

ANDRÉ LUÍS HOLANDA GURGEL PEREIRA

TUTELA ANTECIPADA E O PODER PÚBLICO

Curitiba
2003

ANDRÉ LUÍS HOLANDA GURGEL PEREIRA

TUTELA ANTECIPADA E O PODER PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. MANOEL CAETANO FERREIRA
FILHO

Curitiba
2003

Tutela antecipada e o Poder Público

por

André Luís Holanda Gurgel Pereira

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do curso de
graduação da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho (Orientador)

Prof. Joaquim Munhoz de Mello

Prof. Eduardo Talamini

Ao amigo *Leo Holzmann de Almeida*
pelo diligente trabalho de revisão
ortográfica.

Aos *meus pais*, meus
verdadeiros professores.

À memória do *Vô Henrique*
exemplo insuperável de homem.

Na terra nada pode resistir a uma pessoa absolutamente não-resistente. Dizem os chineses que a água é o elemento mais poderoso, porque é perfeitamente não-resistente. Não opondo resistência, pode arrebentar uma rocha e arrasta tudo o que estiver na sua frente.

PRADO, Lourenço. *Alegria e Triunfo*. São Paulo: Editora Pensamento, 2002, p. 41.

Não resistais ao mal.

Mateus, 5:39.

Sumário

Abreviaturas	vii
Resumo	viii
1. Introdução	01
2. Abordagem inicial sobre a tutela antecipada – primeiro contato	03
2.1. Conceito e seus fundamentos	03
2.2. Natureza Jurídica	09
2.3. Tipos e requisitos	12
2.3.1. <i>Da prova inequívoca e da verossimilhança</i>	13
2.3.2. <i>Da antecipação assecuratória</i>	15
2.3.3. <i>Da antecipação punitiva</i>	16
2.3.4. <i>Da antecipação do pedido incontroverso</i>	18
2.3.5. <i>Da irreversibilidade</i>	22
2.4. Eficácia do provimento	24
3. Efetiva possibilidade da tutela antecipada contra o Poder Público	28
3.1. Pontos de esclarecimentos	28
3.1.1. <i>O porquê da denominação Poder Público</i>	28
3.2. Cabimento da tutela antecipada contra o Poder Público	28
3.2.1. <i>Proibições legais</i>	32
3.2.2. <i>Inexistência de proibição genérica</i>	33
3.2.3. <i>Da ofensa ao princípio da isonomia</i>	34
3.2.4. <i>A remessa oficial</i>	35
3.2.5. <i>O precatório requisitório de pagamento</i>	37
3.3. Natureza do pedido e sistema de precatórios	38
3.3.1. <i>Dos deveres de fazer, não-fazer e de entrega de coisa certa</i>	38
3.3.2. <i>Do dever de pagar quantia certa</i>	40
4. Proibições legais e jurisprudência	45
4.1. Proibições legais	45
4.2. Análise da constitucionalidade das proibições	48
4.3. A posição do Supremo Tribunal Federal	54
4.3.1. <i>ADIN 223</i>	54
4.3.2. <i>ADIN 975</i>	56
4.3.3. <i>ADC 4</i>	58
4.3.4. <i>Reclamações</i>	61
4.4. A jurisprudência	62
5. Conclusão	65
Referências Bibliográficas	68

Abreviaturas

AC – Apelação cível
AG – Agravo de Instrumento
AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AMS – Apelação em mandado de Segurança
CF – Constituição Federal
CPC – Código de Processo Civil
DOU – Diário Oficial da União
Rcl – Reclamação
Resp – Recurso Especial
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TRF – Tribunal Regional Federal

RESUMO

Como instrumento desenvolvido pela doutrina processual no incessante trabalho de alcançar uma adequada distribuição do tempo no processo, o instituto da tutela antecipada surgiu como um importante instrumento de adequação entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da segurança jurídica, dois princípios de alçada constitucional. O tema, dado sua amplitude comporta um corte metodológico para abordagem no presente trabalho, focando-se na análise da concessão da tutela antecipada em face do Poder Público, questão que trás consigo uma série de peculiaridades – como, por exemplo, a natureza pública dos interesses defendidos pelo Estado e a potencialidade de ofensa mútua entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Explorando estas peculiaridades, trabalha-se neste estudo os fundamentos da tutela antecipatória contra o Poder Público.

1. Introdução

O tempo é elemento de valor inestimável ao homem, principalmente, nos dias atuais em que o fluxo de informação e o grau de comprometimento e envolvimento social do ser humano são exponenciais. O desempenho dos diversos “papéis jurídicos” a que o homem é chamado a desenvolver, na qualidade de contratante, cônjuge, membro de um núcleo familiar, contribuinte, membro de um núcleo de produção, implica, necessariamente, em uma alta interatividade social. No entanto, para além dos benefícios que se possam abstrair desse comportamento social existe um preço a pagar, o tempo. Elemento que por esta razão vai se tornando cada vez mais raro, e assim, conseqüentemente, recebe valoração diferenciada. Torna-se objeto de preocupação em diversas áreas do saber humano, e no Direito não é diferente.

Não é por outra razão que a distribuição do tempo no processo é um problema que, cada vez mais, ocupa o foco dos processualistas. Trata-se de saber quem, dentre autor e réu, deve suportar o dano causado pela demora da prestação jurisdicional, que é mesmo exigência inafastável do devido processo legal.

Entre as soluções debatidas pela doutrina está o uso das chamadas tutelas diferenciadas, entre as quais aparecem as que autorizam provimentos jurisdicionais que implicam na satisfação ou na salvaguarda de um direito que ainda não é objeto de certeza jurídica.

A tutela antecipada, objeto do presente estudo, é exemplo claro de tutela diferenciada. Trata-se de matéria que ganhou novo colorido e atenção a partir da edição da Lei nº 8.952/94, responsável pela nova redação aos arts. 273 e 461 do CPC. Estes dispositivos vieram autorizar a antecipação da tutela em todos os procedimentos do processo de conhecimento. Registre-se, apenas, que antes deles, vários regramentos relativos a procedimentos especiais já previam mecanismos desta natureza.

O tema, no entanto, exige precisa delimitação em sua abordagem dada sua amplitude. E posto este desafio, optou-se pela análise da disciplina da tutela antecipatória em face do Poder Público, matéria já amplamente debatida pela doutrina pátria e que possibilita frutífera incursão e estudo pelos conceitos e

termos que nela se envolvem. É matéria que tem características peculiares, relativas à compatibilidade com outros institutos próprios das ações que envolvem as entidades públicas, bem como a uma série de proibições legais cuja inconstitucionalidade se debate.

Com isso, o trabalho parte de uma análise inicial genérica do instituto, trabalhando os fundamentos da concessão da tutela antecipatória contra o Poder Público, a sua efetivação e compatibilidade com os institutos processuais especiais que regem as ações judiciais envolvendo entidades de direito público e seus agentes, estudando, ainda, a potencial inconstitucionalidade das proibições legais em vigor e a posição da doutrina e da jurisprudência, seguindo uma estruturação relativamente comum de abordagem sobre o tema.

2 Abordagem inicial sobre a tutela antecipada

2.1 Conceito do instituto e seus fundamentos

A tutela antecipada se traduz na oferta da prestação jurisdicional em momento anterior à formação da convicção definitiva do julgador, pela qual se autoriza ou determina a prática ou a abstenção de atos que têm como resultado a efetiva fruição de um direito que não é objeto de certeza jurídica.

Da definição acima destacam-se, de imediato, dois elementos: a sumariedade e a provisoriedade do provimento que concede a antecipação. A sumariedade é a possibilidade de eventual decisão ser tomada antes daquele amadurecimento que habilita o magistrado a emitir um juízo definitivo sobre a causa. A provisoriedade é atributo que qualifica a destinação do provimento que concede a antecipação, a ser integrado ou substituído por uma outra decisão, esta fundada em cognição exauriente, podendo confirmar ou negar as conclusões antes alcançadas pelo magistrado.

Desde logo percebe-se que a tutela antecipada, para merecer este qualitativo, manterá sempre referibilidade com esta outra decisão, veiculadora de tutela definitiva, que é o objetivo do processo de conhecimento, somente alcançável após o desenvolvimento das suas fases postulatória e instrutória, durante as quais, com esteio nos princípios da ampla defesa e do contraditório, as partes envolvidas travam amplo debate acerca do bem jurídico disputado, carreando ao processo os argumentos e as provas que entendem fundamentar as suas pretensões, tudo nos limites previstos pela lei, ou seja, com a observância do *devido processo legal*.

A tutela jurisdicional definitiva é, com efeito, a meta do processo e, sendo assim, é a ela que se refere a proteção mencionada pela Constituição da República quando consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), princípio este que legitima o monopólio estatal da jurisdição. E diz mais a Constituição: a tutela somente será concedida depois de percorrido o *iter* do devido processo legal (art. 5º, LIV), donde se conclui que, antes disso, o autor não terá direito ao bem jurídico perseguido, que permanecerá na esfera jurídica do réu.

Qual o fundamento constitucional, então, para provimento jurisdicional que não alcança a tutela definitiva? Estaria a tutela antecipada descoberta do manto constitucional?

Antes de se desenvolver a resposta, é preciso lembrar que o instituto da tutela antecipatória não é novo. Próximas a ele estão as medidas cautelares, que sempre foram admitidas em nosso direito e, há muito, contam com provimentos de natureza antecipatória para alguns procedimentos especiais, previstos no CPC ou em legislação extravagante, como é o caso, entre outros, das ações possessórias, do *habeas corpus*, da ação de alimentos, da ação de despejo e do próprio mandado de segurança.

Foi somente em 1994, então, por obra da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro daquele ano, que se generalizou esse instrumento técnico-jurídico, passando este a ser aplicável a todo o processo de conhecimento. Referida lei alterou os arts. 273 e 461 do CPC¹, os quais, mais recentemente sofreram nova alteração com a edição da Lei nº 10.444/02.

A generalização da tutela antecipada veio provocar uma verdadeira revolução porque se inseriu em um sistema de processo civil que sempre valorizou ao extremo a segurança jurídica, a ponto de negar eficácia imediata a um vasto conjunto de decisões prolatadas em sede de cognição exauriente, quais sejam as sentenças de primeiro grau de jurisdição, contra as quais o recurso cabível é geralmente dotado de efeito suspensivo, bem como exigir o longo rito do binômio condenação-execução para a satisfação das pretensões relativas a deveres de dar, fazer e não-fazer, em evidente valorização excessiva da idéia de *nulla executio sine titulo*.

