

FÁBIO ADALBERTO CARDOSO DE MORAIS

**A EFETIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA
PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA E SUA APLICABILIDADE EM
FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Manoel Caetano
Ferreira Filho**

Co-orientador: Prof. Elton Venturi

CURITIBA - 2004

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO ADALBERTO CARDOSO DE MORAIS

A EFETIVIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA E SUA
APLICABILIDADE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Trabalho aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso
de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Co- Orientador:


Prof. Elton Venturi



Prof. Eduardo Talamini

Curitiba, 28 de outubro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1 O PROCESSO COMO VIA PARA A CONSECUÇÃO DAS PRETENSÕES DE DIREITO	03
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	03
1.2 PERSPECTIVAS ATUAIS: UM PROCESSO SOCIALMENTE CORRETO? ..	08
1.3 A INCIDÊNCIA DO FATOR “TEMPO” NO PROCESSO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	12
2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	17
2.1 PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES	18
2.2 PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	19
2.3 ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO DO RÉU	21
2.4 A ANTECIPAÇÃO DE PEDIDO INCONTROVERSO	24
2.5 PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO	26
2.6 FUNGIBILIDADE DAS LIMINARES	28
2.7 DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	30
3 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO	33
3.1 PRAZOS DILATADOS PARA CONTESTAR E RECORRER	35
3.2 DESNECESSIDADE DO ADIANTAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS.....	35
3.3 DISPENSA DE PREPARO PARA RECORRER	36
3.4 JUÍZO PRIVATIVO	37
3.5 DISPENSA DO DEPÓSITO PRÉVIO PARA AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA.....	37
3.6 FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE FORMA EQÜITATIVA	37

3.7	DESNECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO PARA FINS DE ARRESTO.....	38
3.8	ASSISTÊNCIA BASEADA SIMPLEMENTE EM INTERESSE ECONÔMICO.....	38
3.9	IMPOSSIBILIDADE DE A FAZENDA PÚBLICA SER PARTE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	38
3.10	AS PRERROGATIVAS ERIGIDAS COMO ÓBICES À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	39
3.11	O PARTICULAR FRENTE AOS ATOS DO PODER PÚBLICO	40
4	A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E A REMOÇÃO DOS ÓBICES PARA SUA PLENA ACEITAÇÃO E EFETIVIDADE	42
4.1	SOBRE A REMESSA OBRIGATÓRIA	43
4.2	SOBRE A (DES)NECESSIDADE DOS PRECATÓRIOS	48
4.3	O PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO.....	55
4.4	A OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA.....	56
4.5	AS NORMAS LIMITATIVAS À EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE	57
4.6	OS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE LIMINARES E DAS SENTENÇAS CONTRA O PODER PÚBLICO	63
	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

RESUMO

A “tutela antecipada” efetivou-se como um dos maiores avanços no direito brasileiro, na medida em que permite o vigor e efetividade na concessão do bem de vida buscado pela parte, no compasso dos princípios do acesso à justiça e garantia do processo sem dilações indevidas. Desde a implementação do artigo 273 do Código de Processo Civil, até sua recente complementação, vêm a lume as mais inusitadas discussões sobre sua concessão, matéria da qual muito se escreveu e ainda muito se dirá a respeito. A Fazenda Pública é uma das maiores responsáveis pelo elevado número de demandas judiciais existentes no Brasil, dispondo ela de prerrogativas e tratamento especial em várias situações processuais que a legislação pátria lhe concede. A aplicabilidade da tutela antecipada contra o Poder Público, principalmente no que concerne ao pagamento de quantia em dinheiro, tornou-se fonte de divergência doutrinária e jurisprudencial, ensejando disposições legais elaboradas com o escopo de mitigá-la. Entretanto, tais obstáculos não devem impedir a salvaguarda do direito perecível do demandante, justamente se esse mesmo direito exigir providências urgentes.

Palavras-chave: judiciário, processo, provimento, sociedade, direito, vida, tempo, dano, antecipação da tutela, quantia certa, efetividade, Fazenda Pública, prerrogativa, privilégio, óbice, remessa obrigatória, precatório, constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

De início, faz-se necessário ressaltar que o estudo em tela pauta-se na análise do cabimento e efetividade da antecipação de tutela restrita ao pagamento de quantia certa em face da Fazenda Pública, haja vista a riqueza e complexidade das antecipações não pecuniárias, cujo aprofundamento não seria viável nesta oportunidade, até mesmo por conta da limitação de laudas que o presente trabalho exige.

É cada vez mais propagada a idéia da efetividade do processo pela doutrina moderna, sendo rotineiramente objeto de estudo os fins para os quais se destina este instrumento posto ao alcance dos cidadãos. Tornou-se imperativa a busca de meios capazes de propiciar uma simplificação do procedimento, de modo a tornar a prestação jurisdicional mais célere. Tomou-se consciência, também, de que era necessária uma nova postura dos magistrados diante do processo: estes deveriam exercer participação mais ativa na pesquisa da verdade dos fatos. Enfim, fazia-se necessário que o direito processual evoluísse.

O resultado dos esforços conjuntos da postura doutrinária evidenciou-se nas atuais reformas ao Código de Processo Civil, com a inclusão de providências que visam atingir a efetividade mentalizada. Infelizmente, transportadas estas inteligências processuais e seus mais modernos institutos para os litígios em que a Fazenda Pública é demandada, o que vislumbramos é um retrocesso ao que já foi conquistado.

Mas, não bastasse a liderança do Poder Público no volume de demandas no judiciário brasileiro, muitas são as prerrogativas que as pessoas jurídicas de direito público gozam processualmente, contribuindo para atravancar a prestação da tutela jurisdicional efetiva em favor do cidadão. Este, o particular, quando obrigado a litigar com a Fazenda Pública, visando a proteção de direito que proclama por uma tutela de urgência, encontrará um quadro respeitável de dificuldades que lhe mostrará ser impossível a execução provisória em determinados casos, assim como lhe ensinará que, vencida a batalha pela via judicial, irá depender ainda da “boa vontade” do

Executivo quanto ao cumprimento da decisão provisória ou até mesmo definitiva.

Independentemente da diferença que paira sobre a relação judicial entre o cidadão e a Fazenda Pública, criaram-se outros benefícios processuais para atender exclusivamente ao Poder Público demandado, trazidos por infundáveis medidas provisórias. Significa dizer, grosso modo, que a própria parte interessada dilatou seus prazos, impôs limites à eficácia de decisões em ações coletivas e vedou, em certas ocasiões, a concessão de medidas liminares contra si.

É diante desse retrato que escolhemos realizar o presente trabalho, procedendo à sua análise crítica no que couber. Confronta-se um dos mais importantes instrumentos dispostos a tornar efetiva a prestação jurisdicional – a antecipação da tutela – com um demandante que, por toda sua história e cambaleante presente, sempre exigiu e continua a exigir tratamento diferenciado, muitas vezes, ao argumento da proteção do interesse público.

1. O PROCESSO COMO VIA PARA CONSECUÇÃO DAS PRETENSÕES DE DIREITO

1.1. BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Estado, ao longo da evolução das relações entre os homens, viu-se obrigado a impor a vedação de autotutela privada, dispondo do processo como instrumento de justiça àqueles que sintam lesada em qualquer grau, ou até mesmo ameaçada, a esfera de seus direitos. Trata-se, propriamente, de uma necessidade traduzida pelas características modernas da figura estatal, encarada com propriedade pelo mestre italiano CHIOVENDA¹:

Quanto mais se reforça a organização política, tanto mais se restringe o campo de *autodefesa*, não, por certo, em virtude de um contrato entre os poderes públicos e o indivíduo, mas pela natural expansão da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de normas de lei sempre mais numerosas e precisas, de outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas.

A administração da justiça passa a ser, por conseqüência, considerada como função própria do Estado e, à medida que este “inaugure essa função privativa, buscando estabelecer relações sociais com maior civilidade, esse mesmo Estado tem o dever de possibilitar o *acesso* dos jurisdicionados à tutela jurisdicional em sua plenitude, jamais criando empecilhos à solução dos litígios.”² Ao cidadão, então, é conferido um direito de recorrer ao Estado, diante de uma pretensão insatisfeita, o chamado “direito de ação”.

A doutrina tratou de distinguir, após certa confusão, o direito de ir a juízo (o

¹ CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1, 2. ed. Traduzido por G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 38.

² GERAIGE NETO, Z. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 56), p. 26.

que vimos por direito de ação) do direito material posto em litígio (o direito material insatisfeito e levado a juízo por conta do direito de ação). Ao efetuar essa distinção, os estudiosos - mais propriamente os italianos, impulsionados por GIUSEPPE CHIOVENDA no século XIX - visaram sedimentar o processo civil totalmente desvinculado do direito material. Inaugurava-se, assim, a nova escola italiana, chamada de escola sistemática.

A autonomia do direito processual em relação ao direito material, cultivada pela escola sistemática, enveredou o pensamento doutrinário, à época, para uma ação completamente distante dos objetivos materiais, e o fruto dessa visão extremamente processualista foi a formulação de uma classificação das sentenças fundada em critérios unicamente processuais, técnicos, incapaz de tutelar o direito material que assistia ao indivíduo e fazer frente aos clamores sociais.

Somente cerca de meio século após o nascimento da escola sistemática, quando os processualistas aceitaram que o processo já se mostrava inoperante em relação às necessidades sociais, veio à tona uma nova perspectiva para o processo civil: o “acesso à justiça”. Por conseqüência, uma das maiores preocupações³ surgidas foi a questão da efetividade do processo, ao passo que este deveria atender às expectativas daqueles que buscavam o auxílio jurisdicional⁴, conferindo aos cidadãos o mesmo resultado que obteriam agindo privativamente (por meio da ação de direito material, a autotutela, o que foi vedado pelo Estado).

Das exposições vistas até o presente momento, seguramente é possível dizer

³ Ao lado da efetividade, é claro, buscou-se, e ainda persegue-se, a tempestividade do provimento jurisdicional, o pronto atendimento dos anseios do indivíduo, mas este é tema principal da exposição e será devidamente abordado em tempo oportuno.

⁴ “O direito de ação, se necessita conferir ao cidadão o mesmo resultado que o direito material lhe daria caso suas normas fossem espontaneamente observadas, passou a ser pensado como um direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, como um direito à preordenação de procedimentos hábeis para dar resposta adequada ao direito material” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44).

que existência do processo deve-se, principalmente, por conta dessa impossibilidade da aplicação voluntária do direito material e será, mediante as modificações deste, que o direito processual deverá se atualizar, para que possa servir como instrumento para a realização do próprio direito material, adaptando-se às necessidades da sociedade. Como se vê, atribui-se ao processo a posição de “ferramenta” destinada a cumprir determinadas funções e para isso precisa demonstrar total utilidade, capacidade de desempenhar seu papel, demonstrando ser esta ferramenta adequada à sua finalidade de origem.

O processo, como instrumento pelo o qual o Estado exerce a jurisdição, deve prezar pela tutela de direitos garantidos em lei (de soberana relevância aqueles insculpidos em nossa Carta Magna), de forma imparcial, aplicando as normas gerais aos casos concretos com vistas à restauração da paz social.

Entretanto, a noção de instrumentalidade não pode ser, no estudo do processo civil, meramente citada de forma lata, sem, no entanto, imputar-lhe um parâmetro para sua utilização, sob pena de nada estar se dizendo. Um instrumento pode ser utilizado para inúmeros fins; será mediante os resultados que se objetivam alcançar que haverá a adoção do instrumento mais adequado. Os fins do processo são, por conseguinte, essenciais para a composição da noção de instrumentalidade e a expressão de seu real sentido.

Dentre as mais conceituadas visões sobre o objetivo do processo, é de extrema valia destacar duas posições contrapostas, que arrimam a imensa maioria das posteriores dissertações sobre o tema. A principal função do processo, segundo JAMES GOLDSCHIMIDT, nas palavras de SÉRGIO CRUZ ARENHART⁵, “é assegurar a efetividade do direito subjetivo material, outorgando-lhe a tutela estatal

⁵ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil; 6), p. 36. O autor traz ainda as opiniões de insuperáveis doutrinadores quanto aos objetivos do processo: SCHÖNKE (obtenção da pacificação social), CARNELUTTI (tanto a aplicação do direito como a pacificação social mediante a justa composição da lide) e COUTURE (“assegurar a justiça, a paz social e os demais valores jurídicos, por meio da aplicação, eventualmente coercitível, do direito”). *Ibid.*, p. 36-37.

reconhecida em abstrato, tal como exigido pelo direito específico.” Foca-se o processo no direito subjetivo, na proteção do direito individual lesado, acabando por tutelar de modo reflexo o direito material concedido aos indivíduos.

Na clássica visão de CHIOVENDA⁶ a aplicação concreta do direito material emerge como o primordial objetivo. Em suas palavras, “a função pública desenvolvida no processo consiste na *atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela.*”

LIEBMAN, em suas lições trazidas na citação do prof. ARENHART⁷, teceu opinião no sentido de que não há benefícios ao processo em se acolher determinado posicionamento em detrimento dos demais, pois um não teria o condão de excluir qualquer outro; todos os escopos descritos seriam fundamentais para o exercício jurisdicional através do processo, de modo que formariam um verdadeiro conjunto, não admitindo exclusões.

A propósito, com a devida vênia aos renomados processualistas, a noção de instrumentalidade do direito processual não deve atrelar-se somente aos escopos processuais, pois estaria sucumbida a uma visão fria e tecnicista. Voltamos a repetir que de nada valeria um instrumento pronto, perfeito, se este não satisfaz a necessidade dos destinatários da função jurisdicional do Estado. Como bem salientou DINAMARCO⁸, “a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação.”

No atual estágio vivenciado pelo judiciário brasileiro, a existência de vários percalços impede com que certos interesses garantidos pelo Estado sejam prontamente atendidos, fazendo com que o processo disponibilizado seja, em inúmeras ocasiões, inadequado para a satisfação das necessidades concretas. Essa dificuldade apresentada

⁶ CHIOVENDA, G. *op. cit.*, p. 40.

⁷ ARENHART, S. C. *loc. cit.*, p. 37.

⁸ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

pela jurisdição estatal culmina, diretamente, em seu descrédito perante aqueles que dele se socorrem, suficiente a “encorajar” a busca de outras formas mais efetivas de composição de conflitos. Assim, nega-se ao Estado parcela do poder inerente à aplicação da força sobre os litígios havidos, ao passo que surgem, paralelamente, opções de aplicação do direito, algumas até mesmo de forma precária.

Pois bem. Chegar à perfeição pode ser o desejo do ser humano em infinitas situações, como muito bem pôde ser um desejo dos idealizadores de uma sociedade mais justa e harmônica, amparada pelo Direito. Só não é possível desvirtuar o fim último do processo por conta das falhas que legisladores, doutrinadores, juristas, etc. possam cometer a seu respeito. É valiosa a lição deixada por CHIOVENDA⁹, a qual se torna obrigatória citar:

... os defeitos inevitáveis no funcionamento prático do processo não podem influir sobre sua definição, porque a idéia de um instituto deve deduzir-se de sua destinação fundamental e não de ser funcionamento prático. Ninguém negará que a medicina seja a arte de curar as doenças só porque o erro de um médico pode ser fatal ao enfermo. Da mesma forma ninguém pode negar que a destinação do processo seja a de fazer justiça.

É inegável, portanto, que as vias processuais convivem com a renovadora necessidade de reação perante os anseios sociais, fato que impõe ao responsável pelo exercício privativo do poder jurisdicional a obrigação de atentar às perspectivas processuais que emanam do cidadão. ELTON VENTURI¹⁰, numa apurada percepção contemporânea, apontou com precisão as expectativas sociais da tutela dos direitos, afirmando que “A preocupação essencialmente destacada nos dias atuais volta-se à análise dos aspectos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, envolvendo a admissão em juízo, o modo de ser do processo, o critério dos julgamentos e a efetivação dos direitos”, o que, por óbvio, é também esperado nas relações em que o Estado figura como parte integrante de uma lide.

⁹ CHIOVENDA, G. *loc. cit.*, p. 44.

¹⁰ VENTURI, E. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.

1.2. PERSPECTIVAS ATUAIS: UM PROCESSO SOCIALMENTE CORRETO?

Pela previsão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, temos a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao passo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Cumpre ao presente momento deste estudo demonstrar que esta “não exclusão do Poder judiciário” deve ser traduzida não somente na mera e simples possibilidade do ofendido valer-se do judiciário, mas também de obter o adequado provimento jurisdicional capaz de assegurar-lhe o bem de vida almejado. Em síntese, esta disposição constitucional visa preservar, da mesma forma, o devido processo legal, tanto em sua órbita processual quanto material.

