.

Diante do exposto, presentes os pressupostos legais, defiro parcialmente a antecipação da pretensão recursal pretendida, determinando, em caráter cautelar e efeitos *ex nunc*, que o agravado promova imediatamente a matrícula precária do autor no Curso de Habilitação de Oficiais Militares do Corpo de Bombeiros de Minas Gerais e lhe faculte freqüentá-lo normalmente de agora em diante, até o julgamento do recurso nesta instância. A eficácia desta liminar fica condicionada a que o autor deposite, judicialmente, perante a instância de origem, em cada dia 30, caução mensal no valor correspondente ao custo *per capita* "do curso em tela dividido pelo número de meses, a ser fornecido ao Juízo *a quo* pela Administração Pública Estadual no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da intimação desta decisão" (f. 178/180-TJ).

A contraminuta do Estado de Minas Gerais foi juntada às f. 193/202-TJ, pelo desprovimento do recurso.

Às f. 273/275-TJ, o agravante pugnou pela reconsideração da decisão de f. 178/180-TJ, no tocante à obrigação de prestar caução tão-somente, a qual foi mantida nos termos da decisão de f. 300-TJ e 304-TJ.

Por fim, o agravante peticionou nos autos, após a conclusão do Curso de Habilitação de Oficiais, pugnando pela concessão da promoção na carreira (f. 308-TJ).

Ouvido o Estado de Minas Gerais (f. 312/314-TJ), o pedido de f. 308-TJ foi desacolhido, ao fundamento de que o prosseguimento do agravante no curso de formação fora deferido em caráter cautelar, de forma a impedir o periclitamento do direito em discussão na presente ação (f. 316-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, não há falar em impossibilidade de concessão da medida em face do Estado, com fulcro no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, que estendeu à tutela antecipada os efeitos do art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09.06.1966, e do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.

Eis a redação do art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/1966, *in verbis*:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. [...]

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Na espécie, vê-se que a tutela antecipada foi pleiteada para que o autor prosseguisse no Curso de Formação Oficial, o que, a rigor, não denota extensão ou concessão direta de vencimentos e vantagens. Tem-se, aliás, que a norma prevista no dispositivo acima transcrito deve ser interpretada restritivamente, sob pena de violar o princípio constitucional do acesso à jurisdição e de anular o progresso processual decorrente da inserção, na Lei Adjetiva Civil, do instituto da antecipação da tutela como forma de perseguir a efetividade na prestação jurisdicional.

Já no que tange à aplicação do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992, a sua redação é a seguinte:

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

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

Como se vê, o objetivo da norma acima transcrita é o de impedir a concessão de medida de urgência de caráter irreversível, assim entendida como aquela que modifica definitivamente determinada situação jurídica, inviabilizando o restabelecimento do *statu quo ante*. Contudo, no caso dos autos, a medida pretendida não tem o condão de exaurir o objeto da demanda, mas de assegurar o ingresso no curso de formação, como dito.

Ausentes, pois, as hipóteses previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, revela-se cabível, em tese, a concessão da medida em desfavor do Estado de Minas Gerais.

Por outro lado, tendo em vista o § 7º do art. 273 do CPC, entendi, no despacho de f. 178/180-TJ, que a tutela antecipada deveria ser, pela fungibilidade e conforme pedido sucessivo, tratada como medida cautelar, em virtude do caráter acautelatório da pretensão de assegurar-se o resultado útil do processo. A propósito, mencione-

se a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para a obtenção da cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*) (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, n. 45 ao art. 273, p. 652).

Assim, considerando-se que a causa impeditiva do prosseguimento do autor no CHO/2007 fora exclusivamente a eliminação no teste de salvamento em altura (f. 111-TJ), sobre o que são necessários esclarecimentos acerca das circunstâncias e motivos ensejadores da desclassificação, em face do edital, não há falar em presença da prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Entretanto, não se poderia desconsiderar o prejuízo que o indeferimento da medida colimada causaria ao autor, obstando a que ele participasse do Curso de Habilitação de Oficiais, assim negando eficácia ao provimento pretendido nesta ação ordinária.

Por tal razão, deve ser mantida a concessão parcial da medida, em caráter cautelar, nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, inclusive no tocante à imprescindibilidade do oferecimento de caução pelo autor, nos termos do art. 804 do CPC, *in verbis*:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao agravo de instrumento para confirmar a antecipação da pretensão recursal nos estritos termos em que deferida às f. 178/180-TJ, de forma a resguardar, tão-somente, o resultado útil de eventual sentença de procedência dos pedidos iniciais.

Custas recursais, na forma da lei.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Acompanho o voto de V. Ex.ª, não sem me reservar à oportunidade de um eventual estudo mais acurado sobre a questão relativa à caução. Esse é o meu voto.