Daí porque HUMBERTO TEODORO JÚNIOR identifica na tutela antecipada “a quebra do dicotomismo rígido, concebido pelo direito processual clássico, entre o processo de conhecimento e o processo de execução”². Explica o autor:

¹ Adiantando-se à reforma de 1994, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº8.078/90), no seu art. 84, §3º, já previa a possibilidade de antecipação da tutela relativa às obrigações de fazer e não-fazer em ações envolvendo a defesa dos direitos e interesses vinculados às relações de consumo.

² THEODORO JÚNIOR, H. **Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas**. In: Revista de Processo nº 94. São Paulo: RT, 1999, p.26.

Permitindo a tomada de medidas de natureza prática dentro do âmbito do processo de conhecimento, a tutela antecipada entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da futura *actio iudicati*, já que o efeito prático provisoriamente alcançado se tornaria definitivo, após a sentença e, conforme sua extensão, esvaziaria por completo a execução forçada.(...)

Isso quer dizer que a natureza do processo de conhecimento, após a concepção geral da tutela antecipada, já não é mais a tradicional que via nele uma atividade puramente ideal de definição de direitos subjetivos e de sanções correspondentes a suas infrações. Agora, o juiz da cognição, além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercita, desde logo, também, atos *práticos* de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo.(...)³

Além disso, a tutela antecipada representa possibilidade de proteção efetiva de vários direitos de natureza não patrimonial que, antes da edição da Lei nº 8.952/94, careciam de instrumentos de tutela.

Nessa revolução, a tutela antecipada vem valorizar a posição do autor no processo, sem descurar da situação do réu. O que importa verificar é que, agora, com base no princípio da igualdade real, tanto um quanto outro poderão suportar as conseqüências materiais mais gravosas da inevitável demora do processo – em oposição ao sistema anterior em que, *a priori*, esse papel cabia exclusivamente ao autor. E isso faz surgir a necessidade de repensar vários institutos do Direito Processual para amoldá-los à nova orientação, como bem observa TEORI ALBINO ZAVASCKI ao comentar a lei instituidora da tutela antecipada:

Mais do que uma simples alteração de um dispositivo do Código, a nova lei produziu em verdade uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. As medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo. A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais que da lei, do próprio sistema – se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais.⁴

Não se deixe de observar, porém, que a alteração legislativa é fruto de uma evolução gradual do processo civil, vindo a responder aos anseios da comunidade jurídica por maior efetividade à jurisdição, o que, até a edição da Lei nº 8.952/94, dependia em alto grau da criatividade de nossos juristas e da boa vontade de alguns magistrados para aceitar verdadeiras soluções paliativas como a medida

³ Id.

⁴ ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 70.

cautelar satisfativa, por exemplo. Sobre o assunto, vale a observação de LUIZ GUILHERME MARINONI:

A inefetividade do procedimento ordinário transformou o artigo 798 do Código de Processo Civil em autêntica válvula de escape para a busca da tutela jurisdicional adequada. A tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário. A utilização indiscriminada da tutela cautelar surgiu como uma conseqüência da superação da ordinariedade, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material.⁵[negrito original]

Em relação aos seus fundamentos, a tutela antecipada representa um instrumento de balanceamento e adequação entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica. Aquele, decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição, exigindo celeridade do Estado na apreciação das demandas judiciais, de modo a evitar o perecimento dos direitos do autor, e este, fundado nos princípios da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, dando ao processo o seu próprio tempo para o réu somente vir a ser sacrificado na exata medida em que autoriza o direito.

Com isso, em busca da resposta à indagação formulada adentra-se ao tema da colisão de princípios e direitos fundamentais, sobre o qual se debruçam os constitucionalistas para concluir que a constituição deve ser entendida como um todo incindível, cada princípio e direito representando um limite imanente aos demais, exigindo ponderação que valoriza devidamente cada um deles (princípio da proporcionalidade). Sobre o assunto vale a transcrição dos ensinamentos de Edílson Pereira de Farias, analisando as lições de Konrad Hesse:

O princípio da unidade da constituição requer a contemplação da constituição como um todo, a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes. Esta a formulação de Konrad Hesse para o aludido princípio:

La relación e interdependência existentes entre los distintos elementos de la Constitución...obligan a no contemplar em ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas lãs normas

⁵ MARINONI, L. G. **A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)**. In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil, nº 01. São Paulo: Malheiros, 1999. p.85

constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución Del problema coherente com este principio es la que encuentre em consonância com las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateal a aspectos parciales.[sic]

O princípio da concordância prática ou da harmonização – ‘um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana’ seria o consectário lógico do princípio da unidade constitucional. De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos. ‘*Allí donde se produzcam colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderacion de bienes o incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del outro*’.

Por seu turno, a máxima da proporcionalidade (...) é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto. Isto é, significa aquela distribuição necessária e adequada dos custos de forma a salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionalmente colidentes⁶[itálico original]

É por este raciocínio que se afasta qualquer argumentação de inconstitucionalidade da tutela antecipatória, ao contrário, pode-se dizer que é instrumento de proteção dos direitos fundamentais, sendo forma de concretizar a idéia exposta por CHIOVENDA *apud* SÉRGIO CRUZ ARENHART que viria a se tornar regra máxima do processo civil moderno pela qual “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”⁷. E mais: qualquer lei que a proíba, esta sim será inconstitucional.

A garantia constitucional da tutela jurisdicional não pode ser puramente formal. Ela compreende a tutela jurisdicional efetiva, com a qual não se coaduna um processo em que a entrega do bem da vida a quem tem razão ocorra tardiamente, quando este bem perdeu total ou parcialmente a sua utilidade. Tampouco se compatibiliza a efetividade do processo com um processo em que a parte em prol da qual apontam todas as evidências de vitória na ação judicial, cujo objeto não raramente é direito fundamental, tenha que aguardar o trânsito em julgado – antecedido por um grande número de recursos e incidentes processuais inseridos em uma estrutura de prestação de serviço deficiente – para fruir o bem da vida perseguido.

⁶ FARIAS, E. P. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996. p.98-99.

⁷ ARENHART, S. C. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: RT, 2000. p. 29

Realizar a efetividade da tutela jurisdicional é poder dispor de meios adequados para resolver os problemas do plano material, o que significa que para cada tipo de direito material devem existir instrumentos processuais adequados à sua proteção. Daí falar-se em *tutela jurisdicional diferenciada*, entendida esta, segundo a lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”⁸. E mais, a efetividade se traduz em assegurar a plena realização do direito em favor de seu titular, bem assim, entregar tutela jurisdicional tempestiva, porque a justiça tardia pode ser absolutamente inócua. E não é por outra razão que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário⁹, consigna em seu art. 8º, 1, como direito de toda pessoa o “de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial(...)”. E, por fim, garantir no processo a observância do princípio da igualdade, segundo o qual o processo não deve favorecer uma das partes em detrimento da outra.

Estes objetivos somente são alcançados em grande maioria de casos pelo manejo das tutelas cautelares e antecipatórias, donde se conclui que estas também integram a garantia constitucional da tutela jurisdicional, isto é, têm as tutelas provisórias, tanto quanto a tutela definitiva, dignidade constitucional. É a conclusão a que também chega autorizada doutrina, nos dizeres de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

A garantia constitucional da ação não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar de urgência deve ser incluída, portanto, no âmbito da proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional¹⁰

⁸ BEDAQUE, J. R.S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.26.

⁹ Esta norma de Direito Internacional foi internalizada em nosso direito pátrio com a promulgação do Decreto nº 678/92.

¹⁰ BEDAQUE, op. cit., p.82.

Esta é a resposta à indagação antes formulada.

Pois bem, revelados os seus fundamentos, necessário perquirir quais são as situações que autorizam a concessão da tutela antecipada, devendo-se sempre ter em mente que ela é medida excepcional. Não havendo prejuízo aos jurisdicionados, deve prevalecer a tutela definitiva de forma a propiciar ao autor, que tem razão, a fruição integral do bem jurídico pleiteado, tal qual o faria se não tivesse encontrado a resistência do réu, e a este, a garantia de que sua esfera jurídica somente será atingida após o Estado ter certeza de que aquele bem não lhe pertence. Não por outro motivo, concluiu Ovídio Araújo Baptista da Silva:

As formas de tutela urgente, seja cautelar ou não, devem ser postas no sistema jurídico como remédios extraordinários, para situações especiais, quando os meios jurisdicionais comuns se mostrem incapazes de tutelar adequadamente o direito eventual. Sua generalização, além de não solucionar os problemas institucionais, criados pela morosidade excessiva da prestação jurisdicional ordinária, em verdade correria o risco de uma duplicação desnecessária dos litígios, o que, evidentemente, só poderia estar justificado em casos excepcionais.¹¹

2.2. Natureza jurídica

Sobre a natureza jurídica do instituto, estabeleceu-se um consenso na doutrina de que a tutela antecipada tem natureza satisfativa, isto é, volta-se à realização da pretensão de direito material do litigante, não se confundindo com a tutela meramente cautelar. Esta teria por escopo impedir o perecimento do direito ou assegurar o seu exercício no futuro, não se confundindo com a entrega ao demandante, ainda que provisoriamente, do próprio direito buscado.

Tomando-se por base a classificação da tutela provisória por Galeno Lacerda¹², a tutela genuinamente cautelar corresponde às medidas destinadas à antecipação de provas suscetíveis de perderem-se com o decurso do tempo (segurança quanto à prova) e às medidas que buscam garantir o objeto da lide ou a solvência do demandado, assegurando a eficácia prática da sentença

¹¹ SILVA, O. B. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 89.

¹² LACERDA, G. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. I, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 15.

(segurança para execução). E a tutela antecipada está presente nas medidas antecipadoras do objeto do pedido (execução para segurança).

A distinção tem a sua importância, pois ao lado da tutela antecipada, continua em vigor o processo cautelar, com seus vários procedimentos, impondo-se determinar quando seria aplicável um ou outro instrumento técnico-jurídico. Hoje, entretanto, não há como negar que, em face do novo §7º do art. 273 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, não há mais espaço para muitas das questões colocadas em torno do tema¹³.

De fato, antes mesmo da nova lei, a distinção não estava isenta de críticas. Primeiro, porque ela é relativa, dependendo da extensão que se dê à idéia de cautelaridade. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por exemplo, na esteira de vários doutrinadores, entendendo por cautelaridade a proteção da efetividade do provimento definitivo, fala em medidas cautelares conservativas ou antecipatórias¹⁴. Se, entretanto, entendermos que a tutela antecipada é só a decisão que confere ao autor o mesmo resultado da sentença de mérito, então raríssimos seriam os provimentos com esse caráter, visto que o direito reconhecido pela decisão proferida com base em cognição sumária jamais terá o atributo da certeza. Nesta perspectiva, antecipatórios seriam somente aqueles provimentos irreversíveis, cujos efeitos não poderiam ser desfeitos em razão de decisão posterior em contrário¹⁵.