O processualista de hoje é um indivíduo mais atencioso às situações carentes de tutela e às peculiaridades impossibilitadoras do tratamento processual comum. Tal assertiva pode ser muito bem estampada pelas recentes reformas sofridas pelo Código de Processo Civil com as Leis 10.352, 10.358 de 2001 e 10.444 de 2002, não se olvidando da reforma ocorrida em 1994. Destarte as mudanças ocorridas em nossa compilação processual, alguns casos práticos revelam que o processo civil brasileiro ainda está na freqüente busca de soluções para determinados conflitos.¹¹

¹¹ Traga-se, como exemplo, a “tutela de interesses coletivos”, com a qual, para ARENHART, o Código de Processo Civil é incapaz de lidar, pois este seria “um exemplo de legislação voltada exclusivamente para a tutela de interesses patrimoniais disponíveis e individuais” (ARENHART, S. C. *Perfis...*, p. 39). ELTON VENTURI, estudando a subsidiariedade do Código de Processo Civil quando do tratamento dos interesses coletivos, assinalou que “isto não significou a abolição do sistema processual tradicional, idealizado marcadamente para a solução de demandas individuais, senão a conscientização de que a esta dever-se-iam acrescentar elementos possibilitadores da efetivação de uma tutela coletiva, idônea a propiciar resposta adequada à inferioridade ou à incapacitação da sociedade” (VENTURI, E. *loc. cit.*, p. 40-41). Já ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI e CÂNDIDO DINAMARCO citam como formas de óbice jurídico capaz de dificultar o ingresso em juízo o “impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais”, apontando que “a regra individualista segundo a qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6º) está sendo abalada pela *Lei de Ação Civil Pública* (...) assim como (...) pela garantia constitucional do *mandado de segurança coletivo*” (CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35).

A convivência humana, por ser de sua essência o contínuo relacionamento social, inevitavelmente ocasiona infinito número de insatisfações aos indivíduos, por conta de condutas contrárias aos seus interesses. Havendo, então, esta irrefreável quantidade de oposições de vontades, inúmeros também serão os bens de vida sobre os quais incidirão.

Em face disso, o Estado oferecerá tutela aos interesses dos jurisdicionados, sendo permitido dizer que não o fará somente quando julgar procedente(s) o(s) pedido(s) efetuado(s) pelo autor do processo - até porque não se confunde a tutela com provimento final -, mas também quando possibilitar o amplo acesso dos cidadãos ao judiciário. Como visto, o anteriormente invocado princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV da CF) possibilita grande amplitude ao sentido da tutela jurisdicional e, nesse sentido, MARINONI¹² já alertava que “Quem parte da premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material, a adequada tutela jurisdicional.”

Dessa forma, a tutela jurisdicional terá sido prestada independentemente do resultado final do processo, quando: (a) em uma acepção processual, assegurar a aplicação do direito positivo, proporcionando o devido processo legal àqueles que estabeleçam pretensões em juízo; (b) sob a acepção material, propiciar a efetiva proteção e realização integral do direito material sustentado pela parte em sua inicial. Logicamente, a segunda concepção não deixará de socorrer-se de elementos da anterior, uma vez que a garantia processual será condição intrínseca para a consecução do direito material.

De qualquer modo, não é suficiente que o judiciário somente aprecie toda e qualquer ameaça ou lesão de direitos. É de suma importância que tal análise seja feita

¹² MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 214.

da forma mais adequada possível aos interesses dos jurisdicionados, pois caso contrário, correr-se-ia o risco de, mediante decisões superficiais e inócuas, restringir o princípio da inafastabilidade. E como evitar que o provimento legal não alcance êxito esperado pela parte? Para isso, crê-se na garantia de tutelas jurisdicionais que empunhem força suficiente para a satisfação do direito material, tal qual obteria a parte com o exercício da justiça privada.

Não deixa de ser tema de relevante importância os escopos sociais motivadores do sistema processual: a pacificação social, por meio de critérios predispostos de justiça, para que a jurisdição possa reprimir aqueles que não observam o comportamento normativo e criar possibilidades de defesa dos interesses lesados; e a educação, para que as pessoas se conscientizem da relação “direitos e obrigações”, ou seja, exercitem seus direitos e respeitem os alheios¹³.

Por outro lado, alguns óbices, freqüentemente apontados pela doutrina, deverão ser superados para que a idéia de um processo efetivo possa se tornar realidade a todos que necessitam da prestação jurisdicional. Resumidamente, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI E CÂNDIDO DINAMARCO¹⁴ elencam quatro “pontos sensíveis” do sistema processual:

- 1º) “admissão ao processo” ou “ingresso em juízo”: é tanto representada pelas dificuldades econômicas, quanto pelas restrições de se postular a defesa de interesses difusos e coletivos.
- 2º) “o modo de ser do processo”: primeiramente, em relação aos atos processuais, com necessidade da observância da ordem legal de seus atos (princípio do devido processo legal) e do contraditório, abrindo-se às

¹³ É interessante a conotação dada por DINAMARCO aos Juizados Especiais, inserindo-o como forma de aproximar a população do Poder Judiciário, baseada em uma relação de confiança daquela com este. Seria a educação através dos exercícios dos próprios direitos, evitando-se “manifestações violentas” que muito bem poderiam ser resolvidas nas pequenas causas (DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade...**, p. 198).

¹⁴ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *op. cit.*, p. 35-36.

partes oportunidades iguais. Em outro aspecto, o dever dos juízes participarem ativamente do processo (de forma imparcial, é claro).

3º) “a justiça das decisões”: apresenta-se, em suma, pelo dever dos juízes decidirem em prol da justiça, utilizando-se de critérios tidos socialmente por justos, somente não o fazendo quando haver a absoluta impossibilidade.

4º) “a utilidade das decisões”: remonta-se à já comentada necessidade de tutelas adequadas às pretensões de direito material.

Especificadamente, a morosidade jurisdicional é tida como um dos grandes empecilhos à eficácia processual, importando no descrédito da população e insatisfação em relação ao Poder Judiciário. Deficiências na estrutura do nosso sistema, omissões e equívocos por parte dos legisladores e aplicadores da lei, contribuem para a atual situação.

Assim, é inevitável que o anseio social de uma maior rapidez na desenvoltura dos processos se confronte com o ideal de justiça e segurança jurídica nas decisões judiciais. Acerca desses interesses antagônicos, o prof. MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO¹⁵, em estudo com o qual obtive o título de mestre em direito, já expressava as preocupações dos processualistas com o tema:

Os estudiosos do direito processual, em especial do direito processual civil, sempre buscaram atingir um processo que atendessem a duas necessidades fundamentais da sociedade: certeza e estabilidade das relações jurídicas, de um lado, que por sua vez requerem uma decisão o quanto antes possível; e, de outro lado, que os litígios sejam decididos da forma mais justa que a contingência humana possa alcançar. Numa palavra: um processo rápido e uma sentença justa.

Nada mais apropriado, no momento, do que abordar o decurso do tempo e suas implicações na prestação jurisdicional.

¹⁵ FERREIRA FILHO, M. C. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 12.

1.3. A INCIDÊNCIA DO FATOR “TEMPO” NO PROCESSO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Pelo ressaltado no item anterior do presente estudo, existem dois postulados processuais que trazem características opostas: o direito à cognição definitiva, que irá demandar um período de tempo razoável na sua tramitação, e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Certamente, quando encontrado o equilíbrio entre ambos, maiores serão as chances para que seja disponibilizada uma tutela efetiva.

Enquanto instrumento de realização da justiça, é imprescindível que o processo se demonstre efetivo. Desta feita, o pronunciamento judicial que dirime conflitos de interesses no momento oportuno irá proporcionar grande satisfação não somente aos jurisdicionados, como também aos operadores do direito. Sua intempestividade, ao contrário, tende a afetar a qualidade dos provimentos judiciais, pois a probabilidade da aparição de erros é diretamente proporcional ao tempo decorrido entre a ocorrência do fato e o juízo decisório sobre o mesmo.

Apresentam-se em grande número os fatores responsáveis pela lentidão nos processos brasileiros, como, em primeiro lugar, o fato de que uma eficiente administração da justiça nunca tomou lugar entre as prioridades dos Poderes Legislativo e Executivo. Não é difícil encontrar exemplos de projetos de lei, de reforma, que ficam esquecidos nos corredores do Congresso Nacional e, quando finalmente são resgatados, nascem desatualizados com a realidade social.¹⁶

Radical é a opinião de CRUZ E TUCCI¹⁷ que, diante do sistema dos recursos no processo civil, afirma que “apesar da regra da oralidade ter sido acolhida, com veemente rigor, pelo Código de Processo Civil, é certo que a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, salvo nas excepcionalíssimas hipóteses em que pode ser

¹⁶ Ocorreu atualmente com o Novo Código Civil (2002), que muitos doutrinadores afirmam ter “nascido natimorto”.

¹⁷ CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.102.

executada, na prática, não ostenta valor algum.” O autor, como sugestão ao impasse criado, não poupa palavras ao entender necessário prestigiar “a sentença do juízo monocrático, admitindo-se, *como regra*, a exeqüibilidade provisória daquela.”

Outro fator que pode ser trazido à tona é a precariedade das instalações do Poder Judiciário e sua falta de estrutura para atender à enorme demanda que é vista atualmente, o que leva a crer que tanto a qualidade quanto o acerto dos pronunciamentos judiciais tendem a diminuir. É de se atentar ao fato de que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 99, prevê a autonomia financeira do Poder Judiciário, o que implica em esforços exclusivos para compor uma rede apropriada para o atendimento aos jurisdicionados.

Independentemente dos motivos que fazem do judiciário alvo de severas críticas quanto à sua marcha, é de se concluir que se torna praticamente impossível apontar com elevado grau de precisão quais são os mais prejudicados¹⁸ e em que medida isso ocorre, a despeito da tardia tutela jurisdicional. Por outro lado, diante das desigualdades daqueles que litigam, CAPPELLETTI¹⁹ concluiu que a mora processual é “fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor do que a do rico: este, e não aquele, pode, via de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma injustiça lenta... Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada”.

O procedimento ordinário foi traçado como procedimento padrão de tutela de direitos no sistema processual brasileiro, por conta de uma construção doutrinária que se mostrou alheia às necessidades do direito material e à realidade das relações entre a sociedade²⁰. Fruto disso, revelou-se incapaz de tutelar prontamente o direito ao qual o

¹⁸ Importante não haver confusão entre o dano daqui decorrente, que é emergente do próprio processo, com aquele causado exclusivamente pela impossibilidade material do cumprimento da sentença, o qual poderia ser evitado pelo manejo de ação cautelar.

¹⁹ Citado em CRUZ E TUCCI, J. R. *loc. cit.*, p. 111.

²⁰ A propósito, sobre a relação entre o procedimento e realidade social, ROGÉRIA DOTTEI tece críticas aos processualistas que “não conseguem enxergar para além dos mitos do processo

autor tem razão, como também de distribuir racionalmente o tempo do litígio, fazendo com que o ônus do tempo do processo exclusivamente sobre ele recaiam. Criava-se uma situação de injustiça: dispensa-se o mesmo trato processual àqueles que traziam provas robustas de seu direito e aos que não. De fato, a ordinariedade, devido à sua ineficiência para muitos casos, deu ensejo ao surgimento de tutelas sumárias, objetivando o atendimento às muitas exigências sociais de um processo mais célere.

A filosofia liberal muito contribuiu para que a doutrina formulasse um procedimento lento e demorado, haja vista a idéia de neutralidade, que pressupunha a indiferença da lei perante o contexto social, o que refletiu na concepção do direito de defesa, garantindo ao réu a tutela cognitiva de seus direitos e privando o autor em outros sentidos. Tais idéias, todavia, não levaram em conta a simples realidade do processo civil: o autor, que detém a razão, pretende a modificação da realidade de fato e o réu, que não a tem, deseja a manutenção do estado das coisas²¹.

O tempo, nessa situação de luta, incide, no bem da verdade, de forma desigual para as partes. Trata-se de uma realidade inevitável, sobre a qual MARINONI²² concluiu que “o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e

ordinário, da segurança jurídica e da busca da certeza. Para eles pouco importa quantos meses (ou anos) sejam necessários até ser proferida a sentença final. O relevante é que tal decisão tenha o *peso* de coisa julgada, seja definitiva” (DORIA, R. D. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24).

²¹ Basta imaginar um litígio no qual o autor pretende retomar a posse de determinada coisa, necessitando provar sua propriedade e, enquanto aguarda a coisa julgada material, o réu mantém o bem sob sua esfera jurídico-patrimonial, beneficiando-se. Embora existam figuras criadas pelo direito civil, como p. ex. os lucros cessantes, será o autor a parte prejudicada durante todo o desencadeamento do processo.

²² A distribuição isonômica do tempo no processo é uma das opções fornecidas pelo autor para que se alcance a igualdade das partes, sugerindo que “O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito aos bem disputados. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória, como técnica de distribuição do ônus no processo” (MARINONI, L. G. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed., rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16 e 28).

exatamente aquilo que ele tem o direito de obter ou que jamais o processo poderá deixar de prejudicar o autor que tem razão. *É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão.*”

Considerando que o tempo influi em todos os atos, fatos da humanidade e que o bem de vida almejado pelo litigante interfere em sua felicidade, conseqüentemente a lentidão processual é propícia a causar a infelicidade, o aborrecimento, etc. do demandante. Não é possível, então, que a autoridade condutora do processo esteja alienada ao que se passa na vida dos postulantes e indiferente aos seus sentimentos.

Através de procedimentos diferenciados, nosso sistema processual permite uma melhor distribuição do tempo do processo, afim de que seja a tutela jurisdicional dotada de justiça. São procedimentos especiais, entendidos como aqueles que: impeçam a discussão de determinadas questões, ou seja, de cognição parcial (p. ex., os embargos à execução fundada em título judicial); os que restrinjam ou requeiram o uso de certas provas (p. ex., o mandado de segurança); e aqueles de cognição plena e exauriente, mas que prevejam a tutela antecipatória, técnica inserida no interior do procedimento comum, feita por meio do artigo 273 do Código de Processo Civil.²³

Não obstante a discussão sobre os malefícios causados ao autor pela demora do processo, cumpre ressaltar que a antecipação da tutela, como forma de aceleração processual, pode gerar danos ao réu. Não há como deixar de prejudicar os direitos do autor sem, no entanto, correr o risco de prejudicar o réu, pois o juiz não detém a verdade absoluta, muito menos poderes sensoriais. Mas isso jamais deve significar um alarma em nosso sistema, ao contrário, “pode ser aceita com naturalidade por aqueles

²³ A respeito da cognição processual, brilhantes são as lições de KAUO WATANABE, que ao fim de sua obra conclui: “a cognição é, antes de mais nada, um ângulo visual importantíssimo para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta (...) é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais” (WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 147).

que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo.”²⁴

Trata-se, portanto, da defesa de um direito à prestação jurisdicional sem dilações descabidas ou demoras indevidas, valorizando-se a posição do autor no processo, ínsita ao desejo do devido processo legal. Uma vez garantido constitucionalmente o acesso ao judiciário e constituído o direito de cada cidadão à celeridade do processo, somente se estará valorizando tais premissas no momento em que a proteção jurisdicional resultante for tempestiva. O artigo 273 do Código de Processo Civil, estabelecendo regras conducentes à tempestividade da tutela jurisdicional, é o mais importante exemplo da tentativa do legislador infraconstitucional em estruturar o processo ao atendimento dos valores até aqui estudados.

²⁴ MARINONI, L. G. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado...**, p. 22.

2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Para combater a demora da prestação judicial, trazida, dentre muitos fatores, pelo rápido aumento populacional e o não acompanhamento dos aparelhos judiciais, muito se utilizou da tutela cautelar como via alternativa para a solução de controvérsias que exigiam urgência. Da mesma forma, o poder geral de cautela - mecanismo excepcional de segurança -, conferido ao juiz pelo artigo 798 do Código de Processo Civil para garantir o resultado útil do processo nos casos em que não houvesse provimento cautelar específico, foi indiscriminadamente utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de atentar ao fato já exposto de que as tutelas urgentes são fundadas em cognição sumária, tal prática mediante a via cautelar acabava por trazer soluções satisfativas e, em muitos casos, irreversíveis, sem o respeito do devido processo legal. Necessitou-se, portanto, de uma regulamentação mais precisa do poder geral de cautela, em especial, em relação às antecipações dos efeitos da tutela jurisdicional.

Foi com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, regida pela Lei 8.950/94, que se estendeu à todas as situações sujeitas ao processo de cognição a figura da antecipação da tutela (antes excepcional, restrita a determinados procedimentos especiais, como o mandado de segurança, os embargos de terceiro e ações possessórias). Assim, com o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 273, permitiu-se fossem antecipados os efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento.

Resta ao presente estudo a verificação, sem adentrar em profundas discussões (pois se reservam ao tema principal, não cabendo aqui o esgotamento do assunto), das hipóteses em que haverá a possibilidade da utilização do novel instituto da antecipação da tutela.

2.1. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

O legislador estabeleceu como pressupostos genéricos, indispensáveis à quaisquer das espécies de antecipação da tutela, a existência de “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. O que se requer é uma prova inequívoca capaz de formar o convencimento do juiz a despeito da verossimilhança da alegação do autor, ou seja, o juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentaram.

Rigorosamente, prova alguma, em si mesma, será inequívoca ou absolutamente incontestável, suficiente para formar juízo de certeza, até porque a tutela antecipatória encontra-se no campo da probabilidade. Deverá a prova, para atingir o patamar de inequivocabilidade, ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, sobre si, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável. É a prova dotada de robustez, que embora posta no âmbito de cognição sumária, aproxime o campo da probabilidade do juízo de verdade.