DES. FERNANDO BOTELHO - Sr. Presidente. Examinei com muito cuidado esse assunto e, após a leitura do voto de V. Ex.ª, neste caso específico, vi a necessidade, inclusive, de começarmos mesmo a evoluir, mas tive muita dificuldade, confesso a V. Ex.ª, embora

abalado, faço questão de que isso se registre nas notas, com o cuidado que teve na garantia da antecipação, seja da tutela, seja na sua convalidação a uma liminar de cautelar, porém, na prestação de caução, achei que a equação foi muito bem elaborada, no sentido de que se concede a antecipação da garantia processual, mas se obriga a certo sacrifício patrimonial, co-responsabilizando as partes envolvidas.

Parece-me que vamos prosseguir por aí, é um vaticínio, inclusive, mas repito, tive dificuldade de aderir, pois a reforma processual que trouxe a inovação do art. 273 do CCP deriva - isso os estudos todos mostraram no debate congressual da época - de uma crise intensa das dificuldades sobre toda a efetividade da decisão no processo de conhecimento.

O conhecimento no Brasil demorou demais, perdeu o seu prestígio e foi necessário antecipar os efeitos da tutela de mérito. O legislador brasileiro, dando ao Judiciário as condições para fazê-lo *cum grano salis*, com cuidado, estabeleceu um primeiro requisito que é o da verossimilhança; difícil aferir "verossimilhança", porque é uma semelhança, uma aparência de direito, como seu primeiro requisito antecipatório, justamente porque ele antecipa todo conhecimento daquilo que nem sequer se sabe se vai existir a final, para depois, aí, sim, autorizar o juiz a enfrentar o *periculum in mora*. E as demandas? Esse universo de demandas que vem sobre todos nós, hoje, no Judiciário brasileiro de um modo geral, traz no processo de conhecimento, com a frequência que já estamos acostumados a enfrentar, o pedido da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

A nova sistemática do agravo, por sua vez, transpõe essa questão, quase que no mesmo instante da decisão para dentro dos tribunais. A dificuldade em que um magistrado se encontra na instância é a mesma nossa na revisão. Embaçado direito, difícil de se saber se antecipa ou não, e, portanto, a necessidade ou não do conhecimento. A solução propugnada tem muito de razoabilidade para vingar no reexame desta questão, mas ainda prefiro optar, e é o que estou fazendo, no caso específico, pelo cumprimento objetivo dessa ordem sucessiva hierárquica de exigências da lei. Primeiro, a aferição da verossimilhança, para, depois, a do *periculum in mora*. E considero que, se porventura, sem a garantia da caução, passarmos, desde logo, a apreciar o *periculum*, aí, sim, vamos, talvez, desarranjar até a estrutura do Estado, da Administração, porque o *periculum* está aqui dentro dos tribunais, a partir do momento em que entramos para trabalhar. É uma argüição permanente e voluptuosa de perigo. Estamos tendo que hierarquizar esse perigo.

Portanto, fico, primeiro, com a aferição da verossimilhança, ou há uma aparência de direito, mínima prova, ou o postulante não pode antecipar os efeitos da tutela de mérito, porque estaríamos violando a possibilidade de uma contradição, no caso específico, inclusive, temos um interesse público fora do processo, mas um interesse público da administração na normalidade dos provimentos de cargos, no caso específico, aqui, de cargo de militar, que não podemos excluir a possibili-

dade de manter a sua exatidão e, necessariamente, de não ser devida essa provisão.

Com esses fundamentos e, também, reservando para exame desta questão, extremamente importante que V. Ex.<sup>o</sup> traz, peço vênias para discordar e negar provimento ao recurso, conforme voto que passo a proferir.

Tenho-me filiado à corrente que considera que a ausência dos requisitos que devem informar a verossimilhança da alegação vestibular obsta à conferência de aspectos do *periculum in mora*, na apreciação da pretensão antecipatória de que cuida o art. 273/CPC, visto que não se faz possível antecipar efeitos de tutela de mérito, cujo direito material não seja antecipadamente evidenciado, ao menos em seus aspectos fáctico-indiciários.

Como, *in casu*, não se vislumbram, por ora, itens que poderiam infirmar o decreto administrativo objurgado, aspecto a demandar dilação própria - como bem acentua o eminente Relator -, tenho que ausente o primeiro e intransponível condicionador da antecipação, que não pode ser atendida à luz exclusiva da argüição de *periculum*.

Por outro lado, a convalidação da pretensão antecipatória em cautela incidental - medida que, por igual, não encontra ressonância na interpretação do art. 273/CPC, visto que este visa possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito da ação de conhecimento principal, e aquela não pode ir além da custódia meramente processual da instância definitiva - exigiria, também, identificação do *fumus boni iuris*, o que, no caso, se afastaria frente à própria ausência, por ora, de direito certo, na instância presente, a resguardar.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL EM PARTE.

...