Por outro lado, a distinção causou alguns problemas no âmbito da aplicação do direito (que a lei nova veio coibir), como denuncia RENATO LUÍS BENUCCI:

Observa-se, amiúde, que entendimentos divergentes entre os jurisdicionados e os órgãos jurisdicionais, ou mesmo entre órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, quanto ao tipo de provimento solicitado – se o mesmo se caracterizaria como antecipação de tutela ou tutela cautelar – têm ocasionado rejeição de

¹³ Determina a nova redação que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, H. op. cit., p.33.

¹⁵ Apenas a título de esclarecimento, deve-se atentar para o fato de que a decisão definitiva não é dispensável, não cabendo sequer a declaração de perda do objeto da ação. Se, concedida a tutela antecipatória, seus efeitos revelarem-se irreversíveis, ainda assim, deverá o juiz proferir a decisão definitiva seja para confirmar o direito reconhecido provisoriamente, seja para declarar improcedente a demanda – e, neste último caso, restará para o autor a obrigação de indenizar o réu.

pedidos de antecipação de tutela, ou mesmo a reforma pelos tribunais de decisões antecipatórias em primeiro grau de jurisdição, unicamente por critérios formais originados da distinção mencionada, em evidente prejuízo ao jurisdicionado.¹⁶

Atualmente, há mesmo uma inversão do pensamento dominante, chegando alguns a negar veementemente qualquer utilidade prática da distinção. Assim, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

(...)Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas. (...) Ora, se possuem tantos aspectos que se aproximam, será melhor tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las modalidades de cautelar ou considerar essas denominações apenas às conservativas e não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais.¹⁷

No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO chama atenção para o fato de que os dois tipos de tutela, cautelar e antecipatória, tem mais semelhanças a diferenças, merecendo tratamento similar:

A antecipação de tutela jurisdicional, como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, chegou ao direito brasileiro com a *Reforma* de 1994 e não foi ainda perfeitamente compreendida pelos operadores do direito e nem adequadamente assimilada pela doutrina. Talvez a primeira e mais grave causa de incompreensão consista na falsa crença de que esses sejam dois conceitos absolutamente distintos e não, como convém, duas categorias de um gênero só, o das *medidas urgentes*. O bom exemplo do art. 700 do Código de Processo Civil italiano e do muitíssimo que a respeito já se escreveu ainda não foi capaz de infundir no pensamento brasileiro a idéia de que, sendo mais forte o que há de comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), *devem ficar reduzidas as preocupações em separar muito precisamente as duas espécies, dando-lhes tratamentos diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos)*.¹⁸[itálico original]

¹⁶ BENUCCI, R. L. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001. p.23.

¹⁷ BEDAQUE, J. R. S. op. cit., p. 284-285.

¹⁸ DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.90.

Realmente as tutelas ora tratadas são funcionalmente (porque ambas servem à celeridade do processo) e estruturalmente (porque se assemelham quanto às características da provisoriedade, reversibilidade, possibilidade de revogação ou modificação, etc) similares, mas, ainda assim, merecem ser diferenciadas. Primeiro porque, apesar de o CPC hoje permitir a concessão de tutela cautelar em caráter incidental (que seguirá o mesmo procedimento da tutela antecipada), a recíproca não é verdadeira, ou seja, não é possível a instauração de processo preparatório que tenha por objetivo a obtenção de tutela antecipatória. Em segundo lugar, conquanto o CPC caminhe cada vez mais no sentido de unificar os dois tipos de tutela, vigora em relação à tutela antecipada o princípio dispositivo, sendo este, ao contrário, mitigado no âmbito da tutela cautelar *stricto sensu*. Isto é o que se apura do *caput* do artigo 273 do CPC, que autoriza o juiz a antecipar a tutela a “requerimento da parte”, em contraste com a previsão dos artigos 798 e 799, segundo os quais, além dos procedimentos cautelares especiais previstos no Código, “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, inclusive “autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”, o que, normalmente, é interpretado como possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela cautelar.

2.3. Tipos e requisitos

Antes de adentrarmos propriamente ao exame do direito positivo, cabe uma advertência: a análise desenvolvida no presente trabalho terá por base a idéia de que a tutela antecipada genérica regulada pelo art. 273 do CPC e aquela relativa às obrigações de fazer e não fazer e, mais recentemente, à de entrega de coisa, dos arts. 461, §3º, e 461-A, §3º, do mesmo Código, não são dois institutos diversos, ao contrário, integram a regulação legal de um mesmo fenômeno.

Existem três tipos de tutela antecipada que se diferenciam por seus requisitos ou pressupostos. A primeira e mais estudada é a tutela antecipada fundada no “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, conforme art. 273, I, ou no “justificado receio de ineficácia do provimento final”, nos termos do art.461, §3º; a segunda forma de tutela é a prevista no art.273, II, cabível em casos de abuso do direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu; e a terceira é do “pedido incontroverso”, prevista no art. 273, §6º, acrescentado pela Lei nº 10.444/02. Nos dois primeiros casos, há que se fazer presente também o requisito que o art. 273, *caput*, denomina de “prova inequívoca” combinada com a “verossimilhança da alegação” e o art. 461, §3º, de “relevância do fundamento da demanda”.

Chamaremos os tipos de tutela antecipada, citados, de antecipação assecuratória, antecipação punitiva e antecipação do pedido incontroverso.¹⁹

2.3.1. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

A redação do CPC, para exprimir os requisitos da tutela antecipada, merece várias críticas. No art. 273, o legislador diz que o juiz poderá conceder a tutela antecipada pleiteada “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. A contradição aqui é manifesta: a prova inequívoca leva à certeza da alegação e não à sua verossimilhança, que, ao contrário, diz com a aparência da verdade ou com a probabilidade desta – os dicionários nos ensinam que verossimilhança é a qualidade ou caráter de verossímil, adjetivo que significa semelhante à verdade, que parece verdadeiro, provável.

A doutrina procura soluções que dêem ao enunciado legal um sentido lógico aceitável. Nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

...a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque “prova inequívoca” é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não de verossimilhança (...) aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias

¹⁹ Segue-se, aqui, a sugestão de TEORI ALBINO ZAVASCKI. op. cit., p.74.

contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança que a verossimilhança.²⁰

Contestando o entendimento anterior, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA tenta salvar o texto legal, explicando que o raciocínio da doutrina majoritária parte da premissa de ser a prova inequívoca a prova com força persuasiva absoluta (prova incontestável) ou relativa (que produz um juízo de probabilidade), mas que, na verdade, há outra acepção para a expressão, que corresponderia simplesmente a entender que inequívoca é a prova cujo conteúdo autoriza apenas um entendimento. Sugere, então, o seguinte:

Se nos colocamos no ponto de vista acima indicado, cessa toda e qualquer dificuldade para compatibilizar, na interpretação do art. 273, a qualidade de “inequívoca”, exigível na prova, e o patamar de simples “verossimilhança” – ou de “probabilidade”, se se preferir – que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela. Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.²¹

Em que pese a autoridade intelectual do doutrinador, não parece ser esta a solução mais adequada ao deslinde da questão, pois, ainda que “prova inequívoca” possa ter o significado que BARBOSA MOREIRA nela percebeu, esse significado estaria contido na idéia de verossimilhança, o que não levaria a conclusão diferente daquela idéia de probabilidade. E isso, porque não se pode conceber uma prova inequívoca (nos termos em que concebe tal expressão o processualista citado, isto é, que “tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação”) que seja, ao mesmo tempo, persuasiva.

Da mesma forma, falar-se em fundamento relevante da demanda também não é a melhor maneira de colocar as coisas. O fundamento do pedido do autor

²⁰ DINAMARCO, C.R. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1997.p.143.

²¹ MOREIRA, J.C.B. **A antecipação da tutela: algumas questões controvertidas**. In: Revista de Processo nº 104, 2001, p.105.

pode ser relevante sem, contudo, convencer - situação em que não estará autorizada a concessão da tutela antecipada.

Na verdade, o que cumpre investigar é se o requisito anterior, comum às duas formas de tutela antecipada previstas nos incisos do art. 273, *caput*, se diferencia em alguma medida do clássico *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar, bem como de outras fórmulas legais autorizadoras de medidas antecipatórias – “quando for relevante o fundamento” (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51); “relevante fundamentação do recurso” (art. 588 do CPC).

Em prol de uma distinção de grau, posicionam-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem a verossimilhança remete a uma prova mais robusta que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar²², e TEORI ALBINO ZAVASCKI, para quem na concessão da tutela antecipatória, “o *fumus boni iuris* deverá estar (...) especialmente qualificado”²³.

Com a devida vênia dos processualistas citados, o debate pede a opinião abalizada de EDUARDO TALAMINI²⁴, para dizer que a verossimilhança da alegação ou o fundamento relevante da demanda em nada se distingue do *fumus boni iuris* do processo cautelar ou do mandado de segurança. Ou, de outra forma, tanto uns quanto outro possuem graus de exigência que variarão de acordo com os efeitos nocivos que o provimento, antecipatório ou cautelar, poderá provocar no caso de o exame definitivo da causa chegar a conclusão que contraria a tutela provisória.

De modo que, falar-se em forte probabilidade para diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar é construção artificial.

2.3.2. Da antecipação assecuratória

Quanto aos requisitos alternativos (os dos incisos do *caput* do art. 273), temos que o primeiro corresponde ao *periculum in mora*, identificado pela doutrina como requisito do artigo 798 do CPC.

²² Id.

²³ ZAVASCKI, op. cit., p.76.

²⁴ TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. São Paulo: RT, 2001, pp. 351-354.

Será necessária a antecipação da tutela, portanto, naquelas situações em que a manutenção do bem disputado na esfera jurídica do réu puder causar ao autor titular da razão um dano tal que a sentença definitiva, desacompanhada daquela providência prévia, será incapaz de dar-lhe tudo aquilo a que tem direito.

O *periculum in mora*, como se vê, envolve o risco de ineficácia prática do provimento final, risco esse que, se concretizado, equivaleria a verdadeira negativa de prestação da tutela jurisdicional.