A prova documental - a mais comumente utilizada - não é a única que irá se prestar para a concessão da tutela antecipada. Poderá o autor valer-se de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizada, assim como de laudos ou pareceres de especialistas (os quais, em especialíssimas situações de urgência, poderão substituir a prova pericial).²⁵

²⁵ Esta é a opinião de MARINONI, que inclusive diz ser possível ao autor “requerer sejam ouvidas, imediata e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), testemunhas ou o próprio réu, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440 do Código de Processo Civil” (MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212).

Por sua vez, CARREIRA ALVIM restringe as possibilidades de prova inequívoca. Em suas palavras: “não me animo a aceitar como tal aquelas antecipadamente realizadas, ao largo do contraditório. Também não vislumbro direito processual do autor, de exigir a audiência imediata e informal de testemunhas, ou do próprio réu, ou a inspeção judicial, fora do momento próprio em que tais provas devam ser produzidas.” Todavia, o respeitado autor se contradiz adiante em sua obra, ao aceitar constituir “excelente meio de convencimento da verossimilhança da alegação para fins de antecipação de tutela” a prova preconstituída constante de um instrumento público, pois este seria

Já a verossimilhança é mais do que o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar, é um *fumus* especialmente qualificado. Exige que os fatos, examinados com base nas provas colacionadas, possam ser tidos como certos, mas não será necessário atingir um nível de certeza indiscutível, pois se assim se compusessem os fatos, levaria ao julgamento antecipado da lide.

O juízo de verossimilhança deve repousar na forte convicção de que tanto as questões de fato, como as questões de direito, conduzem ao raciocínio de que o autor merecerá a prestação jurisdicional em seu favor. Recairia, portanto, em um juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 do Código de Processo Civil para os provimentos cautelares, todavia inferior à cognição plena e exauriente que pressupõe a tutela definitiva.

Destarte, face a tênue linha que separa a alegação de sua verossimilhança, é certo dizer que esta se trata de um conceito relativo, ao passo que as narrações de um autor podem se mostrar verossímeis para um juiz, podendo não as serem para outro magistrado.

2.2. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

A hipótese prevista pelo inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil reveste-se de finalidade preventiva, não se tratando de uma modalidade de tutela de urgência com caráter unicamente aceleratório. A par disso, a antecipação deve limitar-se ao conteúdo estritamente necessário para evitar a ocorrência do dano.²⁶

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, propício a ensejar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas que está na iminência de ocorrer, devendo o receio estar acompanhado

“elaborado com a observância das formalidades legais” (CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 62-63).

²⁶ BEDAQUE, J. R. dos S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 323.

de circunstâncias fáticas objetivas capazes de demonstrar que o direito aludido, se carente de tutela jurisdicional no exato momento em que se pleiteia, poderá vir a sofrer um dano de tamanha proporção, que seja irreparável ou muito difícil sua reparação. Além disso, não há que se falar em um risco hipotético ou eventual, mas concreto.

Em relação ao grau das conseqüências do risco ao direito do jurisdicionado, ensina o Ministro TEORI ZAVASCKI²⁷ que há a necessidade de um risco de dano “grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é eminente, não se justifica a antecipação da tutela.”

Quando os efeitos do dano são irreversíveis, dizemos haver a irreparabilidade e, para tanto, estão sujeitos tanto os direitos não patrimoniais como os direitos patrimoniais que exercem função extrapatrimonial. É da mesma forma irreparável o direito patrimonial cuja reparação em pecúnia é impossível de ser obtida. Caracterizam-se como de difícil reparação os danos cujo efetivo reparo seja inviável por conta da capacidade econômica do réu, assim como aqueles danos que não podem ser individualizados ou quantificados como necessária precisão.

O temor da ocorrência de dano, sob o ponto de vista de CARREIRA ALVIM²⁸, é um “sentimento de índole subjetiva”, o qual “deverá ser analisado, tratando-se de pessoa física, em função da idade, do sexo, da instrução e da condição social de quem o experimenta.” Louvável tal observação, pois demonstra a preocupação para a qual os juizes de direito devem estar sensíveis, evitando-se a aplicação “fria” da lei com vistas a assegurar ao autor a prestação mais adequada possível ao seu direito. Ainda para o autor, o mesmo ocorre com as pessoas jurídicas, pois o receio de dano poderá existir para uma microempresa (que não tem suporte financeiro para recolher determinado tributo tido por inconstitucional ou para discuti-

²⁷ ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

²⁸ CARREIRA ALVIM, J. E. *loc. cit.*, p. 96.

lo em juízo) e não existir para uma empresa de grande porte, que poderá caucionar os valores e levar a discussão da sua inconstitucionalidade a juízo.

Há casos excepcionais em que a tutela antecipada não surtirá efeitos se não concedida antes da ouvida do réu, temendo-se que, se ouvido, poderá ser comprometida a afetividade da tutela urgente. Um provimento dessa natureza poderá e deverá ser concedido sempre que o caso concreto exigir, fruto do princípio da inafastabilidade, que garante ao cidadão a adequada tutela jurisdicional e, portanto, a tutela de urgência.²⁹ O processualista REIS FRIEDE³⁰ repudia a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte*, ao argumento de que “tal procedimento resta incompatível com a própria natureza generalizante da previsão normativa ínsita no art. 273 do CPC e, ainda, com a própria sistemática do Código de Processo Civil”.

Por outro lado, existirão situações em que, negado em primeiro momento o provimento antecipatório, sobrevindo ocorrência que coloque em risco danoso o direito do autor, poderá ser deferida a tutela de urgência, dentro dos limites necessários para neutralizar o perigo de dano de difícil reparação ou irreparável.

2.3. ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTRELATÓRIO DO RÉU

De início, por conta de uma interpretação equivocada de muitos, cumpre informar que não é possível confundir abuso de direito de defesa com a conhecida litigância de má-fé, esta prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil. Alguns fatores retirados desse dispositivo podem auxiliar no reconhecimento do abuso de

²⁹ MARINONI é defensor da possibilidade dessa concessão, não vendo afronta ao princípio do contraditório: “Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos” (MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. p.186).

³⁰ FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil**. 6. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

direito de defesa, entretanto não cabe afirmar que as hipóteses do art. 17 possam abalizar a concessão da tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa. O mestre OVÍDIO BAPTISTA³¹ já alertava que a vontade do legislador, “nos casos do inc. II do art. 273 não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária.”

Opinião diversa é a do Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³², para quem a antecipação de tutela aqui tratada é dotada de “caráter ético, muito mais eficiente que as medidas punitivas referidas nos arts. 16 a 18 do CPC.”, acreditando que o “manifesto propósito protelatório do demandado pode inclusive configurar-se através de conduta temerária, mesmo processual, dele ou de seu advogado”.

Denota-se que a razão de ser da antecipação positivada pelo inciso II do artigo 273 do CPC não está vinculada necessariamente a um perigo concreto de dano, objetivando, sim, agilizar o resultado do processo por conta do comportamento assumido pelo réu, o qual apresenta defesa despida de seriedade, deixando muito provável a vitória do autor e, em decorrência, injusta a espera para a realização do direito.

É necessário salientar que para a antecipação da tutela requerida não basta que se evidencie apenas a fragilidade da defesa do réu, mas também a pronta demonstração do direito do autor. Significa dizer que sua admissibilidade está condicionada tanto à verossimilhança do direito afirmado pelo autor, quanto à inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta.

Como já apontada, a construção do nosso processo muito foi influenciada pelas idéias liberais, deixando como marca latente a preocupação exacerbada com o direito de defesa, permitindo que por longa data os ônus da demora do processo

³¹ SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1, 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

³² CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34-35.

recaíssem sempre sobre o autor. O abuso de direito de defesa agrava ainda mais tal situação, pois como muito bem exemplificou MARINONI³³, este artifício protelatório “é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante.”

Tome-se como exemplo o processo condenatório no qual o autor pretende a obtenção de um bem que repousa no patrimônio do réu. Quanto maior a demora para que o autor obtenha o bem perseguido, maior lhe será o dano imposto, à medida que maior será o benefício auferido pelo réu enquanto detiver o bem sob sua guarda.

Em relação ao momento da concessão da tutela de urgência do art. 273, II do CPC, conclui-se pela sensatez que somente poderá ser concedida após manifestação do réu, para que se possa averiguar o conteúdo de sua defesa. Entretanto, em opinião muito peculiar, CARREIRA ALVIM³⁴ acredita ser possível identificar o abuso de direito de defesa até mesmo antes da apresentação da defesa do réu:

Ao contrário do que se supõe, a regra legal não impõe ao juiz a espera da contestação para, só então, certificar-se se a defesa é ou não abusiva, para outorgar ou não a tutela antecipada. Nas denominadas ‘demandas múltiplas’ – como, *v.g.*, de revisão de benefício previdenciário (renda mensal inicial) -, os juízes conhecem, de antemão, a defesa (abusiva e protelatória) oposta pelo INSS, com o propósito de retardar a decisão da causa.

A expressão “manifesto propósito protelatório do réu” é, sob ponto de vista literal, criticável, pois sugere que da mera intenção de protelar é possível resultar a

³³ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela.** p. 191.

³⁴ Para verificar o abuso de direito de defesa antes mesmo da defesa do réu, CARREIRA ALVIM cita meios tais como “comunicações formais trocadas entre os contendores, como cartas, notificações”. É possível aqui dizer que novamente o autor entra em contradição com suas próprias palavras, pois como já oportunizada a demonstração, o jurista afirmou não aceitar como inequívocas as provas “antecipadamente realizadas, ao largo do contraditório”. Afinal, se para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa é necessária a demonstração da verossimilhança das alegações do autor, mediante prova inequívoca de seu direito, como se enquadrariam estes documentos antecipadamente produzidos? Inobstante isso, deve-se enaltecer a opinião do autor quando afirma que os abusos protelatórios atingem, além das partes, “o próprio Estado, na sua esfera de distribuir justiça, tornando morosa a prestação jurisdicional” (CARREIRA ALVIM, J. E. *op. cit.*, p. 100-102).

antecipação dos efeitos da sentença, além de comportar os “abusos de direito de defesa”. O que realmente justificaria a antecipação seria a efetiva prática de atos praticados pelo réu, ou omissões, retardadores do andamento do processo. Emerge o princípio da necessidade, que, para TEORI ZAVASCKI³⁵, importa que o “ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória.”

Por fim, é preciso voltar a afirmar que nosso sistema processual civil deve zelar por uma racional distribuição do tempo do processo, necessitando, para tanto, coibir as defesas abusivas. O direito de defesa deve ser exercido dentro dos limites de razoabilidade, isto é, que não retarde indevidamente a marcha processual.

2.4. A ANTECIPAÇÃO DE PEDIDO INCONTROVERSO

Em situações que haja a cumulação de pedidos, assim como a cumulação de ações com pedidos diversos³⁶, inexistindo impugnação ou existindo o próprio reconhecimento quanto a um ou alguns, é aberta a possibilidade que sejam antecipados os respectivos efeitos da tutela correspondente. Essa hipótese é vista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, visando permitir ao autor a fruição imediata da eficácia prática do direito altamente provável, já que este é fundado em fatos que restaram incontroversos.

Na hipótese em que o réu deixe de contestar os fatos que constituam um dos pedidos formulados pelo autor, o direito pretendido poderá ser realizado de imediato, desde que o juiz possa se convencer que esse direito decorre dos fatos noticiados, não restando lógica fazer com que o autor aguarde toda a instrução dilatória para o julgamento de todos os pedidos insertos na inicial. “Nesses casos é possível a tutela antecipatória, pois *o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito*

³⁵ ZAVASCKI, T. A. *op. cit.*, p. 78.

³⁶ CARREIRA ALVIM, J. E. *loc. cit.*, p. 128.

*quando este ainda depende de demonstração em juízo. Ou melhor: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.*³⁷

Não se trata de uma tutela fundada em probabilidade ou verossimilhança, sequer de uma tutela fundada em cognição sumária (entendida como contraposta à cognição exauriente). Por assim ser, não apresenta riscos ao liberal direito de defesa ou ao princípio do contraditório. Faltaria lógica possibilitar a antecipação de tutela fundada em probabilidade e inadmiti-la quando o direito do autor não é mais controvertido.

A tutela antecipatória em relação a um dos pedidos apresentados pelo autor, que já esteja em condições de ser apreciado (tanto por ordem da matéria de direito, quanto porque independente de instrução probatória), estará, na verdade, antecipando o momento do julgamento do pedido. É com base na falta de ousadia do legislador que JOSÉ ROBERTO BEDAQUE³⁸ analisa, com muita excelência, a realidade desta inovação no Código de Processo Civil:

A solução do legislador é ainda muito tímida. Como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). Nenhum óbice existe, portanto, ao julgamento antecipado parcial, o que dotaria a decisão de definitividade, apta ao trânsito em julgado. O processo continuaria seu curso, apenas para exame e julgamento da parte controvertida.

Ao direito de tempestividade da tutela jurisdicional que cabe ao autor que tem razão, configura evidente dano (o qual se agrava com o decorrer do processo) aguardar o julgamento dos pedidos controvertidos, quando um ou mais pedidos já se demonstram não impugnados ou reconhecidos. Um procedimento que não admite a cisão do momento do julgamento é incapaz de fornecer tutela adequada ao direito incontroverso. O paradoxo existente entre a autorização de se cumular pedidos e negar

³⁷ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. p. 200.

³⁸ BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.*, p. 332.

a fragmentação do julgamento é indagado por MARINONI³⁹, ao dizer “*absolutamente contraditória a postura de admitir a cumulação de pedidos, com base no princípio da economia processual, e não permitir o imediato julgamento do pedido que estiver maduro para julgamento antes dos demais, esquecendo-se do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).*”

2.5. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

A redação apresentada pelo art. 273, § 2º do Código de Processo Civil determina que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

Na realidade, irreversível não é uma qualidade do provimento judicial – a superveniência da sentença final, eventual reconsideração por parte do juiz, o julgamento de um agravo, etc., podem reverter o provimento –, mas das conseqüências fáticas resultantes; em outros termos, dos efeitos produzidos no mundo dos fatos e das relações entre as pessoas, que correrão o risco de não mais retornarem ao *status quo ante*, total ou parcialmente, ainda que sob elevadíssimo custo para o beneficiado (o qual, no mais das vezes, não reúne condições para suportar)⁴⁰.

Pretendeu o legislador uma exclusão um tanto quanto genérica do provimento urgente, inadmissível por conta de sua inaplicabilidade frente às situações que envolvem conflitos de valores antagônicos ou a recíproca irreversibilidade. Não é possível traçar regras abstratas para eliminar confrontos que necessitam da sensibilidade do juiz para buscar o melhor resultado ao caso concreto. A doutrina, quase de modo unânime, elege o princípio da proporcionalidade como fonte a nortear

³⁹ MARINONI, L. G. *loc. cit.*, p. 200.

⁴⁰ Nesse sentido, convém atentar que “Não se pode confundir *irreversibilidade* com *satisfatividade*. Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter conseqüência reversível ou irreversível no plano dos fatos” (ZAVASCKI, T. A. *op. cit.*, p. 97).

as decisões que necessitem de urgência mas que sejam dotadas de risco de irreversibilidade, para uma ou ambas as partes.

A prática forense demonstra que são comuns as circunstâncias em que a demanda impõe ao juiz que opte entre a concessão da tutela antecipada e seu indeferimento, sendo que, independente da decisão a ser tomada, poderá ser gerada a irreversibilidade dos efeitos práticos, em consequência, prejuízos irreversíveis. Nesses casos, “Se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil”.⁴¹

Mas como proceder quando o grau de verossimilhança dos direitos conflitantes seja o mesmo ou apresentem leviana diferença? Sob a luz do princípio da proporcionalidade⁴², caberá ao juiz, com ilibada prudência e parcimônia, ponderar entre os bens e valores envolvidos, decidindo em favor daquele prevalecente sob a égide do direito, ou seja, dispor do interesse considerado menos relevante.

Como última análise, é oportuno dizer que é preferível apenas flexibilizar-se a norma insculpida no § 2º do art. 273 do CPC nos casos que envolvam perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I). Ademais, na ausência de risco de dano, como na hipótese de abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu, é dispensada a conveniência de anteciparem-se efeitos irreversíveis, pois não haveria necessidade tamanha que autorizasse comprometer definitivamente a esfera jurídica do

⁴¹ SILVA, O. A. B. da. *op. cit.*, p. 145.

⁴² MARINONI faz excelente relato a respeito do princípio da proporcionalidade, o qual não se pode negar incidência em nosso sistema legal pelo simples fato de não estar expressamente previsto na Constituição Federal, como também não é justo argumentar sobre a conveniência de se dar um poder tão amplo ao juiz por conta do referido princípio: “Ninguém está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação da tutela jurisdicional adequada é inerente à função de juiz. O que acontece, na realidade, é que alguns querem um juiz que não é ‘juiz’, *mas sim um simples burocrata*. (...) *É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo*” (MARINONI, L. G. *loc. cit.*, p. 229-235).

demandado.⁴³

2.6. FUNGIBILIDADE DAS LIMINARES

Importante inovação é constatada com a inclusão do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, trazida pela Lei n.º 10.444/2002, que reforça a idéia de identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência, conservativa ou antecipatória, aproximando-as para que possam, cuidadosamente, receber o mesmo tratamento jurídico.

Converge a doutrina ao afirmar que o legislador atendeu ao princípio da economia processual com a adoção da fungibilidade entre a tutela antecipatória (requerida expressamente) e a tutela cautelar (objetivada tacitamente), evitando a necessidade da propositura de nova demanda pelo requerente – em processo incidente ao principal – para obtenção de medida acautelatória.

Diz a Lei que “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado.” A divergência, porém, repousa sobre a possibilidade da fungibilidade operar em direção contrária, consistente em conceder a tutela antecipada em lugar da cautelar.

REIS FRIEDE⁴⁴ se demonstra contrário à dupla fungibilidade entre as tutelas de urgência, pois inadmissível seria seu “sentido inverso (*tutela cautelar* vindicada transformada em *tutela antecipatória*), em face do *princípio da iniciativa* (arts. 2º, 128 e 273, todos do CPC)”. Entrementes, adiante o autor traz como fundamento da fungibilidade perquirida pelo legislador o próprio poder geral de cautela conferido aos juízes, como também o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto pela Constituição Federal. Tais fundamentos nos dão idéia contrária a do autor.

⁴³ BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.*, p. 351.

⁴⁴ FRIEDE, R. *op. cit.*, p. 17.

Defendeu-se desde o início, no presente estudo, o amplo significado do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), enaltecendo-o não somente pela mera possibilidade do ofendido valer-se do aparato judiciário, mas também de obter o adequado provimento jurisdicional capaz de assegurar-lhe o bem de vida almejado. Procurou-se evidenciar que esta disposição constitucional visa preservar também o devido processo legal, tanto em sua órbita processual quanto material.

Com igual perseverança, buscou-se a consciência de que o processo não existe apenas para si, que o direito material não está para servi-lo, mas ao contrário, o processo é um instrumento à disposição dos jurisdicionados.

Sendo assim, iria contra ao que foi defendido a exclusão de situações excepcionais nas quais o magistrado verifique a veemente necessidade da antecipação da tutela (existindo iminente risco de perecimento do direito ao qual se pleiteia a tutela cautelar e provas suficientes de verossimilhança). Havendo casos extremos que justificassem tal medida, por mais que “ausente” o pedido da parte por uma tutela antecipatória, o meio mais sensato para preservar o direito do autor seria a atuação *ex officio*⁴⁵ do juiz, utilizando-se de seu poder geral de cautela.

Por outro lado, para que o judiciário não vire alvo de advogados “espertos”, ou até mesmo mal preparados, precisa-se evitar que o sistema jurídico das liminares se torne um “pede qualquer coisa aí que o juiz é obrigado a dar”, fazendo do § 7º o salvador da mediocridade. Para isso, ainda essencial é a condição vista por MARINONI⁴⁶ para atuação da fungibilidade no segundo sentido: “*quando for razoável*

⁴⁵ É verdade que a redação pertinente à antecipação da tutela exige o requerimento da parte para sua concessão. Não querendo adentrar em nova discussão, agora a respeito da concessão *ex officio* da tutela antecipada, acreditamos que afastar de forma taxativa a possibilidade da iniciativa judicial, nos casos em que pode ser aplicada a fungibilidade das liminares, pode levar a soluções injustas. A dupla fungibilidade não irá significar que o juiz possa exceder os limites da própria demanda. Deverá haver, é claro, correlação entre o pronunciamento antecipatório, a possível decisão final e a pretensão deduzida pelo autor a título de tutela cautelar.

⁴⁶ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. p. 154-155.

e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente.”

Superada a discussão acerca da dupla fungibilidade das cautelares, parece de ótima oportunidade expor a conclusão de JOSÉ ROBERTO BEDAQUE⁴⁷, que espera como conseqüência do § 7º do art. 273 do CPC a redução dos processos cautelares autônomos, tema que inclusive preenche a pauta sobre uma possível reforma do Livro III do Código de Processo Civil:

Se agora é possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, não seria admissível a adoção dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental? Não estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas? Parece que sim, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento.

Com toda certeza, se recepcionados esses novos rumos por nosso Código de Processo Civil, estar-se-ia privilegiando a instrumentalidade do processo.

2.7. DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Antecipar significa adiantar algo, fazer anteriormente a um período de tempo previsto. Antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor é antecipar as eficácias potencialmente contidas em uma futura sentença de mérito que viesse acolher tal pretensão, seja para modificar uma situação real ou simplesmente impedir mudanças no plano da realidade fática.

O legislador, quando da normativização do instituto em comento, não deixou estabelecida expressamente a exata forma de sua realização, limitando-se a apontar dispositivos referentes à execução provisória. Ficará a cargo do próprio juiz escolher qual a melhor forma de efetiva-la, observando sempre o conteúdo da própria antecipação.

Hoje, a decisão que concede a antecipação da tutela pode levar à integral realização do direito, pois, vistas as mudanças dos artigos 273 e 588 do Código de

⁴⁷ BEDAQUE, J. R. dos S. *op. cit.*, p. 382.

Processo Civil, possibilita-se uma execução completa, mesmo que fundada em cognição não definitiva. Para demonstrar a veracidade da afirmação, é imprescindível ao menos um brevíssimo estudo da execução provisória para esclarecer a distinção entre uma execução fundada em cognição não definitiva e execução incompleta.

Na conhecida execução provisória, os atos executivos avançavam até um limite, momento no qual a execução era suspensa, obstando a satisfação integral do direito do exequente. Lembre-se da execução por quantia certa, na qual não se possibilitava chegar até a arrematação, estagnado-se no ato da penhora (não se pode dizer se se tratava de uma medida acautelatória para o credor ou para o executado).

Ora, não são os atos executivos que podem ser considerados provisórios, mesmo que fundados em sentença passível de correção mediante recurso. Atualmente, com a possibilidade de se prosseguir com a execução após a penhora, nos moldes da nova redação do art. 588 do CPC e seus parágrafos, são produzidos os mesmos efeitos que resultariam de uma execução definitiva. Provisório, portanto, é o título fundado em cognição não definitiva, no qual se baseia a execução provisória (esta não é definitiva, por não existir, ainda, coisa julgada material) e, em tese, deste título podem resultar tanto a execução completa como a execução incompleta.

Já foi dito que a tutela antecipada tem condições de satisfazer o direito do autor, mesmo que sua execução seja fundada em cognição sumária. “Ninguém irá dizer que a imediata imissão do comprador na posse, mediante tutela antecipatória, em uma ação de imissão na posse, configura uma ‘execução incompleta’, embora seja ‘execução’ fundada em cognição sumária e, portanto, na perspectiva da doutrina antiga, ‘execução provisória.’”⁴⁸

É matéria controvertida a natureza do provimento antecipatório, se constitui ou não título executivo; o que não se discute, porém, é a desnecessidade de o autor, após obtido o provimento antecipatório (dotado de executividade intrínseca), ajuizar ação de execução para fazer valer seu conteúdo, coativamente, contra o réu.

⁴⁸ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. p. 237.

Saliente-se que a antecipação deve se limitar à finalidade de sua concessão – que, na maioria das vezes, é prevenir a ocorrência de dano ao direito do autor – e os mecanismos, para tanto, necessitam produzir o resultado prático almejado. Frente à omissão existente no direito brasileiro, o processo de execução pode constituir um parâmetro para a efetivação da tutela antecipada, quando seu conteúdo determinar o pagamento de importância.

A adoção de outras técnicas para a efetivação da tutela antecipatória é muito bem-vinda, principalmente quando verificada a insuficiência ou ineficiência da execução por expropriação. De acordo com o novo § 3º do art. 273 do CPC “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforma a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”

Assim, nos casos em que se objetiva, por intermédio da tutela antecipada, obter um fazer ou não-fazer, é permitido ao juiz ordenar o cumprimento sob pena de multa ou determinar uma medida executiva (§ 5º do art. 461). Quando se tratar de hipótese em que se almeje a entrega de coisa, será lícito ao magistrado determinar a expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, dependendo do caso, culminando, ainda, pagamento de multa.

3. AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Quando ainda vista a Fazenda Pública atuando administrativamente, uma de suas prerrogativas - voltada a tornar sua atividade mais ágil e efetiva, visando a realização do interesse público - é a auto-executoriedade de seus atos, não havendo a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Ocorre que, na prática, não será em todas as situações que o interesse público se realizará por atos administrativos auto-executórios, casos nos quais a Administração Pública estará obrigada a socorrer-se do Judiciário: é a Fazenda Pública em juízo demandando como autora.⁴⁹

Por outro lado, o problema que deverá ser enfrentado daqui a diante na presente exposição posiciona a Fazenda Pública como demandada judicialmente, mais precisamente, nas lides em que o litigante autor necessite ou haja certos requisitos processuais para que o Poder Judiciário tutele de forma urgente seu direito de receber determinada quantia, antecipando, total ou parcialmente, os efeitos de uma provável sentença de procedência de seus pedidos.

O Poder Público recebe tratamento especial e diferenciado daquele disposto aos particulares quando litigam, tratamento que se traduz em determinadas prerrogativas, as quais causam certo desnivelamento entre as partes do processo. Nesse sentido, FLÁVIO LUIZ YARSHELL⁵⁰ observou que “seu regime jurídico diferenciado, tanto no plano constitucional como nos desdobramentos do plano

⁴⁹ Um simples exemplo - não de menor importância - são os casos das execuções fiscais em face dos particulares. A Administração Pública não detém o poder de invadir o patrimônio do particular para receber seu crédito tributário, mesmo através de seus atos-executórios. Para alimentar a máquina arrecadatória do Estado, essencial será a provocação do Judiciário.

No proveito deste exemplo, já é possível destacar uma prerrogativa processual da Fazenda Pública demandando como autora: qualquer intimação dos representantes judiciais da Fazenda Pública, nas execuções fiscais, deverá ser feita pessoalmente (art. 25 da Lei de Execuções Fiscais - 6.830/80).

⁵⁰ YARSHELL, F. L. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública. In: SUNDFELD, C. A.; BUENO, C. S. (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 213.

infraconstitucional, repercute sobre o Direito Processual”.

Gravita em torno das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública a discussão – fundamentalmente constitucional – se estas não ofenderiam o princípio da isonomia, previsto pelo art. 5º da Constituição Federal, *caput*, princípio norteador da interpretação de todos os direitos e garantias fundamentais expressos pelo referido artigo, pressupondo que todos são iguais perante a lei.

Com segurança, é correto afirmar nos dias de hoje, superadas interpretações passadas, que o princípio que reza a igualdade entre todos deve ser assimilado no intuito de buscar a igualdade real e não formal; nos termos da conhecida expressão, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.⁵¹ É o que acontece com a lei, que disporá de forma diversa enquanto houver diferença, buscando equilibrar a relação processual.⁵²

Caso o princípio da isonomia fosse levado “ao pé da letra”, utilizando-se da interpretação formalista na qual todos seriam obrigatoriamente iguais perante a lei, olvidando-se em reconhecer a imensa desigualdade social de nosso país, estar-se-ia presenteando os detentores do poderio econômico com o processo como um instrumento legitimador de seus interesses.

Cabe agora, de maneira breve e exemplificativa, destacar as principais prerrogativas conferidas à Fazenda Pública no *iter* processual.⁵³

⁵¹ Para J. E. S. Frias, “assim como os desiguais devem ser tratados igualmente, pelo mesmo princípio da isonomia, os desiguais não podem ser tratados do mesmo modo. Assim, se a Fazenda Pública esteja em situação peculiar com relação ao particular, o tratamento diferenciado atenderá àquele princípio” (FRIAS, J. E. S. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**. v. 728, ano 85, jun., 1996, p. 71).

⁵² “Não é que a lei não possa comportar distinções. O papel da lei na verdade não é outro senão o de implantar diferenciações. O que não se quer é que, uma vez fixado o critério de discriminação (p. ex.: ser portador de título universitário para exercer determinada profissão), um outro elemento venha interferir na abrangência desta mesma discriminação.” (BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 182-183).

⁵³ “... embora não lembrada em geral como prerrogativa da Fazenda em juízo – porque, em verdade, relaciona-se ao direito material, embora com conseqüências processuais – diz respeito aos juros de mora. Se um particular propõe uma ação, os juros correm a partir da citação. (...) Quando esse

3.1. PRAZOS DILATADOS PARA CONTESTAR E RECORRER

Preceituam os artigos 188 e 277, parte final, ambos do Código de Processo Civil, que a Fazenda Pública terá prazos ampliados: em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar. Em especial, as autarquias e as fundações públicas, tiveram previsão expressa desta prerrogativa com a Lei 9.469/97, em seu artigo 10.

A maior razão utilizada para justificar esta regra é aquela segundo a qual a Fazenda Pública, quando intimada a comparecer em juízo para contestar ou recorrer de uma decisão, estará, na verdade, protegendo o erário (verdadeiramente um interesse coletivo). Todavia, algumas conseqüências práticas tornam praticamente inviável o exercício de defesa pelos advogados públicos, pois estes, ao contrário dos particulares, não podem recusar causas (com brevíssimas exceções) e, dessa forma, acabam atendendo e acompanhando centenas, senão milhares de ações. Até mesmo o simples ato de obter informações para atuar na causa se torna um grande tormento para os defensores da Fazenda, haja vista a complexidade da máquina da Administração Pública.⁵⁴

3.2. DESNECESSIDADE DO ADIANTAMENTO DE DESPESAS PROCESSUAIS

Trata-se da não exigência de que a Fazenda Pública adiante despesas

tema é transportado para o campo do direito tributário especificamente, o Código Tributário Nacional reserva-lhe uma disciplina completamente diferente. (...) disciplina que os juros, no caso de repetição de indébito, são contados a partir do trânsito em julgado. (...) Juros a partir da citação como regra para todos; para o Fisco (propriamente dito), todavia, o termo inicial é o trânsito em julgado, nos casos de repetição de indébito. Na prática, estamos tratando de uma diferença de dez ou quinze anos, em média, no cômputo dos juros devidos” (COSTA, R. H. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, C. A.; BUENO, C. S. (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83).

⁵⁴ MORAES, J. R. de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, C. A.; BUENO, C. S. (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70-71. Na opinião do autor, “dar prazo maior para um procurador da Fazenda Pública significa cumprir o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado.” *Id.*

processuais, que serão pagas ao final do processo pela parte vencida. Portanto, não está correto dizer que a mesma é dispensada das custas ou que há para si uma isenção de custas, uma vez que apenas serão adiadas para o fim da demanda.

Não haveria sentido a União Federal adiantar custas na Justiça Federal, se esta é mantida pelo orçamento daquela, assim como o a Fazenda Estadual proceder de igual forma na Justiça Estadual. Restou ao legislador isentar a Fazenda Municipal, por um tratamento isonômico entre as Fazendas. Em suma, não seria razoável impor o ônus do recolhimento de custas a si mesma.

Situações especiais que já mereceram apreciação por parte do Superior Tribunal de Justiça são as dos oficiais de justiça estaduais, que não são obrigados a trabalhar de graça, mesmo que as diligências sejam solicitadas pela Fazenda Pública, e dos peritos, que não tem a obrigação de realizar perícias sem cobrar honorários.⁵⁵

3.3. DISPENSA DE PREPARO PARA RECORRER

É requisito para o conhecimento dos recursos que apresentam a necessidade do preparo que o mesmo seja efetuado, sob pena do não conhecimento do recurso por deserção. Há situações nas quais o preparo não é exigido, tais como o recurso não prever qualquer tipo de preparo, ou a parte interessada em recorrer seja beneficiada pela assistência judiciária gratuita, sendo dispensada do recolhimento.

A Fazenda Pública, por disposição do art. 511, §1º do Código de Processo Civil é isenta de recolher o preparo, seja como parte recorrente ou como terceiro prejudicado.

⁵⁵ Súmula 190 do STJ: Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça.

Súmula 232 do STJ: A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

3.4. JUÍZO PRIVATIVO

Quando litigam judicialmente, as pessoas componentes do conceito de Fazenda Pública têm ao seu dispor, nas cidades em que existam, varas especializadas para atendê-las (Varas Federais e Varas da Fazenda Pública). Isto não se confunde, no campo das normas de competência territoriais previstas pelo CPC, com fixação de foro privilegiado⁵⁶ e, via de conseqüência, nas cidades onde não houver juízo privativo, as ações deverão ser ajuizadas na justiça comum.

3.5. DISPENSA DO DEPÓSITO PRÉVIO PARA AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA

Para ingressar com ação rescisória, a Fazenda Pública não está obrigada a fazer o depósito prévio de 5% sobre o valor da causa⁵⁷, situação tratada pelo art. 488 do Código de Processo Civil. Também é dispensada, em caso de improcedência de seu pedido, da multa em favor da parte ré em mesmo percentual (art. 24-A da Lei 9.028/95).

3.6. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE FORMA EQÜITATIVA

É regra expressa pelo Código de Processo Civil em seu art. 20, § 4º, que nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados “consoante apreciação eqüitativa do juiz”. Nitidamente tal prerrogativa tem o intuito de privar o(s) procurador(es) da parte vencedora das verbas honorárias que lhe(s) seriam devidas pela vitória judicial, caso a parte contrária não fosse o Poder Público. Nem se alegue

⁵⁶ Súmula 232 do STJ: A existência de vara privativa instituída por lei estadual não altera a competência territorial resultante das leis de processo.