Além disso, o risco mencionado deve ser concreto e atual, não correspondendo, por exemplo, ao mero dano marginal causado pelo tempo do processo.

2.3.3. Da antecipação punitiva

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu podem ensejar a concessão de tutela antecipada, independentemente da existência de perigo de dano irreparável, com o que se busca proteger o autor do dano marginal do processo, nesse caso potencializado pelo comportamento da parte adversa. Com base nisso, há quem conteste a natureza cautelar *lato sensu* da tutela antecipada, como é o caso de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO²⁵.

A doutrina dominante entende que o manifesto propósito protelatório do réu deverá ser aferido no curso do processo, após a regular triangularização da relação processual, motivo pelo qual tal conduta se confunde com o abuso do direito de defesa, sendo, na verdade, uma de suas formas de expressão. Assim sendo, não seria cabível pleitear-se a tutela antecipada com fundamento, por exemplo, na alegação de que, antes da instauração do processo, o réu-devedor vinha opondo obstáculos sucessivos ao cumprimento de sua obrigação.

É claro que quando se fala “abuso do direito de defesa” pressupõe-se o exercício da defesa, daí se concluindo que a aferição deste requisito só é possível com base em atos praticados no âmbito do processo (no seu curso e nos seus autos). O manifesto propósito protelatório do réu, diferentemente, é expressão muito mais ampla, que pode muito bem abranger – e deve fazê-lo em

²⁵ MACHADO, A..C.C. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 365-367.

homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição – atos prévios ao processo, demonstrativos de tentativas de retardar o cumprimento do dever jurídico correspondente ao direito buscado pelo autor.

Este requisito alternativo é, sem dúvida, um dos aspectos de maiores controvérsias doutrinárias da tutela antecipada. Ao contrário do requisito do *periculum in mora*, autores de renome têm, aqui, posicionamentos absolutamente divergentes. E, sem dúvida, aquele que identifica o maior número de situações abrangidas pelo art. 273, II, do CPC, é LUIZ GUILHERME MARINONI.

Para o citado jurista, podem ser objeto de antecipação de tutela fundada no abuso do direito as seguintes situações²⁶: a) casos em que concorrem a evidência do direito do autor e a fragilidade da resistência do réu; b) casos em que o réu, sem contestar os fatos constitutivos narrados pelo autor, apresenta exceção substancial indireta infundada; c) casos em que o autor apresenta prova dos fatos constitutivos do pretense direito e o réu contesta por meio de defesa provavelmente infundada que exija instrução probatória (é o que o autor identifica como tutela antecipatória através da técnica monitória); d) casos de não-contestação parcial ou de reconhecimento parcial do pedido; e) casos em que é possível o julgamento antecipado de um ou mais de um dos pedidos cumulados; f) casos de julgamento antecipado de parcela do pedido; g) casos de abuso do direito de recorrer; h) casos que tratam de matéria já sumulada pelos tribunais.

Em extremo oposto, posiciona-se TEORI ALBINO ZAVASCKI, para quem, “evidenciam-se escassas, na prática, as hipóteses de concessão de tutela antecipada por abuso do direito de defesa”²⁷.

O entendimento do Professor MARINONI, decorre de uma concepção sistêmica do instituto da tutela antecipada, porque como deixa claro em suas lições, a antecipação da tutela é “uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo”²⁸, que poderá inclusive, em algumas situações anteriores, fundar-se em cognição exauriente e produzir coisa julgada material²⁹. Nessa perspectiva, a tutela antecipada, como meio de harmonizar os princípios da segurança jurídica e

²⁶ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.143 et seq.

²⁷ ZAVASCKI, op. cit., p. 77.

²⁸ MARINONI, op. cit., p. 17.

²⁹ Ibid., p.154.

da efetividade da jurisdição, tem por escopo também a concretização do princípio da igualdade material.

2.3.4. *Da antecipação do pedido incontroverso*

O novo §6º do art. 273 do CPC diz que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

A lei fala em incontrovérsia quanto a um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles. Mas, na verdade, o que poderá estar incontroverso no processo são os fatos e a interpretação do direito em que se apóia o autor para pleitear em juízo. E esta incontrovérsia decorre ou da ausência de contestação, total ou parcial, ou do reconhecimento expresso do pedido por parte do réu. A qual destas situações refere-se a lei?

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao examinar o novo dispositivo, não faz referência expressa ao reconhecimento do pedido pelo réu explicando que a “incontrovérsia, tomada pelo novo parágrafo como fundamento para antecipar a tutela, consiste na ausência de confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor”³⁰.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER excluem o reconhecimento do pedido da abrangência do art. 273, §6º, do CPC:

Foi acrescentado o §6º, em que se deixou claro o que antes, em nosso entender, já se podia fazer. Sendo o pedido cindível, pode o juiz, se considerar ser o caso, não sendo uma das partes do pedido objeto de controvérsia entre autor e réu, antecipar desde logo os efeitos da tutela com relação a esta.

Pensamos que, se isto pode ocorrer quando o pedido é cindível (por exemplo, quando se pede de volta certa quantia emprestada e não devolvida, e a discussão que se instala, entre autor e réu, diz respeito exclusivamente a uma parte do quantum devido, estando de acordo, autor e réu, quanto à existência da dívida e quanto a um determinado valor), maior razão haverá para admitir que possa haver antecipação de tutela quando houver mais de um pedido e, quanto a um deles, não estiverem em desacordo autor e réu – sem que haja, evidentemente,

³⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 95.

manifestação de vontade das partes (transação) ou de uma das partes (reconhecimento jurídico do pedido – réu; ou renúncia à pretensão – autor).³¹

De maneira diversa pensa JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR:

Esses casos de reconhecimento parcial do pedido ou de não contestação, que representam as circunstâncias hábeis à consecução do delineamento da parcela incontroversa da lide e, conseqüentemente, da pretensão não mais resistida, independem do requisito emergencial insculpido no brocardo *periculum in mora*. Basta para a obtenção da tutela antecipada que se verifique qualquer das circunstâncias apontadas, porquanto recepcionadas no §6º do art. 273 do CPC.³²

Adotando-se uma postura que retire do texto legal significado que empreste ao processo o máximo de efetividade, pode-se entender que tanto a ausência de contestação, seja total ou parcial, como o reconhecimento do pedido estão contemplados no §6º do art.273. Assim sendo, tratando-se, em regra de direito disponível, e estando presente, no primeiro caso (ausência de contestação), no mínimo a plausibilidade do direito invocado, é de ser antecipada a tutela.

Veja-se, então, que, apesar de o CPC ser omissivo a respeito, pelo menos no caso de ausência de contestação, não se dispensa, na hipótese de que ora se trata, o exame da verossimilhança da alegação. Este somente não será exigível no caso de reconhecimento total ou parcial do pedido relativo à direito disponível. É que a ausência de contestação, total (que equivale à revelia) ou parcial (que significa ausência de impugnação específica), apenas induz, quanto aos fatos alegados pelo autor e não contestados, a presunção de veracidade, enquanto que o reconhecimento jurídico do pedido, total ou parcial, “não tem por objeto um ou mais fatos, mas o próprio pedido do autor”³³.

A não contestação, na verdade, traduz uma situação de especial qualificação da plausibilidade da alegação do autor, chamando-se a atenção para o fato de que, em tal hipótese, não se podem reputar verdadeiros os fatos naquelas mesmas hipóteses em que o art.320 do CPC diz que a revelia não produz seu efeito material, bem como nos casos do art. 302 do mesmo Código.

³¹ WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000. p. 56-57.

³² FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.94.

³³ MOREIRA, J. C. B. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 56.

Parece evidente também que, apesar da letra da lei, o dispositivo sob exame se aplica aos casos em que haja um único pedido que venha a ser parcialmente reconhecido ou não contestado (ou seja, casos em que não haja cumulação de pedidos).

Este tipo de antecipação de tutela traz vários questionamentos. Como foi visto acima, antes da intitulada “reforma da reforma”, MARINONI já propugnava que a antecipação poderia ser concedida em casos com fundamento em abuso do direito de defesa. E alertava para o fato de que, nesses casos, a tutela antecipada estaria baseada em cognição exauriente, a decisão que a veicula sendo apta a fazer coisa julgada material. Veja-se o que diz o doutrinador:

A tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é uma tutela anterior à sentença, mas não é uma tutela fundada em probabilidade ou verossimilhança. A tutela antecipatória, nas hipóteses ora estudadas, não é fundada em cognição sumária, compreendida como cognição que se contrapõe à cognição exauriente. Portanto, a tutela antecipatória, nesses casos, não apresenta risco ao direito de defesa ou ao princípio do contraditório.³⁴

E, adiante, quando fala da tutela antecipada através do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados o autor adverte que “A tutela antecipatória, neste caso estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente, produzindo coisa julgada material”³⁵.

Sobre tal posicionamento, comentou ÁTHOS GUSMÃO CARNEIRO, ainda antes da última alteração legislativa:

O alvitre, conquanto realmente muito valioso “*lege ferenda*”, até mesmo porque a ausência de controvérsia equivale, ontologicamente, a um “reconhecimento parcial do pedido”, (servindo a AT como “meio processual” para alcançar o bem da vida, embora provisoriamente – Nelson Nery Jr., in Aspectos Polêmicos..., pp. 388-389), parece-nos de difícil aceitação em face do direito legislado.

A hipótese configuraria caso de *parcial julgamento antecipado da lide*, regido pelo art. 330 do CPC. Teríamos, então, um provimento judicial versando sobre apenas *uma* parte do mérito, mas sem a potencialidade de por termo ao processo: *decisão interlocutória* e, portanto, impugnável mediante *agravo*.

Conclusão: parte do mérito seria sujeito ao crivo da segunda instância mediante recurso de *agravo*, sob prazo de 10 dias e privado de efeito suspensivo, com

³⁴ MARINONI, op. cit., p 152.

³⁵ Ibid., p. 154.

juízo sem revisor e sem sustentação oral; e o restante do mérito seria ao final objeto da sentença, com apreciação pelo colegiado de segundo grau através de *apelação* com prazo de 15 dias e sob as garantias de um contraditório mais acentuado.

Além disso, é de sublinhar que nem sempre a questão relativa à “amplitude” da contestação se ostenta com suficiente nitidez, e podem surgir controvérsias sobre se (ou qual) determinada parcela do pedido realmente não mereceu contradita, ou se talvez teria sido impugnada implicitamente.