⁵⁷ “Esse depósito, que se transforma em multa compensatória, tem um único objetivo, explicitado claramente pelo estatuto processual: dificultar o acesso à ação rescisória porque a ação rescisória é uma medida excepcional no nosso sistema, que só pode ser utilizada em hipóteses muito específicas” (MORAES, J. R. de. *op. cit.*, p. 74).

que se trata de medida protetora ao erário ou qualquer outro interesse comum, como também não é válido o argumento de que as demandas que a Fazenda Pública faz parte envolvem vultosas quantias. Vencida a Fazenda Pública, esta deveria ser tratada da mesma forma como são tratados os demais litigantes em relação aos honorários advocatícios.

3.7. DESNECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO PARA FINS DE ARRESTO

Segundo os artigos 815 e 816, I do CPC, o arresto, que constitui medida cautelar manejada para assegurar a viabilidade de futura execução por quantia, poderá ter sua concessão liminar somente após a realização de audiência de justificação prévia, momento no qual a parte requerente irá demonstrar a presença dos requisitos que ensejem tal medida. Entretanto, para a Fazenda Pública, dispensa-se esta justificação prévia, sendo-lhe suficiente alegar a necessidade do provimento, gozando sua palavra de presunção de veracidade.

3.8. ASSISTÊNCIA BASEADA SIMPLEMENTE EM INTERESSE ECONÔMICO

Para que qualquer integrante da Fazenda Pública possa habilitar-se em uma demanda judicial, na qualidade de assistente, basta que apresente interesse econômico na lide (art 5º, § único da Lei 9.469/97), ao contrário da regra geral do sistema processual, para a qual a admissão do assistente no processo deverá atender ao requisito do “interesse jurídico”.

3.9. IMPOSSIBILIDADE DE A FAZENDA PÚBLICA SER PARTE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A antiga e revogada Lei 7.244/84 já previa a vedação à presença da Fazenda Pública nos Juizados Especiais. Desde esses tempos, se pensava na incompatibilidade

de se ver as pessoas que compõem o conceito de Fazenda Pública litigando num local onde se prezasse pela concentração dos atos e celeridade, algo inconciliável com seus prazos dilatados e demais prerrogativas.⁵⁸

Fruto da bem sucedida experiência com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, criaram-se os Juizados Especiais Federais com a Lei 10.259/2001, nos quais dá-se à Fazenda Pública Federal tratamento comum. O mais importante foi a dispensa de certas prerrogativas do Poder Público para o bom funcionamento juizado, tais como dos prazos dilatados, da exigência de precatórios nas condenações por quantia certa e do reexame necessário. Não seria o caso de se adotar a mesma postura para a admissão das Fazendas Estaduais e Municipais nos Juizados Especiais Cíveis?

3.10. AS PRERROGATIVAS ERIGIDAS COMO ÓBICES À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

De todas as prerrogativas processuais de que o Poder Público goza vistas até o momento, nenhuma está relacionada, direta ou indiretamente, com a questão da aplicabilidade da antecipação da tutela para pagamento de quantia certa quando o mesmo é demandado. Isto porque elas não têm o condão de interferir no momento ou meio pelo qual o provimento antecipatório será efetivado.

Já as três clássicas prerrogativas, quais sejam o reexame necessário, o regime de precatórios e as vedações legais às medidas liminares, ganham um contexto diferenciado, porquanto nelas residem os impedimentos para que o particular possa obter, antecipadamente, aquilo que provou inequivocamente possuir direito, mediante a verossimilhança de suas alegações e o perigo de dano da sua não concessão imediata.

Serão elas alvo de exame aprofundado, quando no próximo capítulo, passarão a ser enfrentadas à luz do conhecimento dos estudiosos, de forma a

⁵⁸ Sobre essa impossibilidade e tecendo elogios ao desenvolvimento dos Juizados Especiais: DINAMARCO, C. R. **Manual dos Juizados Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81-82.

desobstruir a justa e tempestiva tutela jurisdicional.

3.11. O PARTICULAR FRENTE AOS ATOS DO PODER PÚBLICO

Sem querer adentrar no histórico de desenvolvimento do Estado ou de todas suas concepções, é importante dizer que, desde que deixou de adotar o sistema liberal (burocratizando-se, criando uma estrutura desenvolta e complexa, assumindo a função de zelar pelos interesses públicos em detrimento dos particulares - o que lhe conferiu uma posição de supremacia), o Estado também disponibilizou aos particulares mecanismos de proteção contra ingerências indevidas do próprio Poder Público, estabelecendo garantias individuais e limitando sua ação.

A situação de desigualdade entre o Estado e o particular é muito bem expressada pelas prerrogativas concernentes ao exercício da Fazenda Pública em juízo – já demonstradas – e pelas prerrogativas administrativas que possui, como é o caso da auto-executoriedade dos atos administrativos. Natural, então, que existam ao seu lado restrições, representadas pelas garantias individuais conferidas aos indivíduos, com a principal característica de evitar abusos por parte do Poder Público.

Um instrumento posto ao alcance dos cidadãos para fazer frente às atuações desmedidas do Poder Público é o mandado de segurança, amplamente conhecido pela população (ficando atrás apenas do *habeas corpus*). Todavia, o âmbito de aplicação do mandado de segurança é severamente restrito, exigindo que a violação praticada por autoridade pública ou terceiro investido de poder, com flagrante “ilegalidade ou abuso de poder”, atinja “direito líquido e certo” do particular.

Devido à essa característica de incidência em específicas hipóteses, o mandado de segurança acaba por se tornar inviável como meio de tutelar certos direitos dos jurisdicionados que não sejam líquidos e certos, mas que estejam acompanhados de alegações verossímeis e prova inequívoca. Neste aspecto,

compartilhamos da idéia do prof. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁵⁹, que aponta a antecipação da tutela como um instituto restritivo de abusos do Estado contra os particulares, tendo em vista as características excepcionais do mandado de segurança, proporcionando ao titular o direito eficiente instrumento de defesa:

... não se pode deixar de admitir a aplicação, naquelas ações movidas contra o Poder Público, da antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 do CPC. Trata-se, com efeito, de importante (aliás, fundamental) mecanismo de efetividade do processo contra as ingerências indevidas do Poder Público naqueles casos em que o particular apresenta-se não como titular de um direito líquido e certo da iminência de lesão a afirmação de seu direito, mas titular de ‘prova inequívoca da verossimilhança desta alegação’, critério igualmente *valorado e prestigiado* pelo legislador atual para *legitimar* a antecipação da tutela, mesmo em lides envolvendo relações de direito público.

Resta agora analisar o cabimento - o que se afirma desde já ser possível - e os óbices opostos à concessão da antecipação da tutela para pagamento de quantia certa, aos jurisdicionados que litigam contra a Fazenda Pública.

⁵⁹ BUENO, C. S. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54.

4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E A REMOÇÃO DOS ÓBICES PARA SUA PLENA ACEITAÇÃO E EFETIVIDADE

Assim que disciplinada a antecipação da tutela por meio do artigo 273 do Código de Processo Civil, viu-se uma recepção entusiasmada por parte dos advogados que patrocinavam clientes que confrontavam interesses com o Poder Público. Havia, por meio de normas infraconstitucionais, algumas restrições quanto às cautelares intentadas contra a Fazenda Pública, mais precisamente em relação à possível satisfatividade das mesmas.⁶⁰

As mais comuns antecipações requeridas vistas desde a implantação do instituto da antecipação da tutela em nosso sistema processual, tendo a Fazenda Pública como parte demandada, resumem-se na efetivação de direitos de servidores públicos (reintegração em cargo, recebimento de vantagens, diferenças de planos econômicos); no fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos médicos não dominados pela medicina brasileira; na participação em concurso público ou em fases do procedimento licitatório; nas matérias tributárias de repetição de indébito, compensações ou suspensão de exigibilidade de crédito tributário; e exclusão de descontos de contribuição previdenciária dos proventos do servidor.

No outro lado da relação, os defensores da Fazenda Pública trataram de levantar argumentos impeditivos das providências antecipadas, supondo como principais óbices para tanto a necessidade de remessa obrigatória (art. 475 CPC), a previsão constitucional do precatório e “sentença judiciária” (art. 100 da CF), assim como o elevado risco de irreversibilidade dos efeitos dos provimentos antecipatórios concedidos contra o Poder Público. Não é exagero dizer que, até certo ponto, tais

⁶⁰ Como simples exemplo, é possível citar a Lei 8.076/90, a qual impedia que juízes concedessem liminares, em cautelares e em mandados de segurança, de desbloqueio de cruzados em favor dos demandantes, assim como limitando a discussão sobre as reformas econômicas implantadas pelo “Plano Collor”.

argumentos tiveram razoável aceitação nos tribunais brasileiros.

Somem-se, ainda, as várias Medidas Provisórias, a maioria convertida em lei, editadas com único intuito de proteger a Administração Pública, restringindo o alcance das antecipações de tutela contra si, ao prever hipóteses específicas de seu não cabimento. Exemplo típico é a MP 1.570/97, posteriormente convertida em lei (Lei 9.494/97), crivada de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADC n.º 4-6 do Distrito Federal.

Pois bem. Os obstáculos erigidos contra a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública são transponíveis. Não haveria justiça em permitir que desse instituto o Poder Público se beneficiasse, mas contra si não se o permitisse. Basta, então, remover os entraves e encontrar a forma mais palpável para a efetivação dos efeitos da tutela antecipatória contra essas pessoas de direito público.

4.1. SOBRE A REMESSA OBRIGATÓRIA

Não convém discutir se a previsão expressa pelo art. 475 do Código de Processo Civil se trata de recurso ou não. Desde logo, é de se afirmar o posicionamento de que configura uma condição de eficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública⁶¹, prevista por nossos legisladores; apenas isso. Na remessa obrigatória não estão presentes as características ínsitas aos recursos, como a voluntariedade, tempestividade⁶², legitimidade, interesse, entre outros. Convém, sim,

⁶¹ “A remessa necessária não visa rever uma decisão contrária à Fazenda Pública. (...) Ela é sim uma condição de eficácia, em que ali a instância *ad quem* tem o poder de rever a consentaneidade com o direito. Não é só o fato de uma decisão haver sido contrária à Fazenda Pública que se caracteriza afronta ao interesse público. As duas conclusões podem ou não se confundir. Quem duvida do acerto de uma decisão que condene o estado a assegurar a educação ou saúde (...) à alguém?” (ALVES, F. G. P. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 110, abr.-jun., 2003, p. 56).

⁶² Súmula 423 do STF: Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.

demonstrar se esta disposição deveria ter mesmo permanecido em nosso ordenamento após a recente reforma processual e por que não configura entrave à antecipação da tutela.

Acreditamos que o fundamento da existência do duplo grau obrigatório está na vontade do legislador em preservar os interesses defendidos pela Fazenda Pública, atribuindo maior grau de certeza jurídica às decisões, pois sabe-se que tais interesses são o da coletividade, dotados de alta relevância. É por base nesta esfera de raciocínio que a maior parcela da doutrina entende não ser inconstitucional a previsão da remessa necessária, pois ainda estaria atendendo aos vetores propostos pelo princípio constitucional da isonomia.⁶³⁻⁶⁴

Mas isso não significa nossa concordância com o duplo grau obrigatório, por se tratar de uma imposição autoritária remanescente da época da ditadura em nosso Estado que, inegavelmente, faz amarrotar nossos tribunais já desarticulados pelo expressivo número de recursos e ações originárias em trâmite, aguardando longos anos por julgamento. Pertinente a crítica de DINAMARCO⁶⁵ em relação à continuidade desta previsão em nosso sistema processual:

⁶³ Observando a jurisprudência pátria, Nelson Nery Jr., que afirma a constitucionalidade do dispositivo, ressalva que “Da forma como tem sido interpretado o instituto da remessa obrigatória do CPC, art. 475, pelos nossos tribunais, notadamente pelo STJ, sua inconstitucionalidade é flagrante porque ofende o dogma constitucional da isonomia” (NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 95).

⁶⁴ CRUZ E TUCCI não entende da mesma forma. Para o nobre jurista, sob qualquer hipótese pode-se dotar de constitucionalidade a remessa necessária, havendo nítida ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes perante a lei, pois “Como decorrência do enunciado do art. 5º, e seu inc. I, da CF, a todos os membros da comunidade devem ser garantidos os meios judiciais para a proteção dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de *igualdade* que, inclusive, se faz ínsita à consecução do bem comum, pelo Estado.” (CRUZ E TUCCI, J. R. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84-85).

⁶⁵ DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127-128.

O vigente Código de Processo Civil herdou do estatuto precedente certos marcos autoritários da ditadura getuliana, de visíveis moldes *fascistas* porque obsessivamente voltados à tutela do Estado, entre os quais a imposição do duplo grau obrigatório em relação às sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública (o mal denominado *recurso oficial*). O mais desolador é que a doutrina pouco se interessa pelo tema, sendo poucos os que se manifestam de modo crítico contra essa estranhíssima peculiaridade do direito processual civil brasileiro, desconhecida em ordenamentos europeus de primeira linha. (...) Os próprios reformadores não tiveram a coragem de propor o cancelamento dessa mácula do Código de Processo Civil, ao assumir, sem discutir, a premissa de que nem sempre os entes estatais são bem defendidos por seus procuradores e há pequenas prefeituras que, sem a garantia do indispensável acesso aos tribunais, poderiam ficar prejudicadas pela má defesa.

Porém, há quem justifique esse regime jurídico pelo desequilíbrio na relação jurídica “particular x Estado”, ao argumento de que o Poder Público, por tutelar os interesses coletivos e não dispor das mesmas condições dos particulares para se defender (entenda-se tais condições por excessivo número de ações, aparelhagem, defensores, etc.), estaria desfavorecido.⁶⁶ Não é convincente a alegação, pois “A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público.”⁶⁷

Será sobre essas considerações a respeito da remessa necessária, que se assenta o posicionamento doutrinário quanto sua interferência nos provimentos antecipatórios.

A professora RITA GIANESINI é uma dos poucos defensores do não cabimento da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, justamente por encontrar no art. 475 do CPC o maior obstáculo para tanto. Sob seu ponto de vista, toda decisão contrária ao Poder Público necessita ser reexaminada, por estar envolvido o interesse público e, caso não haja o reexame, a decisão não seria eficaz, não podendo então ser

⁶⁶ Esta é a opinião de FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR e MARCELO ABELHA RODRIGUES, que defendendo a constitucionalidade do duplo grau obrigatório, entendem que “A remessa necessária sempre esteve ligada a uma realidade inescandível, a de que o Estado, quando em litígio, não se encontra em igualdade de condições com os demais litigantes, notavelmente, os particulares.” (JORGE, F. C.; DIDIER JÚNIOR, F.; RODRIGUES, M. A. **A nova reforma processual**: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis ns. 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57).

⁶⁷ CRUZ E TUCCI, J. R. *loc. cit.*, p. 86.

executada. Propondo uma análise sistemática, a autora acredita que ao afastar o reexame das decisões antecipatórias, “se estaria dando ao autor, preliminarmente, muito mais do que ele poderia vir a obter na própria sentença, o que é errado e ilógico. Assim, apesar de ser uma decisão interlocutória, há necessidade de a concessão da tutela antecipada ser reexaminada pelo Tribunal.”⁶⁸

Do mesmo entendimento é FRANCESCO CONTE⁶⁹, que vê inviabilizada a antecipação da tutela em face do Poder Público por conta da remessa necessária. Segundo o autor, contra a Fazenda Pública também não se poderia antecipar provimentos, sob pena da decisão interlocutória ter peso maior que a decisão definitiva.

Não há como concordar com estes posicionamentos, uma vez que, se assim fosse a realidade, ao invés de resolver o problema da lentidão dos processos e dos provimentos inócuos, se estaria atentando contra a efetividade da jurisdição, entavando o instituto da antecipação da tutela.⁷⁰

Grande parcela do Superior Tribunal de Justiça⁷¹ tem entendido que o art. 475 do CPC mais se relaciona com a formação da coisa julgada material do que com os efeitos da sentença, pontos inconfundíveis, haja vista que, como escreveu o Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO⁷², “a imposição do duplo grau refere-se apenas às

⁶⁸ GIANESINI, R. Tutela antecipada e execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, C. A.; BUENO, C. S. (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 173.

⁶⁹ CONTE, F. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional de tutela. **Revista dos Tribunais**. v. 718, ano 84, ago., 1995, p. 18-21).

⁷⁰ Existiria alguma efetividade na tutela antecipatória que dependesse da confirmação de instância superior? Muito dificilmente. Mas CALMON DE PASSOS ainda defende que “A decisão sobre a antecipação (...) está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau” (PASSOS, J. J. C. de. **Inovações ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 30).

⁷¹ Nesse sentido: STJ - RESP 424863/RS - Relator Ministro Franciulli Netto - Segunda Turma – J. 05/08/2003 - DJ 15.09.2003 - p. 293.

⁷² CARNEIRO, A. G. *op. cit.*, p. 92-93.

sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de admitir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado” e, por outro lado, a antecipação da tutela é concedida por base em decisão interlocutória e provisória, “modificável ou revogável pelo próprio juiz que a proferiu, e cuja eficácia pode igualmente ser suspensa pelo presidente do tribunal”.