Diante de tais percalços, a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas, será admitir a AT das parcelas ou do(s) pedido(s) não contestados, em decisão que será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno.³⁶ [itálico original]

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO escreveu sobre o tema, refletindo aquele que talvez seja o entendimento dominante na doutrina nacional:

...ficando incontroverso apenas um ou alguns dos fatos constitutivos descritos na *causa petendi* e restando outros a provar, o sistema processual repele o parcial julgamento do mérito ainda quando os fatos incontroversos (ou mesmo comprovados por documentos) sejam suficientes para fundamentar esse julgamento parcial. É para essa situação que o novo dispositivo autoriza a parcial antecipação da tutela jurisdicional – forte na premissa de que sendo incontroverso o fato, configura-se uma superativa probabilidade de sua ocorrência, muito mais vigorosa que a exigida pelo art. 273, *caput*.³⁷

Parece coerente, entretanto, entender que a tutela antecipada prevista no §6º do art. 273 pode ou não ser concedida com base em cognição sumária no caso de, configurada a ausência total ou parcial de contestação, o juiz, após examinar os fatos afirmados pelo autor, concluir pela verossimilhança do direito invocado. Se, entretanto, não restarem mais dúvidas na mente do magistrado sobre quem tem a razão, ele estará pronto para proferir uma sentença parcial – deverá, então, proceder ao julgamento antecipado e fracionado da lide³⁸, devendo, concomitantemente, antecipar a tutela, a qual, nesse caso se fundará em cognição exauriente.

O mesmo raciocínio vale para o caso de haver expresse reconhecimento parcial ou total de um ou mais dos pedidos pelo réu, mas, nessa hipótese, o magistrado não examinará o direito, limitando-se, apenas, a averiguar se ele é

³⁶ CARNEIRO, A. T. *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.54.

³⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 95-96.

³⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 94.

daqueles disponíveis, caso em que proferirá, desde logo, o julgamento antecipado e fracionado da lide, acompanhado da tutela antecipada.

2.3.5. Da irreversibilidade

Além dos requisitos positivos vistos até aqui, pode-se acrescentar um requisito negativo, consubstanciado no texto do art. 273, §2º, segundo o qual “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Trata-se de outro aspecto sensível da tutela antecipada. O que se discute, aqui, é a questão da inafastabilidade relativa deste requisito negativo, ou, em outras palavras, a possibilidade de ser concedida a tutela antecipatória ainda quando presente risco (ou a certeza) de irreversibilidade. A doutrina aponta no sentido de temperar a letra da lei com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, o que somente será possível por meio de uma ponderação de valores ou de uma “valoração comparativa de riscos”, como sugere JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁹.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO sistematizou bem o assunto, concluindo que o requisito é inaplicável nos casos de recíproca irreversibilidade:

Com freqüência, o pressuposto da irreversibilidade ficará “superado” ante a constatação da “*recíproca irreversibilidade*”. Concedida a AT, efetivada, cria-se situação irreversível *em favor do autor*, denegada, a situação será irreversível *em prol do demandado*.

Assim, v.g., duas associações automobilísticas pretendem cada qual disputar a sua competição em um mesmo autódromo e na mesma data; contra a associação desfavorecida pela decisão, quer a autora como a ré, surgirá situação irreversível no plano dos fatos (ressalvadas eventuais compensações por perdas e danos). Teoria Zavascki lembra o caso de mercadoria perecível retida na alfândega para exame sanitário, estando os fiscais em greve: se não liberada, irá a mercadoria tornar-se imprestável; se liberada independentemente de exame sanitário, será comercializada sem esta precaução – ambas as situações irreversíveis (art. In *A Reforma do CPC*, Ed. Saraiva, 1996, p.136).

Cabe ao juiz, escreveu Alexandre Freitas Câmara, “proteger o interesse preponderante, aplicando o *princípio da proporcionalidade*, ainda que isto implique conceder a antecipação de tutela em situações em que esta produza efeitos irreversíveis” (*Lineamentos do Novo Processo Civil*, 2ª ed., Ed. Del Rey, p. 75). O

³⁹ MOREIRA, op. cit., p. 106.

princípio da proporcionalidade, no magisterio de Karl Larenz, definirá os limites em que é lícito satisfazer um interesse, mesmo à custa de outro interesse igualmente merecedor de tutela.”⁴⁰[itálico original]

Nesta perspectiva, a conclusão não poderia mesmo ser outra. No caso de perigo de irreversibilidade, a solução não está pronta na lei (no sentido da negativa da concessão da tutela antecipatória). O art. 273, §2º, do CPC, deve ser entendido sempre como um princípio geral que rege a matéria, a ser mitigado diante do caso concreto, se necessário.

Em ponto de vista diverso, merecem destaque, mais uma vez, as lições de LUIZ GUILHERME MARINONI que, após diferenciar a irreversibilidade do provimento da irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento e criticar a confusão que reina na doutrina, explica :

O que o artigo 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias. (...)

Quando o artigo 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento.*

(...) Não há dúvida que é impossível admitir, de forma generalizada, a antecipação da declaração e da constituição, *já que é inconcebível a tutela antecipatória nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas.*⁴¹ [itálico original]

De modo que, segundo o ilustre jurista, não se pode retirar do art. 273, §2º, do CPC a vedação à tutela antecipada no caso de haver risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento – o dispositivo legal diz respeito a coisa diversa. Frise-se, apenas, que esta orientação é contestada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, eis que “a exegese não parece sustentável porque o provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no §4º [do art.273, do CPC], que autoriza o juiz a revogar a medida, a qualquer tempo”.⁴²

⁴⁰ CARNEIRO, op. cit., p. 66.

⁴¹ MARINONI, op. cit., p. 173-174.

⁴² MOREIRA, op. cit., p. 105.

2.4. Eficácia do provimento

Uma questão importante, de grande relevância prática, refere-se à eficácia do provimento antecipatório da tutela, cabendo a seguinte indagação: Teria ele a mesma eficácia do provimento final fundado em cognição exauriente, isto é, da sentença? E mais: a tutela antecipada é compatível com todas as cinco espécies de ação de conhecimento, classificada esta segundo a sua eficácia – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*?

De início, é importante lembrar que nunca houve dúvida sobre a possibilidade de antecipação de tutela mandamental e executiva *lato sensu*. Estão aí, para fazer prova, as liminares em mandado de segurança (eficácia mandamental, em regra) e em ações possessórias (eficácia executiva *lato sensu*).

A doutrina debate, entretanto, sobre o cabimento da antecipação da tutela em sede de ação declaratória e de ação constitutiva, predominando o entendimento de haver entre o instituto e tais tipos de ação um certo grau de incompatibilidade. Quanto à ação declaratória, argumentam que uma decisão provisória não pode antecipar a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica porque a esta declaração são ínsitas a certeza e definitividade, que só podem fundar-se em cognição exauriente. Da mesma forma, uma decisão provisória não poderia constituir ou desconstituir uma situação jurídica. Mais ainda, argumentam que tais tipos de provimentos nunca se sujeitariam a risco de lesão irreparável, porque a declaração de certeza e a constituição de situação jurídica sempre seriam possíveis.

Ocorre que antecipar a tutela não corresponde exatamente à antecipação do provimento final. Objeto da antecipação são os efeitos práticos deste provimento, identificáveis tanto na tutela declaratória quanto na constitutiva – o fato de estas serem chamadas de tutelas meramente ideais, porque não atuam sobre a vontade do réu, não significa que elas não produzam efeitos, sob pena de revelarem-se sem nenhuma utilidade para o autor.

A sentença constitutiva, que constitui ou desconstitui uma relação jurídica, terá por efeito prático impedir que se negue ao autor, com fundamento, respectivamente, na inexistência ou existência dessa relação jurídica, qualquer

pretensão. É comum, por exemplo, a fixação de aluguel provisório nas ações de revisão de aluguel decorrente de contrato de locação.

O mesmo vale para ação declaratória. Assim sendo, o que se busca é a declaração de nulidade de uma cláusula contratual, podendo-se antecipar a tutela para que o contrato seja cumprido sem a incidência daquela cláusula – se esta disser respeito à atualização monetária de prestações mensais, por exemplo, tais prestações deverão ser pagas sem a referida atualização. Outro exemplo, no campo da tutela declaratória, é o da possibilidade de antecipação de tutela para fins de reconhecimento provisório da autenticidade de um documento contestado na fase de habilitação de uma licitação aberta pelo Poder Público, conforme exemplo lembrado por SÉRGIO SAHIONE FADEL *apud* Humberto Theodoro Júnior.⁴³

E, em qualquer caso, não seria preciso, a rigor, que o autor pedisse expressamente o reconhecimento daqueles efeitos específicos. É que, como bem notou LUIZ GUILHERME MARINONI “não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou declaração fundada em cognição sumária”⁴⁴. O que ocorre é que, para justificar a utilidade da antecipação, o autor terá que fazer referência, na sua narrativa dos fatos, àqueles efeitos desejados.

Pode-se dizer que, hoje, existe uma aceitação geral pela doutrina da antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR resume bem a questão:

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada.⁴⁵

Nem se diga que, nesses casos, os efeitos antecipados teriam natureza puramente cautelar. Isto não é correto porque a medida cautelar, lembre-se, apenas visa resguardar a utilidade do processo, a evitar o perecimento daqueles

⁴³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 31.

⁴⁴ MARINONI, op. cit., p. 44.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 28.

resultados que decorrerão da sentença favorável, não conferindo ao autor o que ele só poderia obter após a prolação da sentença de mérito favorável.

Quanto à tutela condenatória, não há nenhum óbice à antecipação do principal efeito da sentença condenatória, isto é, a sua força para promover a execução forçada, para autorizar a instauração do processo de execução. Execução provisória, nesse caso, porque fundada em decisão não definitiva (título executivo provisório). Ocorre que tal solução não atende aos fins da antecipação porque, como bem observa LUIZ GUILHERME MARINONI, “faz parte do espírito da execução de título a necessidade da atuação célere do comando judicial”⁴⁶.

A decisão antecipatória, mesmo que tenha por objeto algum tipo de condenação, deve ter eficácia preponderantemente mandamental ou executiva *lato sensu*, conforme o caso. Tem que ser efetivada (e não executada) por meio de ordens dirigidas ao réu, ou diretamente pela determinação de medidas subrogatórias no próprio processo de conhecimento. A desobediência por parte do réu ou a oposição de óbices ao cumprimento da decisão caracterizará infração do dever previsto no art. 14, V, do CPC, com as alterações da Lei nº 10.358/01⁴⁷, bem como, no caso de provimento mandamental, o crime do art. 330 do Código Penal⁴⁸.