Ante o posicionamento do STJ, perguntamos: e se a antecipação de tutela é concedida no corpo da sentença?

Creemos ser simples o motivo que impede a incidência do duplo grau obrigatório para os provimentos antecipatórios, consistindo ele numa interpretação ponderada entre a previsão do art. 475 do CPC e as razões que levaram à concessão da antecipação, pois não podemos trazer como entrave aos provimentos antecipados o fato da Fazenda Pública defender os interesses da coletividade, o que, supostamente, legitimaria a aplicação do artigo 475 do Código de Processo Civil também nas decisões antecipatórias. Haveria um sério conflito a ser resolvido entre os próprios interesses do Estado, muito bem exposto e resolvido por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁷³:

Entre um sistema de proteção ao patrimônio jurídico do Estado, enquanto pessoa jurídica própria (o reexame necessário), e um princípio constitucional que assegura aos jurisdicionados a inafastabilidade de qualquer lesão ou *ameaça* à afirmação de direito do Judiciário, deve prevalecer, sem qualquer dúvida, o segundo. O interesse *secundário* do Estado de se ver protegido nas demandas judiciais só pode prevalecer se e enquanto em conformidade com o interesse *primário* que fundamenta sua própria existência: o resguardo de direitos dos cidadãos.

Além disso, ciente para a inovação implementada pela Lei 10.352/2001 ao art. 520 do CPC, tem-se que o legislador imprimiu apenas o efeito devolutivo para as apelações manejadas contra as sentenças que confirmarem a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). Postos lado a lado os artigos 475 e 520, inciso VII do CPC, é

⁷³ BUENO, C. S. **Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória - conserto para a efetividade do processo.** São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215-216.

incongruente dotar a remessa necessária (mesmo não se tratando de recurso, cuja origem remonta à época da ditadura em que os interesses governistas foram postos, sem exceções, acima dos direitos individuais) de efeito suspensivo em relação às decisões antecipatórias, uma vez que a recente reforma de 2001 retirou tal efeito até mesmo do recurso de apelação quando nessas condições apresentado.

Portanto, a decisão antecipatória proferida contra a Fazenda Pública, sendo concedida anteriormente à sentença, não será passível de reexame necessário⁷⁴, até mesmo por conta de uma “interpretação fria” da lei e do próprio posicionamento do STJ. Caso concedida no bojo da sentença, poderá ser realizado o reexame desde que desprovido de efeito suspensivo em relação à matéria antecipada.

4.2. SOBRE A (DES)NECESSIDADE DOS PRECATÓRIOS

O precatório é a forma através da qual o Estado solve seus débitos provenientes de ordem judicial com trânsito em julgado, isto é, é o meio pelo qual as condenações por quantia certa contra a Fazenda Pública devem ser efetivadas, mediante ofício requisitório de pagamento, que obedecerá a um plano cronológico anterior ao desembolso do numerário, que tem por objetivo garantir o cumprimento da previsão orçamentária e atender aos princípios constitucionais relacionados ao orçamento público.

É uma forma de “execução especial”, justificada tanto pela impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos, como pela natureza e organização dos entes de Direito Público, que ao contrário das pessoas privadas, detém regime especial para a aplicação de seus recursos, vinculada a um orçamento prévio.

Mas como conciliar esta medida de previsão orçamentária da Fazenda

⁷⁴ TEORI ZAVASCKI posiciona-se em meio termo em relação ao assunto, pois acredita que “o reexame necessário há de ser compatibilizado com a decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências dela decorrentes” (ZAVASCKI, T. A. *op. cit.*, p. 161).

Pública, quando a mesma é ordenada a pagar quantia certa, por meio de decisão provisória que concede a antecipação da tutela?

Os mais radicais, apegados à interpretação literal da Carta Magna, chegaram a afirmar que nas pretensões de pagamento de valor certo contra o Poder Público, “a tutela antecipatória jamais poderá ocorrer, em respeito ao art. 100 da Constituição Federal, que exige como forma de pagamento o precatório e como pressuposto para sua expedição a existência de sentença judiciária (e não decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória)”.⁷⁵ Todavia, esta visão está totalmente superada, já que é sedimentado que a expressão “sentença judiciária”, inserida na Constituição Federal, comporta a decisão antecipatória, apta a constituir título executivo proveniente de cognição sumária, capaz de engrenar execução contra a Fazenda Pública, respeitado o art. 730 do Código de Processo Civil.⁷⁶

Já se cogitou que o trânsito em julgado da sentença seria a exigência para o efetivo pagamento de quantia, não configurando o mesmo para a simples expedição do precatório. Desta forma, haveria três momentos distintos para seu cumprimento: a requisição; o depósito da quantia; e o efetivo pagamento (fase que estaria obstacularizada). Significa, então, que deferida a antecipação da tutela, seria expedido

⁷⁵ É o que defende FRANCISCO CAVALCANTI (citado em: FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 171). Na esteira do raciocínio, RITA GIANESINI defende que “A Fazenda Pública não pode pagar se não está diante de uma sentença. A Constituição Federal é clara neste sentido.” A autora mostra, ainda, uma preocupação exacerbada quanto às possíveis antecipações da tutela que pudessem ser revogadas posteriormente. Segundo ela, “Mesmo que se pudesse, por hipótese, entender ‘sentença judiciária’ como qualquer pronunciamento judicial para a efetivação da tutela antecipada contra a Fazenda nas obrigações de pagar, desse entendimento ocorreriam problemas de ordem prática.” O problema descrito seria o fato do Poder Público deixar de prever a execução de uma obra pública, o que causaria danos incalculáveis para a população. (GIANESINI, R. *op. cit.*, p. 174-175). Preocupante é a opinião do Min. do STJ, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, por tratar-se de autoridade da mais alta corte defensora das normas infraconstitucionais: “a norma constitucional, sendo medida de salvaguarda do erário, ao referir-se ao pagamento de ‘sentença judiciária’ teve em mira não apenas afastar a incidência de ordens de pagamento administrativas, como, principalmente, explicitar a necessidade de decisão judicial proferida após cognição exauriente, ou seja, após a plenitude do contraditório.” (CARNEIRO, A. G. *op. cit.*, p. 91).

⁷⁶ ZAVASCKI, T. A. *loc. cit.*, p. 161.

o precatório, garantindo-se o lugar do beneficiário na fila de precatórios, até que houvesse o trânsito em julgado da futura sentença, momento no qual far-se-ia o levantamento da quantia (se já bloqueado o valor, é claro).⁷⁷

Se for para “garantir uma senha” na fila de recebimento dos precatórios, de que serviu o esforço de todos aqueles que lutaram pela possibilidade de se antecipar os efeitos de uma sentença de mérito, por base de decisão provisória, para proteger direitos que requerem a mais ágil prestação jurisdicional, sob pena de perecerem antes mesmo de encerrada a cognição exauriente?

Na busca de melhores alternativas, LUIZ RODRIGUES WAMBIER⁷⁸ sustentou uma interpretação “filológica e declarativa” do art. 100 da CF, para que se exclua da necessidade dos precatórios as condenações antecipadas por força do art. 273 do CPC. Segundo o processualista, “As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas mediante depósito à disposição do juízo (...) com recursos orçamentários advindos da dotação relativa às ‘despesas variáveis’ ou de dotações outras, comumente presentes nos orçamentos dos Poderes Públicos.”

Embora a Constituição Federal determine preferência para os precatórios de dívidas alimentícias, também já foi levantada a hipótese de, para quando se tratasse de

⁷⁷ ALVES, F. G. P. *op. cit.*, p. 54-60. O autor também defende a criação de nova “fila” de precatórios, para as decisões antecipatórias. *Id.*

⁷⁸ WAMBIER, L. R. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 87, jul.-set., 1997, p. 33-35. O mais interessante é o meio proposto pelo autor para o caso da Fazenda Pública não atender à decisão e deixar de realizar o depósito. No seu dizer, levando em conta que os arts. 273 e 461 do CPC são dispositivos “irmãos”, ambos voltados à efetividade do processo, “por meio de decisão interlocutória, o Juiz concederá a antecipação dos efeitos da tutela condenatória contra a Fazenda Pública, constituindo para a ré, nesse preciso e exato momento, p. ex., a obrigação de empenhar quantia certa para o depósito (o empenho é ato da administração), o que se constitui, a rigor, em obrigação de fazer, capaz de ensejar a incidência do disposto no art. 461 e seus parágrafos. Nessa hipótese, haveria com que uma ‘fusão’, em nome da garantia da efetividade da jurisdição, entre o disposto no art. 273 e o disposto no art. 461, de forma que a execução da decisão de antecipação de tutela (...) se constituiria numa hipótese de tutela específica (a de empenhar o valor do depósito e efetuar-lo em seguida). (...) O descumprimento da ordem liminar ensejaria a aplicação das ilimitadas possibilidades do §5º do art. 461, inclusive o seqüestro de valores encontrados em conta bancária”. *Id.*

provimento antecipatório para o recebimento de verbas de cunho alimentar, fosse cumprida imediatamente e livre dos procedimentos dos arts. 100 da CF e 730 do Código de Processo Civil, por haver risco daquele que necessita dos alimentos sucumbir mediante a demora. Acrescentou-se, ainda, que perigo de irreversibilidade não existiria, caso a antecipação se mostrasse descabida, pois o Poder Público poderia realizar a compensação em vencimentos futuros de seus servidores.⁷⁹

A realidade não é outra senão uma crise que há muito se instaurou na Administração Pública brasileira, amplamente conhecida como a “questão dos precatórios”. Trata-se, antes de tudo, de uma questão política, não jurídica, a qual são obrigados a enfrentar os credores do erário público.

Desde a inserção na Constituição Federal de 1934 da obrigatoriedade de se prever, com certa antecedência, os montantes da dívida da Fazenda Pública em seu orçamento, criou-se uma premissa da natural solvabilidade do Estado, para toda e qualquer situação. Mas, como dito, a realidade é outra. DOMINGOS FRANCIULLI NETO⁸⁰, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, não poupou palavras em suas críticas ao nosso sistema de precatórios:

A regra insculpida no art. 100, § 1º, da atual CF, na maior parte das vezes, é triste e lamentável letra morta, uma vez que a Fazenda Pública não honra com regularidade os pagamentos devidos até 31 de dezembro do exercício financeiro seguinte aos precatórios, estes apresentados até 1º de julho do ano anterior. Quer dizer, os pagamentos deveriam ocorrer nos dezoito meses subseqüentes à apresentação dos precatórios.

A razão está presa ao endividamento cada vez mais insuportável da União, dos Estados-membros e dos Municípios, incluídas, em todos esses graus, as autarquias. (...)

Os tempos mudaram; os tempos são outros. A Fazenda Pública, que outra coisa não deveria ser senão o Estado financeiramente organizado, faz *tabula rasa* desses conceitos. Serve-se, despudoradamente, do Poder Judiciário para tentar mascarar seu crônico problema

⁷⁹ PAVAN, D. R.; CARVALHO, C. da C. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública para recebimento de verbas de cunho alimentar. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 91, jul.-set., 1998, p. 137-168.

⁸⁰ FRANCIULLI NETO, D. Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**. v. 768, ano 88, out., 1999, p. 40-42.

de caixa, valendo-se de todos os meios e criando incidente sobre incidente para procrastinar, a não mais poder, o pagamento de sua dívida passiva.

(...) Enquadrado o processamento do precatório na categoria de ato administrativo, despojado da natureza jurisdicional, na ausência de outros meios postos à disposição do Judiciário, muito pouca coisa mudará, a menos que haja um despertar de consciência do administrador

A efetividade dos provimentos antecipatórios não pode ficar à mercê da insolvabilidade da Administração Pública. Tomando-se em conta os contornos que delineiam a atividade de previsão orçamentária dos precatórios e, resguardado o devido respeito a todos que já opinaram sobre o tema, não há como se compatibilizar este sistema com o instituto da antecipação da tutela, pois em momento algum soluciona o problema do ponto de vista da efetividade do provimento jurisdicional. É por esse motivo que, em nosso particular, entendemos ser necessário restringir a discussão dos precatórios para hipóteses especiais, ou seja, os casos de antecipação da tutela que envolvam necessidade extrema de urgência⁸¹, visando resguardar o bem jurídico mais importante: a manutenção da vida.⁸²

Assim, se uma ordem judicial deve ser cumprida para evitar um dano à vida ou a subsistência daquele que demanda, sendo uma manifestação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, é perfeitamente possível que

⁸¹ O que, portanto, excluiria a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública por base em abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório, assim como quando fundada em pedido incontroverso (desde que não presente o perigo de dano à vida do demandante).

⁸² Temos em mente alguns casos nos quais seria necessária a antecipação da tutela para pagamento de quantia certa visando à manutenção da vida do demandante. Imagine-se o cidadão que possui uma doença rara, sobre a qual a medicina brasileira não detém conhecimento ou tecnologia suficiente para seu tratamento, sendo sua única alternativa de vida o custeio de uma viagem e das despesas para que seja tratado no exterior. Imagine-se, também, a pessoa que necessita de determinado medicamento de altíssimo valor, só encontrado fora do país ou que o sistema de saúde público não o possui em seus estoques: sua única alternativa será a compra imediata do medicamento, pois não poderá aguardar um procedimento licitatório para que o Poder Público o adquira e o repasse ao cidadão. Outro caso envolve os componentes do Poder Público que apresentem dívidas alimentares com seus servidores, os quais, além de já necessitarem litigar judicialmente, não podem aguardar a fila dos precatórios para receber pelo trabalho prestado, sob pena de restar impossibilitado seu sustento.

seja cumprida independentemente da exigência dos precatórios, devendo o magistrado sopesar os valores dos bens jurídicos em conflito. O art. 100 da Constituição Federal não pode ser considerado um dispositivo prevalecente em qualquer situação, afastando princípios constitucionais fundamentais ou bens jurídicos em conflito.

Na hipótese de colidência entre dispositivos constitucionais, deverá prevalecer aquela interpretação favorável aos princípios fundamentais – entre os quais se encontra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da jurisdição –, ainda que em prejuízo a determinados dispositivos ou até princípios setoriais, como é o caso do art. 100 da Constituição Federal de 1988. Se até os princípios jurídicos fundamentais apresentam determinadas situações de colidência, que implica relativizar um dos princípios colidentes, não há motivo razoável em não relativizar um dispositivo constitucional – como o art. 100 – em face da colidência inerente aos vários dispositivos constitucionais.

Assim, em determinados casos, torna-se imperativo a não observância da ordem dos precatórios, especialmente quando o magistrado se defronta com uma situação em que a demora possa colocar em risco o direito à vida, direito fundamental protegido constitucionalmente pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.⁸³

Mas a simples “inobservância da ordem” dos precatórios, pregada pelo referido autor, ainda não é o bastante para aquele que não pode esperar. Para que o magistrado possa exercer seu juízo interpretativo frente a colidência dos dispositivos constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da exigência dos precatórios, mister que se apegue à utilização do princípio da proporcionalidade.

MARCELO LIMA GUERRA⁸⁴, apoiado nas lições de ROBERT ALEXY e LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, optando pela terminologia “regra da proporcionalidade”, aponta os desdobramentos que sofreria o princípio da proporcionalidade, sub-regras pelas quais o julgador poderia resolver o choque entre direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna:

Segundo a regra da adequação, deve-se buscar uma exata correspondência entre os meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins

⁸³ BENUCCI, R. L. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 84-85.

⁸⁴ GUERRA, M. L. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

adotados e que sejam praticamente idôneos a proporcionar o atingimento desses fins. (...)

A regra da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de um meio, dentro do *faticamente possível*, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos, vale dizer, a menor restrição possível a outros direitos fundamentais.

Finalmente, a regra da proporcionalidade em sentido estrito impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão. (...) o operador jurídico irá sopesar os bens jurídicos envolvidos na sua decisão e optar pela solução que melhor atenda a todos, evitando a limitação total de um deles, que atinja seu conteúdo essencial, ofendendo a dignidade humana.

Assim, realizada uma interpretação hermenêutica entre os consectários constitucionais dos precatórios e dos direitos individuais, acreditamos que se o juiz, por meio de uma tutela antecipatória, ordena a Fazenda Pública a realizar um pagamento do qual necessite o jurisdicionado para manter sua vida, não será necessário que se aguarde o cumprimento em uma fila de precatórios, nem criar filas especiais, sequer dotações específicas para tanto.

A União, Estados, Municípios, etc. apresentam arrecadações anuais, mensais e, até mesmo, diárias. A carga tributária na Brasil é enorme, fato notório. Basta que, descoberta a conta-corrente da pessoa jurídica de direito público demandada, o juiz mande seja efetuado o saque imediatamente no caixa do banco, evitando que o direito fundamental do autor pereça.

Dessa forma, se antecipadamente concedida a tutela para que o cidadão receba quantia certa, não haverá riscos de que a ordem judicial se torne inócua, muito pelo contrário, se estará dando vida à letra constitucional que garante a todos os cidadãos o acesso jurisdicional em sua plenitude.

4.3. O PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO

Trata-se de outro argumento utilizado em desfavor da concessão da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Todavia, não é somente erigido em relação às demandas que o Poder Público é parte, pois é colocado na lei como condição geral para a concessão da providência antecipatória. Como já relatado em oportunidade anterior (ponto 2.5), a reversibilidade de que se cogita aqui é a dos efeitos práticos, ocorridos com a execução da decisão antecipatória. Dessa forma, não será antecipada a tutela que possa produzir resultado que tornem impossível o retorno ao *status quo ante*.

Mesmo contra a Fazenda Pública, esse pressuposto da reversibilidade não será absoluto, mas sim relativo. Para evitar o perecimento do bom direito do autor naquelas situações extremas, deverá agir o magistrado ponderando todos os valores envolvidos, de maneira a decidir entre os interesses colidentes, exatamente como analisaria uma lide que envolvesse pessoas de direito privado.

Também estará aberta a possibilidade ao julgador da tomada de cauções, mecanismo de segurança capaz de resguardar o requisito da reversibilidade em muitas ocasiões.⁸⁵ Inobstante isso, a regra da responsabilidade objetiva da parte beneficiada pela concessão da medida antecipatória, insculpida no artigo 811 do Código de Processo Civil, continuará válida para a reparação de eventuais prejuízos.

Vale ainda salientar que não nos afastamos da posição que não vê a exigência de caução para créditos alimentares: primeiro, porque os servidores estão em

⁸⁵ Já se tentou impor, como regra, a obrigatoriedade da prestação de caução para o deferimento da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, mediante o acréscimo do § 4º ao art. da Lei 8.437/92, por força da Medida Provisória n.º 1.570/97, que dizia que “*Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude de concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.*” O acréscimo foi votado inconstitucional pelo STF, em votação apertada por seis votos a cinco (FRIEDE, R. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: : à luz da..., p. 101).

situação de trato sucessivo com o Estado e, havendo julgamento de improcedência dos pedidos, poderá ser realizada a compensação; segundo, porque a exigência de caução para aquele que necessita de alimentos é, claramente, incompatível com sua situação financeira.

4.4. A OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA

Esta não seria exatamente um óbice à concessão da tutela antecipatória, mas uma dificuldade que se opõe ao momento em que poderá ser concedida e sua efetivação. Ocorre que, nas demandas em que o Poder Público figura como réu, os juízes costumam, antes de proferir qualquer juízo acerca do requerimento antecipatório, mandar ouvir seus representantes, assinalando prazo específico para tanto.

Tal praxe não está despida de substrato legal, haja vista que o próprio Código de Processo Civil determina, nos casos de liminar de reintegração ou manutenção de posse contra a Fazenda Pública, a oitiva de seus representantes, antes da concessão de qualquer medida.⁸⁶ Em contrapartida, vale lembrar que para os fins da concessão de medida cautelar de arresto em favor da Fazenda Pública, basta que esta apenas afirme a necessidade do provimento, dispensando-se a justificação prévia (ponto 3.7).

A regra geral manda que, por cautela, deve-se ouvir a parte contrária antes de decidir acerca do pedido antecipatório, fruto da garantia natural do contraditório. Entretanto, invocada e demonstrada a urgência da concessão *inaudita altera parte*, estará autorizado o magistrado a deferir o provimento de urgência, resguardando a pronta efetividade do mesmo, sendo ou não a Fazenda Pública demandada (ponto 2.2).

⁸⁶ **Art. 928. Parágrafo único.** Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem a prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

4.5. AS NORMAS LIMITATIVAS À EFETIVIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Há tempos que o judiciário brasileiro é palco de tentativas de limitar-se legalmente a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos contra a Fazenda Pública. Hoje, o Brasil está abarrotado de leis e normas impeditivas de liminares contra o Poder Público, sendo que as primeiras a serem criadas foram voltadas para o mandado de segurança. Como poderá ser visto, tais restrições sempre estiveram ligadas à conjuntura econômica enfrentada por nosso país.

Primeiramente, avistamos a Lei 2.410/55 que, em seu art. 3º, letra *a*, vedava a concessão de liminares quando “porventura requeridos para o desembaraço de bens de qualquer ordem vindos a qualquer título do estrangeiro sem licença prévia ou com licença considerada falsa.”

Após, tivemos a Lei 2.770/56 que impediu a concessão de liminares para a liberação de mercadorias de procedência estrangeira, tendo por finalidade a proteção da subdesenvolvida indústria automotiva nacional. Sua matéria deu vez à Súmula 262 do STF: “Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel”.

Mais adiante, foi promulgada a Lei 4.348/64, que vedava em seu art. 5º a concessão de liminar, em mandado de segurança, que versasse sobre a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou sobre aumento ou extensão de vantagens.

Já a lei 4.357, também de 1964, preconizava em seu art. 39 que “Não será concedida medida liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente Lei.” Este artigo foi expressamente revogado pela Lei 4.862/65 que, em seu art. 51, limitou o prazo da duração da medida liminar naqueles casos a sessenta dias, contados da data da petição inicial ou quando determinada sua suspensão por tribunal superior.

Visando limitar o pagamento de vencimentos e vantagens em sede de

mandado de segurança, tema de discussão da reforma administrativa que se implantava à época, veio à tona a Lei 5.021/66.

Não demorou muito e o país entrou na era das Medidas Provisórias⁸⁷, que, sem nenhum exagero, foram editadas “aos montes”, sendo, paulatinamente, convertidas em lei. Um exemplo é a Lei 8.076/90, fruto das sucessivas edições de MP’s (173, 181, 186, 197 e 198/90), impedindo que juízes concedessem liminares, em cautelares e em mandados de segurança, de desbloqueio de cruzados em favor dos demandantes, assim como limitando a discussão sobre as reformas econômicas implantadas pelo “Plano Collor”.

Com a finalidade de impedir que os demandantes contrários a Fazenda Pública se utilizassem da via do procedimento cautelar, como um “atalho” para a obtenção daquilo que fosse vedado na via do mandado de segurança, criou-se a Lei 8.437/92. Assim, estava disciplinada a concessão de medidas cautelares contra os atos do Poder Público, vedando-se a concessão de liminares

Explica-se o porquê da palavra “atalho”: a estrutura original do sistema processual brasileiro não previa a possibilidade de, no próprio processo de conhecimento, obter-se a antecipação dos efeitos de uma futura sentença de procedência dos pedidos, a resguardar de forma imediata o direito material posto pelo autor em litígio. Essa técnica somente veio a ser criada com a reforma de 1994, instituindo-se a “tutela antecipatória”, o que anteriormente era buscada por meio de ações cautelares inominadas (com base no art. 798 do CPC). Ou seja, as ações cautelares eram manejadas não apenas para assegurar a efetividade do processo, como também para alcançar medidas antecipatórias de mérito, satisfativas do direito

⁸⁷ A título de ilustração, a MP n.º 1.570, editada logo após a manifestação do STF quanto à concessão de reajuste para os servidores públicos de 28,86%; e a MP n.º 1.984, editada na “onda” das privatizações bem como das ações que buscavam a correção de saldos do FGTS em planos econômicos do começo da década, dificultando as vitórias judiciais do funcionalismo público e retardando o cumprimento de decisões que implicassem em gastos para o tesouro.

reclamado.⁸⁸

Foi com a conversão da Medida Provisória 1.570 de 26 de março de 1997 na Lei 9.494/97, que resultaram taxativamente disciplinadas as hipóteses de restrição à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, ocasião em que o legislador estendeu ao referido provimento as restrições previstas na anterior Lei 8.437/92.

A Lei 9.494/97 configura-se como a mais recente e discutível (várias disposições já foram alteradas ou revogadas) restrição à efetividade dos provimentos antecipatórios contra a Fazenda Pública, mas, apesar de sua ampla incidência, “ela não engloba todas as hipóteses de antecipação de tutela contra o Poder Público. Dessa forma, todas as demandas cuja causa de pedir esteja fora do espectro de incidência da norma, não estão sujeitas àquelas limitações e, presentes, no caso, seus requisitos, virá a antecipação de tutela e sua respectiva efetivação.”⁸⁹

Não pretendemos pormenorizar caso a caso as hipóteses em que a lei restringe a concessão da antecipação da tutela contra o Poder Público, até porque continuam, de forma desenfreada, as edições de medidas provisórias que visam à adequação da lei aos interesses governistas. A linha de trabalho proposta, desde o início do presente estudo, pauta-se no ideal da defesa da efetividade dos provimentos antecipatórios para pagamento de quantia certa, na luta contra o perecimento de direitos tutelados em juízo, razão pela qual pouco nos interessa qual é a restrição específica da lei.

Busca-se, sim, desmascarar quais seriam os reais motivos da inserção de tais normas restritivas no sistema brasileiro, articulando-se um raciocínio lógico, capaz de guiar-nos a uma conclusão – pautada nos ideais de efetividade até aqui defendidos –

⁸⁸ “A Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, é exemplo claro desta confusão de conceitos. Já em seu pòrtico consta que ela ‘dispõe sobre a concessão de medidas *cautelares* contra os atos do Poder Público’, quando, em verdade, buscou disciplinar a concessão, não de medidas genuinamente cautelares, mas sim das evidentemente satisfativas, isto é, de medidas que importavam antecipação do direito material afirmado” (ZAVASCKI, T. A. *op. cit.*, p. 166).

⁸⁹ VIANA, J. V. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 218.

acerca de sua (in)constitucionalidade.

Não parece correto motivar a existência dessas normas limitativas com base na premissa da inexperiência do magistrado de primeiro grau, o qual, supostamente, teria maior probabilidade de cometer equívocos quando da concessão de liminares. Da mesma forma, repele-se a arraigada tese de que, pelo fato da Fazenda Pública estar em juízo primando pelos interesses coletivos, as vedações legais existiriam para preservar tais interesses e assegurar o pleno contraditório ao Poder Público.

Diversamente disso, como já explicitado, as referidas normas foram postas em vigência de forma casuística, visando proteger a conjuntura social, política ou econômica pela qual o país atravessava. Estes motivos também não guardam o mínimo de razão a ensejar a edição de leis restritivas à concessão de liminares contra a Fazenda Pública.

Além disso, desde que invocado foi o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a possibilidade da restrição legal ao exercício do poder do juiz, em conceder liminares contra o Poder Público, nosso guardião da Constituição Federal tem se posicionado favoravelmente à esmagadora maioria dessas regras.⁹⁰

Em relação à doutrina, não há senso comum sobre o assunto. Há quem defenda, até mesmo com muita propriedade, a constitucionalidade das normas restritivas calcada em um senso de “razoabilidade” do legislador ordinário na criação das mesmas. Sob esse enfoque, os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados aos litigantes, não seriam absolutos (decorrência da necessidade da harmonização entre todos os direitos), aceitando restrições pelo juiz ou pelo legislador em determinadas circunstâncias.⁹¹

⁹⁰ Nesse sentido, Vide STF, Adin n.º 223-6 DF, Min. Rel. Paulo Brossard, DJU de 19.06.1990, p. 6.218 e STF-Pleno, ADC 4 UF, Min. Rel. Sydney Sanches, j. 11.02.1998, DJU de 13.02.1998.

⁹¹ Essa é a opinião do Min. TEORI ZAVASCKI, que além de esperar do legislador ordinário um equilíbrio entre a noção de efetividade e da segurança jurídica, invoca a atenção aos princípios da “necessidade”, da “menor restrição possível” e da “salvaguarda do núcleo essencial”

Ainda, em defesa da constitucionalidade das referidas normas, falou-se que as antecipações previstas pelos art. 273 e 461 do CPC não possuem previsão constitucional, inexistindo qualquer hipótese interpretativa que permitiria dizer que as normas infraconstitucionais, de vigência posterior, não poderiam restringir a antecipação da tutela, uma vez que todas seriam de mesmo nível infraconstitucional.⁹²

Atento ao caráter generalizante das restrições legais, EDUARDO TALAMINI⁹³ sugeriu a não aplicação destas a todo e qualquer litígio, haja vista que, em se tratando de tensão entre valores jurídicos igualmente relevantes (de um lado o direito à prestação jurisdicional efetiva e adequada, de outro a segurança jurídica e o risco de danos ao interesse público), a aferição somente poderia ser realizada de acordo com as peculiaridades de cada caso, não em abstrato. Acreditamos ser correta sua conclusão de que “A eliminação do impasse é tarefa que só se possa desempenhar concretamente, mediante a exata ponderação das circunstâncias peculiarizadoras de cada caso submetido ao crivo do judiciário. Para tanto, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o balanceamento dos valores envolvidos”⁹⁴.

Novamente – assim dizemos, de forma inevitável - recaímos na necessidade de utilizarmos-nos das diretrizes fornecidas pelo princípio da proporcionalidade e, justamente acerca destas normas restritivas,

... convém notar que às vezes o próprio legislador tenta resolver a colisão entre direitos fundamentais, seja criando um determinado instituto jurídico, seja estabelecendo limites especiais ao uso de algum outro instituto etc. Contudo, não se pode jamais perder de vista que os direitos fundamentais só colidem entre si *no momento de serem concretizados*, ainda que as situações conflitivas de tal concretização possam ser hipotetizadas, antecipadamente. Por isso mesmo é que o conjunto de critérios desenvolvidos para a

para a formulação da regra limitativa, a fim de que esta não seja eivada de inconstitucionalidade (ZAVASCKI, T. A. *op. cit.*, p. 167-171).

⁹² FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da...**, p. 106.

⁹³ TALAMINI, E. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 132-134.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 132.

solução de tais conflitos – o princípio da proporcionalidade – remete, inexoravelmente, às circunstâncias concretas do caso, isto é, *os dados da exata situação concreta de conflito e as conseqüências práticas decorrentes de cada uma das soluções possíveis.*

... desnecessário demonstrar que por mais aguda que seja a capacidade do legislador em antever a realidade concreta, jamais poderá *esgotar* o conhecimento antecipado dela. Sempre restará algo que só no caso concreto se revelará e só aquele a quem incumbe, concretamente, a solução do conflito – o órgão jurisdicional, sobretudo – poderá levar em consideração.⁹⁵

Não se pode ignorar que tais normas foram forjadas, exclusivamente, em favor de uma das partes da relação jurídica, sempre por razões casuísticas, afrontando diretamente o princípio da isonomia processual e a garantia do acesso à jurisdição plena posta às duas partes. Mesmo assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é o foco principal que mancha de inconstitucionalidade as normas debatidas.

O tratamento constitucional à garantia do acesso à jurisdição revela sua enorme relevância, até mesmo com a simples constatação de que está inserida, topograficamente, no início da Carta Magna. Como bem enfatizou o prof. português JORGE MIRANDA⁹⁶, “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.”

Por mais que se argumente que a vedação legal das liminares contra o Poder Público invoca o interesse coletivo; que não impede o ajuizamento da ação preventiva que a parte deseja; ou que o acesso à jurisdição estaria permitido de forma normal, de que adiantaria isso se os mais revolucionários instrumentos das formas de tutela, as liminares, forem vedados, possibilitando a perda da eficácia dos provimentos futuros?

O veto à tutela de urgência em face da Fazenda Pública implica na eliminação da garantia da efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, sendo ilícito ao legislador infraconstitucional disciplinar liminares sem respeitar os direitos e garantias

⁹⁵ GUERRA, M. L. *op. cit.*, p. 97.

⁹⁶ Citado em: VIANA, J. V. *op. cit.*, p. 224.

constitucionais. É notória a inconstitucionalidade dessas diversas vedações, pois ferem o princípio do pleno acesso à justiça, especificamente em relação à ameaça de direitos (art. 5º, XXXV da CF).

É verdadeira a assertiva de que “se o legislador infraconstitucional está obrigado, em nome do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular.”⁹⁷

Portanto, nenhum elogio há de ser feito com relação às limitações infraconstitucionais à concessão de liminares contra o Poder Público, pois essas atitudes dos legisladores ordinários só conseguiram deteriorar os diversos esforços de ampliar o acesso à justiça e efetivação do processo.

4.6. OS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE LIMINARES E DAS SENTENÇAS CONTRA O PODER PÚBLICO

Notavelmente, trata-se de um remédio processual colocado à disposição do Poder Público. É uma previsão legal vista pela primeira vez em relação às decisões liminares e sentenças, proferidas em mandado de segurança. O artigo 4º da Lei 4.348/64 outorga poderes ao presidente do Tribunal competente para “suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença”, quando requerido pela pessoa jurídica de direito público interessada, visando evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”.

A idéia político-administrativa de suspensão de eficácia de decisões liminares ou finais, em mandado de segurança, foi tão bem recebida pelo Poder Público, que foi estendida às liminares ou sentenças das ações cautelares, ações civis

⁹⁷ MARINONI, L. G. *A antecipação da tutela*. p. 272.

públicas e ações populares (Lei 8.437/92, art. 4º, § 1º). No que pertine às decisões de antecipação de tutela, a previsão desse pedido de suspensão veio com o art. 1º da Lei 9.494/97, referindo-se expressamente ao art. 4º da Lei 4.437/92.