Assim sendo, no caso da tutela que antecipa os efeitos da sentença condenatória, não há que se falar em instauração de novo processo – e isso vale, inclusive, para a tutela antecipatória que determina o pagamento de quantia certa. No próprio processo de conhecimento serão observadas as regras do processo de execução que se mostrarem úteis e adequadas, como a possibilidade de exigência de medidas de contracautela, não sendo cabíveis embargos do executado, a defesa do réu deve ser apresentada por simples petição. Este o sentido que grande parte da doutrina, com alguma variação, já emprestava ao art. 273, §3º, do CPC, e que veio a ser confirmada pela redação da Lei nº 10.444/02.

⁴⁶ MARINONI, op. cit., p. 186.

⁴⁷ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

⁴⁸ Art. 330 – Desobedecer à ordem legal de funcionário público:
Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

LUIZ GUILHERME MARINONI explica que “o provimento antecipatório tem executividade intrínseca; ele não possui natureza condenatória e, assim, não exige a propositura de uma ação de execução”⁴⁹ e adiante torna a esclarecer que “no caso de tutela antecipatória de soma de dinheiro fundada em cognição sumária aplicam-se as normas do processo de execução como ‘parâmetro operativo’, porém prescindindo-se da necessidade de citação. Ordena-se o pagamento.”⁵⁰

TEORI ALBINO ZAVASCKI, diversamente, propõe uma distinção para a medida antecipatória de efeitos condenatórios. Segundo sua sugestão, a tutela antecipada concedida com fundamento no art. 273, I, do CPC, se efetivaria por meio de ordens e mandados emitidos no próprio processo de conhecimento, enquanto que a efetivação da tutela antecipatória do art. 273, II, dependeria de ação autônoma de execução provisória, nos moldes do art. 588 do CPC, também aplicável quando a efetivação da tutela concedida com base no art. 273, I, fosse frustrada pela desobediência do destinatário das ordens judiciais. No primeiro caso, eventuais embargos não teriam efeito suspensivo⁵¹.

Fortalecendo a corrente de entendimento doutrinário que não diferencia a forma de efetivação da antecipação pelos fundamentos desta, tem-se ainda LUIZ FUX – que classifica as espécies de tutela antecipatória em “tutela de segurança”, correspondente à tutela sumária de direitos, e “tutela de evidência”, esta presente em casos em que o direito da parte se apresenta evidente, em que há mais do que *fumus boni iuris* – e traz a seguinte lição:

O §3º do art. 273 do Código de Processo Civil determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assimilando-o o vocábulo execução por efetivação, implementação do provimento no mesmo processo. Ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituísse uma antecipação no curso do processo de conhecimento visando à agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução. A lei não distinguiu a tutela antecipada da evidência da tutela antecipada nos casos de periclitación. Em ambas a execução deve ser provisória e reversível. Entretanto, de nada adiantaria a previsão de tutela antecipada se o cumprimento

⁴⁹ MARINONI, op. cit., p. 188.

⁵⁰ Ibid., p. 190.

⁵¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 92-96.

da medida fosse postergado, tornando letra morta o instrumento de agilização jurisdicional.⁵²

Alcança-se com isso importante conclusão: a tutela antecipatória não tem necessariamente a mesma eficácia preponderante do provimento final fundado em cognição exauriente.

3. Efetiva possibilidade de tutela antecipada contra o Poder Público

3.1. Pontos de esclarecimentos iniciais

3.1.1. O porquê da denominação Poder Público

Por Poder Público deve-se entender os entes de direito público interno (União, Estados, Município e Distrito Federal e suas fundações e autarquias) e seus agentes.

No presente trabalho optou-se pela expressão Poder Público em substituição à Fazenda Pública porque, em geral, a doutrina não insere os agentes públicos na conceituação desta.

E ainda, em razão da carga excessivamente patrimonial que o termo [Fazenda Pública] encerra, restringindo-se à idéia de direitos patrimoniais. HELY LOPES MEIRELLES, explica que a Fazenda Pública é a Administração Pública atuando em juízo "porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda"⁵³. Assim, por conta deste significado afastou-se o termo Fazenda Pública.

3.2. Cabimento da tutela antecipada contra o Poder Público

Pode-se dizer que houve uma tendência doutrinária inicial a repudiar a antecipação de tutela contra o Poder Público. Tal orientação se apoiava em

⁵² FUX, L. **Tutela de segurança e tutela de evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 358-359.

⁵³ MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 619.

proibições legais à concessão de liminares já existentes à época da edição da Lei nº 8.952/94 – nomeadamente as da Lei nº 8.437/92 – e no argumento segundo o qual o novo tipo de tutela seria incompatível com um sistema processual que prevê a obrigatoriedade de reexame necessário em segundo grau de jurisdição de todas as causas em que o Poder Público é sucumbente, com suspensão da eficácia da decisão encaminhada ao Tribunal, nos termos do artigo 475 do CPC, e a submissão das condenações contra o Poder Público ao regime dos precatórios requisitórios de pagamento.

Não demorou muito, entretanto, para que essa tendência inicial se revertesse.

A rigor, as considerações já feitas ao início do trabalho sobre os fundamentos da tutela antecipada já são suficientes para chegar-se à conclusão de que ela pode ser concedida contra o Poder Público, bastando para isso que se façam presentes os requisitos legais. Não foi por outro motivo a demora e detalhamento no estudo daqueles fundamentos.

Em outras palavras, as razões de ser do instituto da tutela antecipada justificam e impõem o seu manejo pelo magistrado, seja o requerido um particular ou o Poder Público. Em qualquer dessas situações poderá surgir a necessidade de concretização do equilíbrio abstrato entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, tendo-se como meta a otimização do resultado do processo. Indispensável, então, estar disponível o instrumento técnico-jurídico adequado para tanto, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Vale deixar bem claro que tais considerações aplicam-se a todos os tipos de tutela antecipatória de que tratou-se, ou seja, às tutelas assecuratória, punitiva e do pedido incontroverso.

Com efeito, como se justificaria que o autor, em favor do qual pende a plausibilidade do direito invocado, tivesse que arcar com os danos decorrentes do tempo do processo, danos estes eventualmente irreversíveis, podendo vir a, ao fim do feito, nada obter de útil da declaração de procedência de sua pretensão, pelo simples fato de, na outra ponta da relação processual, encontrar-se o Poder Público? Aceitar tal estado de coisas seria, indubitavelmente, negar a tutela jurisdicional. Seria dizer que, em face do Poder Público, o princípio da

inafastabilidade da tutela jurisdicional cederia espaço a um valor maior. Mas que valor seria esse? Certamente, não convence querer fundamentar tal tipo de exegese com a distorção do princípio da supremacia do interesse público. Tampouco se pode aceitar que as antecipações punitivas e do pedido incontroverso não sejam cabíveis em face do Poder Público. Repete-se, aqui, a pergunta anterior: o que justificaria fazer com que o autor suportasse o dano marginal do processo em tais casos?

Os ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI, também nesta seara, são perfeitos por sua precisão:

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.

Por outro lado, não admitir tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda Pública pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo.(...)⁵⁴

Vale destacar que a questão da tutela antecipada por abuso do direito de defesa praticado pelos órgãos de representação judicial do Poder Público encontra campo de aplicação naquelas hipóteses em que estes órgãos estão dispensados de interpor recurso contra as decisões desfavoráveis em primeira instância, seja em virtude de lei ou de ato administrativo, o que, normalmente, decorre do reconhecimento administrativo da consolidação da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais Superiores.

Veja a legislação federal sobre o assunto, conforme lembrança oportuna de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁵⁵:

Lei nº 10.522/02

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

I – matérias de que trata o art. 18; [versa hipóteses em que houve a declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário]

⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 218.

⁵⁵ BUENO, C. S. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 171, nota 151.

II – matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro da Fazenda.

(...)

Lei nº 9.469/97

Art. 4º. Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Quanto à tutela antecipatória do pedido incontroverso, é de se lembrar que, em caso de não contestação do Poder Público, estaremos diante de um daqueles casos em que não ocorrerá a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, dada a indisponibilidade dos direitos envolvidos, incidindo a norma do art. 320, II do CPC. A ausência de contestação servirá, aqui, como um indício neste sentido, que será mais ou menos forte conforme se apresentem as provas oferecidas pelo autor, mas não se verificará aquela especial qualificação da plausibilidade da alegação da inicial, não sendo possível, portanto, meramente com base no art. 273, §6º do CPC, a concessão de tutela antecipada.

No caso de reconhecimento jurídico do pedido, total ou parcial, a situação é diferente. Se no caso de direito disponível, o magistrado se limitava, como vimos no Capítulo 1, ao exame desta disponibilidade, tratando-se de direito indisponível, o reconhecimento do pedido funciona como um indicativo da plausibilidade da alegação do autor. Nesse caso, poderá ser concedida a tutela antecipada, lembrando apenas que o reconhecimento do pedido não poderá ser aceito se for contrário à lei.

As considerações anteriores são, entretanto, meramente tópicas, decorrendo das normas gerais do processo civil pátrio, sem afastar a possibilidade genérica de antecipação da tutela contra o Poder Público. Aliás, a análise que se faz da questão não apresentaria mesmo grandes novidades, não fosse pelo fato de parte da doutrina e da jurisprudência levantar alguns óbices, que, quando não levam à errônea conclusão de impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, acabam por torná-la inútil, inviabilizando-a.

3.2.1. Proibições legais

A análise das proibições legais à tutela antecipada contra o Poder Público será objeto de um capítulo específico neste trabalho. Cumpre, porém, desde logo, afastar algumas argumentações que, procurando restringir o conteúdo das leis que veiculam as citadas proibições, acabam por não reconhecê-las aplicáveis a uma série de situações e daí retirar o ensinamento de que a tutela antecipada contra o Poder Público é admissível em nosso sistema processual.

Em primeiro lugar, afirmavam alguns que a Lei nº 8.437/92, cujo artigo 1º veda “medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva”, não se aplicaria à tutela antecipada. Ocorre que a edição da Lei nº 8.437/92 é anterior à da Lei nº 8.952/94 e, naquela época, não se falava em tutela antecipada, servindo-se os operadores do direito do uso anômalo do processo cautelar para a obtenção de decisões judiciais provisórias satisfativas. Desta forma, a ausência de referência expressa da lei citada à tutela antecipada não poderia ser entendida como um motivo para que as vedações ali consignadas não alcançassem a dita antecipação. Nesse sentido, observe-se que a decisão que “importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional”, a que se refere o art.3º, tem clara natureza antecipatória, o que autoriza a conclusão no sentido de que, a rigor, apesar de mencionar apenas “ações de natureza cautelar ou preventiva”, a preocupação da Lei nº 8.437/92 voltava-se às medidas antecipatórias e não as puramente cautelares. De qualquer forma, a dúvida que se tivesse a respeito foi superada pela edição da Lei nº 9.494/97, que mandou aplicar a Lei nº 8.437/92 aos casos de tutela antecipada.