Muita polêmica contorna essa medida suspensiva, partindo-se, até mesmo, da própria natureza jurídica do provimento. A primeira tese que chegou a ser levantada equipara o pedido de suspensão aos recursos, asseverando tratar-se de um pedido ao presidente do Tribunal, para que se suspenda decisão inferior. Todavia, breve esforço acadêmico demonstra não se tratar de recurso, pois não é legalmente previsto pelo CPC; seu objeto não é a impugnação da liminar ou da sentença, mas a retirada de sua eficácia, não discutindo seu mérito; seria um recurso que ofenderia a isonomia das partes, uma vez que só legitima o Poder Público; e, concomitantemente ao pedido de suspensão, é cabível o recurso inerente.

Uma tese defendida por muitos afirma ser o pedido uma medida político-administrativa, portanto discricionária. Nessa visão, como se trata de um despacho do presidente do Tribunal em favor da Administração Pública, seria um ato discricionário, por não necessitar adentrar ao mérito da questão. Não prospera, pois nenhum juiz pode decidir sem a mínima fundamentação legal (art. 93, IX da CF), devendo o presidente explicitar o interesse público que se está resguardando (embora a prática demonstre que se tornou um “chegar e levar”, com despachos sofríveis).

Prevalece hoje a idéia de se tratar de uma medida cuja natureza jurídica é de “contra-cautela” reservada pela lei, para a proteção de interesses públicos. É um incidente processual cabível em qualquer ação contra o Poder Público, visando, cautelarmente, proteger o direito material, no caso o interesse coletivo. Em parecer fundamentado, DINAMARCO⁹⁸ ensina:

Não surge processo novo, mas a lei elabora um sistema mais complexo, ou menos, de apreciação de questão de ordem pública suscitada pela entidade de direito público. Esse incidente chega ao ponto de sujeitar-se a uma competência hierarquicamente diferenciada

⁹⁸ DINAMARCO, C. R. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 105, jan.-mar., 2002, p. 193-194.

da competência para o próprio processo de impetração. É todavia um mero *incidente do processo*, tanto quanto uma exceção de incompetência relativa- e não processo incidente. O que ali se decide prevalece somente quanto à concreta medida que se concedeu no processo pendente (em liminar ou em sentença, conforme o caso).

A legitimação ativa para efetuar o pedido de suspensão cabe à pessoa jurídica de direito público interessada, o que demonstra que não é necessariamente a demandada, bastando demonstrar-se que a exequibilidade da medida irá causar graves danos àquela pessoa jurídica interessada. O Ministério Público também é legítimo para pedir a medida suspensiva, muito embora dificilmente o faça, o que, inegavelmente, demonstra que o instituto é, na maioria das vezes, utilizado para tutelar interesses públicos secundários.

O pedido de suspensão deverá ser apresentado ao Tribunal por via escrita, contendo todas suas razões e acompanhando os documentos (prova pré-constituída) que se façam indispensáveis para a prova do alegado (grave lesão). Destarte, uma vez efetuado o pedido, não resta prejudicado o uso, concomitantemente, do recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva.

Em relação ao contraditório, por muito tempo não houve qualquer previsão legal, tornando-se alvo de severas críticas doutrinárias. A Lei 4.348/64 silenciou a esse respeito, vindo as Leis 8.038/90 e 8.437/92, respectivamente, fixar prazos de cinco dias e setenta e duas horas para o presidente do Tribunal, querendo, ouvir a parte contrária e o Ministério Público.

Por conta da MP 2.180-35/2001, acrescentou-se o § 9º ao art. 4º da Lei 8.437/92, determinando que “A suspensão deferida pelo presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.” É o que vem se chamando de “ultra-atividade” do pedido de suspensão, um completo absurdo, pois “trata-se de aniquilar, vez por todas, o que a tutela de urgência tem de mais importante: produzir efeitos úteis, necessários e *imediatos* àquele que se apresenta

munido de maior probabilidade de êxito no desfecho da ação.”⁹⁹ A suspensão de uma liminar só pode subsistir enquanto a própria liminar existir: se revogada, não há o porque da continuidade da suspensão; se confirmada pela sentença, novo pedido de suspensão deve ser feito pelo Poder Público, agora em relação à sentença.

A verdade é que são muitos os instrumentos dispostos ao Poder Público para que alcance a suspensão da eficácia de medidas liminares ou sentenças. Por exemplo: no caso de liminar em mandado de segurança, poderá interpor agravo de instrumento e caso o relator não defira o efeito suspensivo, terá o agravo regimental. Concomitantemente, fará o pedido de suspensão ao presidente do Tribunal de Justiça ou Regional Federal, se indeferido fará para o plenário do referido Tribunal e, em último caso, ao presidente do STJ ou do STF, dependendo da matéria versada.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal aceita a tese do chamado “efeito cascata”, isto é, preocupa-se com o efeito multiplicador daquela liminar que se deseja suspender, uma vez que dependendo da parte envolvida ou mesmo da cobertura dada pela mídia, certas liminares podem se tornar um “perigoso precedente”, servindo de estímulo à proliferação de demandas que possam abalar a ordem pública ou suas finanças.¹⁰⁰

Consideramos a suspensão da eficácia de liminares e sentenças contra o Poder Público, pelo modo como está sendo utilizada hoje, como um privilégio inconstitucional, na medida em que presenciamos seu uso despudoradamente injustificado e, muito pior, seu deferimento sem o menor fundamento legal, violando-se o art. 5º, XXXV da Constituição Federal:

É chegada a hora – não sem alguma tardança – de anunciar, de peito aberto, que certas ‘prerrogativas’, certos ‘privilégios’ da Administração, que certas *concepções* do ato administrativo (ou de qualquer ato do Estado) *já não mais podem quer ter sua razão de ser*

⁹⁹ BUENO, C. S. As novas regras da suspensão de liminares em mandado de segurança. In: _____; ALVIM, E. A.; ALVIM, T. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201.

¹⁰⁰ VIANA, J. V. *op. cit.*, p. 236.

fora da teleologia do Estado de Direito. Já não se *justificam*. E isto por uma razão simples. Porque as Constituições recentes, dentre elas a nossa, *exemplarmente*, desejam que qualquer tutela jurisdicional seja *efetiva*, de resultados, e não de mera declaração ou de reparação.¹⁰¹

¹⁰¹ BUENO, C. S. *loc. cit.*, p. 213.

CONCLUSÃO

Uma das maiores preocupações surgidas no Estado de Direito foi a questão da efetividade do processo, ao passo que este deveria atender às expectativas daqueles que buscavam o auxílio jurisdicional, conferindo aos cidadãos o mesmo resultado que obteriam agindo privativamente (por meio da ação de direito material, a autotutela, o que foi vedado pelo Estado).

O processo, como instrumento pelo o qual o Estado exerce a jurisdição, deve prezar pela tutela de direitos garantidos em lei (de soberana relevância aqueles insculpidos em nossa Carta Magna), de forma imparcial, aplicando as normas gerais aos casos concretos com vistas à restauração da paz social.

Entretanto, no atual estágio vivenciado pelo judiciário brasileiro, a existência de vários percalços impede com que certos interesses garantidos pelo Estado sejam prontamente atendidos, fazendo com que o processo disponibilizado seja, em inúmeras ocasiões, inadequado para a satisfação das necessidades concretas.

Preconizada pelo sedimentado art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a “não exclusão do Poder judiciário” deve ser traduzida não somente na mera e simples possibilidade do ofendido valer-se do judiciário, mas também de obter o adequado provimento jurisdicional capaz de assegurar-lhe o bem de vida almejado. Em síntese, esta disposição constitucional visa preservar, da mesma forma, o devido processo legal, tanto em sua órbita processual quanto material.

Não é suficiente que o judiciário somente aprecie toda e qualquer ameaça ou lesão de direitos. É de suma importância que tal análise seja feita da forma mais adequada possível aos interesses dos jurisdicionados, pois caso contrário, correr-se-ia o risco de, mediante decisões superficiais e inócuas, restringir o princípio da inafastabilidade. E como evitar que o provimento legal não alcance êxito esperado pela parte? Para isso, crê-se na garantia de tutelas jurisdicionais que empunhem força o suficiente para a satisfação do direito material, tal qual obteria a parte com o exercício da justiça privada.

Nesse aspecto, a morosidade da justiça é tida como um dos grandes empecilhos, senão o maior, à eficácia processual, importando no descrédito da população e insatisfação em relação ao Poder Judiciário. Deficiências na estrutura do nosso sistema, omissões e equívocos por parte dos legisladores e aplicadores da lei contribuem para a atual situação.

Ínsita ao desejo do devido processo legal, está a defesa de um direito à prestação jurisdicional sem dilações descabidas ou demoras indevidas, valorizando-se a posição do autor no processo. Uma vez garantido constitucionalmente o acesso ao judiciário e constituído o direito de cada cidadão à celeridade do processo, somente se estará valorizando tais premissas no momento em que a proteção jurisdicional resultante for tempestiva. O artigo 273 do Código de Processo Civil, estabelecendo regras conducentes à tempestividade da tutela jurisdicional, é o mais importante exemplo da tentativa do legislador infraconstitucional em estruturar o processo ao atendimento dos princípios já estudados.

Com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, regida pela Lei 8.950/94, estendeu-se a todas as situações sujeitas ao processo de cognição a figura da antecipação da tutela (antes excepcional, restrita a determinados procedimentos especiais, como o mandado de segurança, os embargos de terceiro e ações possessórias). Assim, preenchidos os requisitos previstos no artigo 273, permitiu-se fossem antecipados os efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento.

Por sua vez, o Poder Público, processualmente falando, recebe tratamento especial e diferenciado daquele disposto aos particulares quando litigam, tratamento que se traduz em determinadas prerrogativas, as quais causam certo desnivelamento entre as partes do processo.

Assim, os defensores da Fazenda Pública trataram de levantar argumentos impeditivos das providências antecipadas que exigissem o pagamento de numerário certo, supondo como principais óbices para tanto a necessidade de remessa obrigatória (art. 475 CPC), a previsão constitucional do precatório (art. 100 da CF), assim como o elevado risco de irreversibilidade dos efeitos dos provimentos antecipatórios

concedidos contra o Poder Público. É de se acrescentar, ainda, as disposições legais que visam mitigar a aplicação do referido instituto. Não é exagero dizer que, até certo ponto, tais argumentos tiveram razoável aceitação nos tribunais brasileiros.

Os obstáculos erigidos contra a antecipação da tutela pecuniária em face da Fazenda Pública são transponíveis. Não haveria justiça em permitir que desse instituto o Poder Público se beneficiasse, mas contra si não se o permitisse. Basta, então, remover os entraves e encontrar a forma mais palpável para a efetivação dos efeitos da tutela antecipatória para pagamento de quantia certa contra essas pessoas de direito público.

Nesse contexto de prerrogativas, a possibilidade de antecipação da tutela atua como um mecanismo de efetividade do processo contra as ingerências indevidas do Poder Público, primordialmente nas hipóteses em que o particular apresenta-se como titular de prova inequívoca e de verossimilhança de suas alegações, buscando evitar grave lesão aos seus direitos fundamentais e dignidade humana.

Afastamos a incidência do duplo grau obrigatório (cuja origem remonta à época da ditadura em que os interesses governistas foram postos, sem exceções, acima dos direitos individuais) para os provimentos antecipatórios concedidos no bojo da instrução processual, baseando-se numa interpretação ponderada entre a previsão do art. 475 do CPC e as razões que levaram à concessão da antecipação, pois não podemos aceitar como entrave os interesses da coletividade. Haveria um sério conflito a ser resolvido entre o interesse secundário do Estado (ver-se protegido nas demandas judiciais) e seu interesse primário (resguardar os direitos dos cidadãos).

Em adição, uma “leitura fria” do art. 475, cumulada com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nos diria que não estão sujeitas ao reexame necessário as tutelas antecipadas porque não ensejam a formação da coisa julgada material. No entanto, o que aconteceria se a antecipação fosse concedida por meio da própria sentença?

Ciente para a inovação implementada pela Lei 10.352/2001 ao art. 520 do CPC, tem-se que o legislador imprimiu apenas o efeito devolutivo para as apelações

manejadas contra as sentenças que confirmarem a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VII). Postos lado a lado os artigos 475 e 520, inciso VII do CPC, é incongruente dotar a remessa necessária (mesmo não se tratando de recurso) de efeito suspensivo em relação às decisões antecipatórias, uma vez que a recente reforma de 2001 retirou tal efeito até mesmo do recurso de apelação quando nessas condições apresentado.

Portanto, a decisão antecipatória proferida contra a Fazenda Pública, sendo concedida anteriormente à sentença, não será passível de reexame necessário. Caso concedida no bojo da sentença, poderá ser realizado o reexame, desde que desprovido de efeito suspensivo em relação à matéria antecipada.

O art. 100 da Constituição Federal não pode ser considerado um dispositivo prevalecente em qualquer situação, afastando princípios constitucionais ou bens jurídicos em conflito. Restrita a discussão dos precatórios para hipóteses especiais, ou seja, aos casos de antecipação da tutela que envolvam necessidade extrema de urgência, visando resguardar o bem jurídico mais importante, qual seja, a manutenção da vida, é perfeitamente possível que seja cumprida independentemente da exigência dos precatórios, devendo o magistrado sopesar os valores dos bens jurídicos em conflito, adotando o princípio da proporcionalidade.

Feita uma interpretação hermenêutica entre os dispositivos constitucionais dos precatórios e dos direitos individuais, concluímos não ser necessário que o particular aguarde o cumprimento da decisão antecipatória em uma fila de precatórios, sequer sejam criadas filas especiais de precatórios ou dotações específicas para tanto. A União, Estados, Municípios, etc. apresentam arrecadações anuais, mensais e, até mesmo, diárias. A carga tributária no Brasil é enorme, fato notório. Basta que, descoberta a conta-corrente da pessoa jurídica de direito público demandada, o juiz mande seja efetuado o saque imediatamente no caixa do banco, evitando que o direito fundamental do autor pereça.

Em relação aos vetos “legais” às tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, eclode a eliminação da garantia da efetiva e tempestiva tutela jurisdicional,

sendo ilícito ao legislador infraconstitucional disciplinar liminares sem respeitar os direitos e garantias constitucionais. É notória a inconstitucionalidade dessas diversas vedações, pois ferem o princípio do pleno acesso à justiça, especificamente em relação à ameaça de direitos (art. 5º, XXXV da CF).

Não se pode ignorar que tais normas foram forjadas, exclusivamente, em favor de uma das partes da relação jurídica, sempre por razões casuísticas, afrontando diretamente o princípio da isonomia processual e a garantia do acesso à jurisdição plena posta às duas partes. Mesmo assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é o foco principal que mancha de inconstitucionalidade as normas restritivas.

As leis que visam mitigar a aplicação de liminares contra o Poder Público não devem incidir a todo e qualquer litígio, haja vista que, em se tratando da colisão entre valores jurídicos igualmente relevantes (de um lado o direito à prestação jurisdicional efetiva e adequada, de outro a segurança jurídica e o risco de danos ao interesse público), a aferição somente poderia ser realizada de acordo com as peculiaridades de cada caso, não de uma forma generalizadora.

Por fim, a suspensão da eficácia de liminares e sentenças contra o Poder Público trata-se, ao nosso ver, de um privilégio inconstitucional, pelo modo como está sendo utilizada hoje, na medida que presenciamos seu uso despudoradamente injustificado e, muito pior, seu deferimento sem o menor fundamento legal. Viola-se frontalmente o art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Neste caso, não resta alternativa senão acreditar no bom senso dos presidentes dos tribunais brasileiros, para que, ao analisarem os referidos pedidos, atentem para a situação peculiar vivenciada pelo demandante que não pode esperar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1, 2. ed. Traduzido por G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- 2 GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 56).
- 3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 4 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil; 6).
- 5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 6 VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- 7 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- 8 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- 9 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.
- 10 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 11 DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 12 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed., rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 13 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.
- 14 MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 15 CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela Antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- 16 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 17 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

18 FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada Reforma do Código de Processo Civil.** 6. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

19 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** Vol. 1, 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

20 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

21 YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 212-222.

22 FRIAS, J. E. S. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 728, ano 85, p. 60-79, jun., 1996.

23 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

24 COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79-88.

25 MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67-78.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

27 BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

28 ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 110, p. 37-71, abr.-jun., 2003.

29 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

30 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002.** 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

32 JORGE, Flávio Cheim; DIDIER Jr, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual: as mudanças introduzidas no CPC pelas Leis ns. 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001.** São Paulo: Saraiva, 2002.

- 33 GIANESINI, Rita. Tutela antecipada e execução provisória contra a Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 170-180.
- 34 CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional de tutela. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 718, ano 84, p. 18-21, ago., 1995.
- 35 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 36 BUENO, Cássio Scarpinella. **Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória - conserto para a efetividade do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 37 FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 38 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 87, p. 32-36, jul.-set., 1997.
- 39 PAVAN, Dorival Renato; CARVALHO, Cristiane da Costa. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública para recebimento de verbas de cunho alimentar. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 91, p. 137-169, jul.-set., 1998.
- 40 FRANCIULLI NETO, Domingos. Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 768, ano 88, p. 39-59, out., 1999.
- 41 BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.
- 42 GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- 43 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.
- 44 TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 125-134.
- 45 DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 105, p. 191-206, jan.-mar., 2002.
- 46 BUENO, Cássio Scarpinella. As novas regras da suspensão de liminares em mandado de segurança. In: ___; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 188-219.