Além disso, o fato de a Lei nº 8.437/92 só fazer menção a “medida liminar” não autoriza a conclusão, baseada em uma interpretação restritiva do texto legal, de que a concessão da tutela antecipatória, nas hipóteses ali indicadas, só estaria proibida antes de ouvida a parte contrária. A “medida liminar” a que se refere a lei não corresponde ao conceito de decisão *initio litis*, proferida *inaldita altera pars*, dizendo respeito, antes, a qualquer decisão provisória, de natureza puramente cautelar ou antecipatória. ...

Não fosse assim não subsistiria, por exemplo, a vedação do provimento judicial provisório que, após a ouvida da pessoa jurídica de direito público ré, determina pagamento de vencimentos de servidores públicos, decisão que foge aos limites do conceito meramente topográfico de “medida liminar”. Mas, não é isso que se conclui da leitura de outros dispositivos da lei citada, conforme podemos observar do seu próprio artigo 3º, que confere efeito suspensivo aos recursos interpostos contra a sentença do processo cautelar que tenha tal conteúdo, bem como à respectiva remessa oficial – ou seja, o *telos* da lei é, em verdade, desautorizar qualquer “execução” anterior ao trânsito em julgado, decorra ela de decisão interlocutória, sentença ou acórdão. De modo que o exemplo referido está, sim, contemplado pelo artigo 1º da Lei nº 8.437/92, hoje combinado com o artigo 1º da Lei 9.494/97.

O artigo 2º da Lei nº 8.437/92 também evidencia a verdadeira intenção das normas por ela veiculadas. Fala a própria lei, ali, claramente, em concessão de liminar após a ouvida do réu. Ora, não sendo tal provimento verdadeira liminar, naquele sentido a que aludimos, a interpretação restritiva acabaria por levar à desconstrução do dispositivo citado por incompatibilidade lógica interna.

Ademais, em verdade, a idéia de liminar não se esgota nas decisões proferidas antes do exercício da defesa no processo. A decisão *inaudita altera pars* é mais liminar do que a proferida após a contestação, mas não retira desta tal caráter. Como explica JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, liminar é a medida “tomada à frente do *iter procedimental*, isto é, antes da sentença definitiva”⁵⁶ [itálico original]. O raciocínio que autoriza a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público é outro.

3.2.2. A inexistência de proibição genérica

Os artigos 273 e 461 do CPC não trazem nenhuma regra da qual possa se extrair a vedação da tutela antecipatória contra o Poder Público.

Esse fato em si, evidentemente, não diz muita coisa - porque as normas jurídicas só podem ser entendidas em um contexto sistêmico -, mas, quando

⁵⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 169.

cotejado com a existência de leis especiais que proíbem a antecipação de tutela em face do Poder Público a respeito de determinadas matérias, leva à conclusão inafastável de que, pelo menos como regra geral, a tutela antecipada não encontra barreiras quando é réu o Poder Público.

Em outras palavras, qualquer lei restritiva da concessão de tutela antecipada contra o Poder Público é testemunha da regra geral segundo a qual é possível esta antecipação.

Por outro lado, o artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, na redação dada pela Lei Complementar nº 104/01, inclui como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao lado da "concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial"⁵⁷. De modo que, pelo menos no que atina ao âmbito do Direito Tributário, existe lei reconhecendo expressamente a possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, o que revela, inclusive, não ser esta incompatível com o instituto do duplo grau de jurisdição obrigatório.

3.2.3. *Da ofensa ao princípio da isonomia*

Negar a possibilidade de antecipação da tutela em processos em que é réu o Poder Público seria o mesmo que entender que em tais processos não se verificam jamais os pressupostos da antecipação. Desta forma, jamais estaria presente, por exemplo, ainda que plausível o direito invocado, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a parte autora.

Sabe-se, entretanto, que isto é falso, e nesta perspectiva, constituiria ofensa ao princípio da isonomia tratar os que litigam contra o Poder Público diferentemente daqueles que o fazem perante os particulares. O fundamento da antecipação de tutela nos dois casos é o mesmo, isto é, proteger a parte contra o dano marginal do processo ou o risco de dano atual, irreparável ou de difícil reparação.

⁵⁷ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;
V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

3.2.4. A remessa oficial

A previsão da remessa oficial também não obsta a antecipação de tutela contra o Poder Público, apesar de constituir, sem dúvida, um relevante argumento manejado por aqueles que entendem não ser a tutela antecipatória cabível contra o Poder Público.

A remessa oficial, prevista no artigo 475 do CPC, corresponde ao chamado duplo grau obrigatório, segundo o qual toda a sentença proferida contra os entes ali nominados não gerará efeitos antes de confirmada pelo tribunal⁵⁸. Com base nisso, há os que argumentam que se nem a sentença definitiva, fundada em cognição exauriente, tem eficácia imediata quando proferida contra o Poder Público, também não poderia gerar efeitos uma simples decisão interlocutória proferida a partir de cognição sumária e sujeita à revogação a qualquer tempo. Outros, sem excluir a possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, sustentam, entretanto, que a decisão antecipatória só ganharia eficácia depois de confirmada pelo tribunal⁵⁹.

Ocorre que tal conclusão só poderia prevalecer se, por uma questão de coerência, fosse estendida vedação dessa natureza a qualquer decisão antecipatória em processos cuja sentença seja impugnada por recurso com efeito suspensivo. Esse tipo de interpretação, contudo, pretendendo limitar o cabimento da tutela antecipatória a matérias em relação às quais se admite a eficácia imediata da sentença recorrível, ignora o fato de que a tutela antecipatória se fundamenta em premissas diversas, que não se relacionam aos efeitos próprios dos recursos no processo civil. Assim é que, ainda que uma sentença de procedência seja impugnada por recurso recebido no efeito suspensivo, a tutela antecipada antes concedida ao autor não deixa de gerar efeitos porque subsiste,

⁵⁸ Digna de menção é a crítica desenvolvida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ao comentar o art.475 do CPC: “Na realidade, as sentenças indicadas nos incisos desse artigo não produzem *jamais* eficácia alguma, porque é cediça em direito processual a regra de que o julgamento feito pelo tribunal substitui sempre aquele que foi objeto de recurso, quer negue, quer dê provimento a este. O *confirmar* a sentença não é outorgar-lhe eficácia ou talvez definitividade, mas emitir novo julgamento conforme. É o Poder Judiciário decidindo novamente a causa, agora pela voz de um órgão mais elevado(...)” (Op. cit., p. 131)

⁵⁹ JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS: “...a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau” (PASSOS, J. J. C. de. **Da antecipação da tutela**. In: **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.207)

por exemplo, a situação de urgência que a legitimou. Nesse caso, se a antecipação de tutela tiver sido total, o efeito suspensivo é que acabará sendo prejudicado.

É exatamente por conta da diferença entre os pressupostos do efeito suspensivo e da tutela antecipatória que se generalizou a prática de concessão desta no bojo da própria sentença, como forma de afastar o efeito suspensivo da apelação⁶⁰.

A recente alteração promovida pela Lei nº 10.352/01, ao incluir o inciso VII ao artigo 520 do CPC, confirmou as conclusões anteriores. Segundo o citado dispositivo a apelação será recebida no efeito meramente devolutivo quando interposta da sentença que "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela".

Por outro lado, a revisão de ofício não é instituto que perca a sua função se desacompanhado de efeito suspensivo. Basta lembrar o caso da sentença de procedência do mandado de segurança que, sujeita ao duplo grau de jurisdição, pode ser "executada provisoriamente", nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, com a redação da Lei nº 6.014/73.

É que o objetivo da revisão de ofício não é propriamente sustar os efeitos da decisão a ser revista, mas sim evitar que as decisões desfavoráveis ao Poder Público transitem em julgado antes de um exame do órgão colegiado⁶¹. Tal aspecto, já foi abordado por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, analisando o raciocínio da corrente que opõe à tutela antecipada contra o Poder Público a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição:

Todavia, poder-se-á superar tal argumento pela consideração de que a exigência do duplo grau refere-se apenas às sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da

⁶⁰ TEORI ALBINO ZAVASCKI traz lição acerca do assunto: "E se a situação de perigo e demais pressupostos da antecipação se configurarem apenas quando o processo estiver pronto para receber sentença? Há duas soluções possíveis. Se não for caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentença-se e executa-se provisoriamente a própria sentença, sendo desnecessário, conseqüentemente, provimento antecipatório específico. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela – que nada mais significará senão autorização para execução provisória – será deferida na própria sentença" (Op. cit., p.80-81)

⁶¹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA entende que a remessa oficial é, em verdade, prerrogativa do Poder Público que se justifica, não só pelo fato de este representar o interesse da coletividade, que é indisponível, mas por estar calcada em peculiaridades dos entes públicos que dificultam a sua defesa em juízo.(MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.p. 44-45.)

imutabilidade pelo trânsito material em julgado (art. 467); destarte, constitui valiosa garantia para o erário que *esta peculiar eficácia somente seja adquirida após a apreciação da causa não só no juízo monocrático como também no juízo colegiado*. Já a A T, esta é concedida através da *decisão interlocutória*, de caráter provisório, modificável ou revogável pelo próprio juiz que a proferiu, e cuja eficácia pode igualmente ser suspensa pelo presidente do tribunal, em concorrendo as circunstâncias referidas no art. 42 da Lei nº 8.437, de 30.6.1992 (cuja incidência às A T foi tornada explícita pelo art. 12 da Lei nº 9.494, de 10.7.1997).⁶² [itálico original]

3.2.5. O precatório requisitório de pagamento

Existe ainda um último obstáculo levantado pelos opositores da possibilidade de antecipação de tutela contra o Poder Público, este de dignidade constitucional. Trata-se da regra segundo a qual o pagamento devido pelo Poder Público, em razão de dívida reconhecida em juízo, depende de prévia requisição do Poder Judiciário ao Poder Executivo para que este adote as providências orçamentárias cabíveis (previsão da despesa no orçamento do exercício seguinte) para, somente depois, liberar os respectivos recursos financeiros.

Dizem alguns que o fato de a Constituição da República, no artigo 100, referir-se apenas a "sentença judiciária" (*caput*) não permite sejam feitos pagamentos com base em decisão interlocutória. Entre aqueles que admitem a antecipação, há os que entendem que a decisão antecipatória equivaleria a um título executivo provisório, que teria o condão de antecipar a formação do precatório, sem, entretanto, dispensá-lo. Nesta perspectiva, a efetivação da tutela antecipatória equivaleria a uma execução⁶³ provisória de sentença ou, quando

⁶² CARNEIRO, op. cit., p. 78.

⁶³ SEABRA FAGUNDES: "...não tem lugar execução forçada contra a administração pública. Esta norma assenta na inalienabilidade dos bens públicos, inalienabilidade 'que lhe é peculiar', segundo o Código Civil, só admitindo as exceções prescritas pela lei. Da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade, e, como conseqüência, a impossibilidade de execução forçada exercida por tais bens." (FAGUNDES, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva. p. 164-165).

Da mesma forma, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "Fala o Código de Processo Civil 'da execução contra a Fazenda Pública' (arts. 730-731), mas não o faz sem incorrer em imprecisão. Na realidade, o que temos ali é uma execução indireta, caracterizada pelas medidas de pressão psicológica que tais dispositivos preveem, (...); reportando-nos a prestigiosa doutrina, poderíamos dizer que, contra a Fazenda, desencadeiam-se apenas meios de coação e não os meios de sub-rogação. Em outras palavras, não irá um Poder do Estado, legitimamente invadir a esfera de outro, praticando atos de autoridade destinados à atuação da vontade do direito independentemente ou contra a vontade deste; residindo nas atividades dessa ordem a verdadeira execução forçada, isso

menos, à reserva de um lugar na ordem sucessiva de pagamentos (execução incompleta). Porém, após a publicação da Emenda Constitucional nº 30/00, que alterou o §1º do artigo 100, o qual passa a falar em "débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado", não seria possível sequer "execução" provisória contra o Poder Público.

3.3. Natureza do pedido e sistema de precatórios

O alcance do objetivo maior que deve guiar o processualista, o de conferir a máxima efetividade à tutela jurisdicional, e especificamente à tutela antecipatória, encontra, sem dúvida, dificuldades a mais, quando está envolvido o Poder Público. Tais dificuldades, entretanto, devem servir de campo propício à frutificação da criatividade dos operadores do direito na busca de soluções viáveis para os problemas que se apresentam, não podendo representar óbices intransponíveis.

Como já visto, aceitar uma impossibilidade peremptória de antecipação de tutela contra o Poder Público significa negar direitos consagrados no ordenamento jurídico, despojados que ficam da tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Outrossim, em muitas situações, resumir-se a adiantar no tempo a formação do precatório é solução que não responde satisfatoriamente às necessidades do jurisdicionado. Assim sendo, as considerações referidas no fim do sub-capítulo anterior não podem prevalecer, impondo-se um exame mais crítico e cuidadoso do problema.

3.3.1. *Dos deveres de fazer, não-fazer e de entregar coisa certa*

Em primeiro lugar, é lógico que a questão da exigência do precatório somente se coloca quando a ação judicial envolve pagamento de quantia em

quer dizer que, já por mandamento constitucional, a lei não tolera execução forçada contra a Fazenda." (DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986. p. 464-465).

dinheiro. Neste sentido, não encontra nenhum óbice dessa natureza a tutela antecipatória referente a deveres de fazer, não fazer ou de entregar coisa.

Aliás, é bom lembrar que estas hipóteses, em geral, não esbarram nas vedações legais trabalhadas no Capítulo 3. Conforme alerta EDUARDO TALAMINI:

Talvez a única limitação pretensamente imposta pela Lei 9.494/97 que atingiria também as antecipações ex art. 461 seja a que veda no primeiro grau o provimento de urgência, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1º c/c Lei 8.437/92, art. 1º, §1º). A outra regra presente na lei e que também teria alcance geral é a que proíbe "medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação" (art. 1º c/c Lei 8.437/92, art. 1º, §3º). Tal dispositivo, contudo, não passa de mera reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...).

Outra das poucas hipóteses de antecipação de tutela no campo de aplicação do art. 461 que supostamente sofreria restrição legal é a referente à liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro (Lei 2.770/56, art. 1º). Em casos como esse - repita-se -, haverá a necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei.⁶⁴

Nestes casos, para garantir a efetividade da decisão, o juiz poderá, inclusive, a teor dos artigos 461, §4º e 461-A, §3º, do CPC, impor multa diária a pessoa jurídica de direito público ré, no caso de dever de fazer ou de entregar coisa, ou multa fixa, no caso de dever de não fazer. Não há que se falar no não cabimento deste tipo de medida, vez que não há nenhum impedimento legal nesse sentido, não podendo tampouco amparar conclusão desse jaez o princípio da separação dos poderes, pois este não autoriza o descumprimento de decisões judiciais, antes impõe cooperação entre os poderes do Estado⁶⁵.

⁶⁴ Op. cit., p.358-359.

⁶⁵ EDUARDO TALAMINI: "Não há o que obste a cominação da multa contra pessoas jurídicas de direito público. A separação dos poderes não serve de argumento em sentido contrário. Mesmo em ordenamentos em que se extraiu desse princípio uma limitação muito mais ampla da atuação do Judiciário frente ao Executivo, tem-se admitido o emprego da coerção patrimonial nessas hipóteses. Considere-se o exemplo da França (...). Tampouco os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público justificam subtrair os entes públicos de regime mais eficiente de concretização dos provimentos jurisdicionais." (Ibid., p.241).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota mesmo entendimento: "PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA DIÁRIA (ASTRE/NTES) - FIXAÇÃO DE OFÍCIO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - POSSIBILIDADE. 1. As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (fazenda estadual), que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado. Precedentes desta corte. 2. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. 201378/SP, 6ª.T., Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJU 21.06.1999, p. 212).

3.3.2. Do dever de pagar quantia certa

Quanto ao dever de pagar quantia certa, é preciso lembrar que, embora decorrente de decisão transitada em julgado, nem sempre é exigido o precatório. Hoje, são três os procedimentos adotados nas "execuções" contra o Poder Público: a) o pagamento de dívidas de qualquer natureza deve observar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios requisitórios e faz-se à conta dos créditos orçamentários respectivos (artigo 100, *caput* e §1º, CF); b) o pagamento de dívidas de natureza alimentícia submete-se igualmente ao precatório, observando-se, entretanto, ordem própria, distinta da dos créditos de qualquer natureza (artigo 100, *caput* e §§1º e 1º-A, CF)⁶⁶; c) o pagamento de dívidas definidas em lei como de pequeno valor não se submete ao sistema do precatório (artigo 100, §3º, CF).

De modo que o mesmo procedimento deverá ser seguido no caso do dever de pagamento originado em decisão antecipatória da tutela, exceto quando incompatível com os próprios fundamentos desta, devendo o magistrado, quando possível, valer-se de medidas de contracautela antes de assegurar a liberação dos recursos financeiros.

Nem se diga que a Constituição ao falar em "sentença judiciária" (artigo 100, *caput*), "sentenças transitadas em julgado" (artigo 100, §1º) e "sentença judicial transitada em julgado" (artigo 100, §3º), estaria vedando qualquer pagamento com base em decisão judicial não definitiva. A postura do intérprete deve ser outra, buscando harmonizar os dois institutos processuais - a tutela antecipada e a exigência de precatório - e não a que inviabilize um deles.

A Constituição tratou do pagamento decorrente de decisões transitadas em julgado, é verdade. Sobre a efetivação de decisões antecipatórias de tutela em face do Poder Público, eia é simplesmente omissa, assim como é omissa o CPC, que no §3º do seu artigo 273, faz remissão apenas, no que toca a dispositivos atinentes à dever de pagar quantia em dinheiro, ao artigo 588, que não esclarece

⁶⁶ Entendimento resultante de julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 47/SP : "a exceção estabelecida no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza".

a questão. Cabe aos operadores do Direito, extrair a solução do sistema como um todo.

A interpretação segundo a qual a Constituição não autorizaria o pagamento decorrente de decisões judiciais não definitivas não pode se basear nem mesmo em um raciocínio a *contrario sensu* das normas do artigo 100 da Carta Magna, raciocínio este que, por si só, já seria bastante raso. Tal conclusão, na verdade, estaria privilegiando uma visão formalista do processo em detrimento das interpretações sistemática e teleológica que devem reger a compreensão das normas jurídicas.

Na verdade, a idéia de que somente a decisão transitada em julgado poderia instrumentalizar uma execução contra o Poder Público é mais um reflexo do apego excessivo à idéia da *nulla executio sine titulo*.

Indo adiante, verifica-se que em algumas situações práticas há que se dispensar a formação do precatório, devendo-se valer o magistrado de meios coercitivos para "persuadir" o Poder Público a efetuar o pagamento reconhecido como devido na decisão antecipatória da tutela. Isto porque, é ínsito à tutela antecipatória, em razão da finalidade a que está preordenada, ter eficácia preponderantemente mandamental e não condenatória.

Pensar-se que não é possível a sistematização de mecanismos coercitivos de efetivação da tutela antecipatória perante o Poder Público porque, se não houver a colaboração deste para o pronto atendimento da ordem judicial, o jurisdicionado terá que aguardar o precatório, é optar por entendimento frágil e limitado sobre o tema.

Por outro lado, a necessidade de submissão dos pagamentos do Poder Público ao sistema dos precatórios não pode ser tomada como um valor absoluto porque ele mesmo é, na verdade, um mero instrumento de controle do Estado. Ao contrário do que muitos argumentam, não se trata de prerrogativa do Poder Público que pode ser oposta ao jurisdicionado, mas de verdadeiro dever instituído em prol da moralização das relações entre a administração e seus credores. E o princípio da moralidade não ficará comprometido se o pagamento dispensar o precatório em razão da necessidade de atendimento imediato de ordem judicial.

Não é por outro motivo que a solução dos precatórios não é universal, o que é mais uma demonstração da relatividade de seu valor intrínseco. RENATO

LUÍS BENUCCI lembra, por exemplo, que "a doutrina e jurisprudência italiana vêm atualmente admitindo a possibilidade de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, inclusive com a penhora de bens não afetados a interesses públicos", e que, da mesma forma, na Espanha, a *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, de 13 de julho de 1998, "admite a penhora de bens públicos não afetados à prestação de serviços públicos".⁶⁷

Realmente, a necessidade de previsão orçamentária das despesas decorrentes do dever de pagamento fixado em decisões judiciais é uma forma de possibilitar o planejamento e a transparência das ações do Estado, bem como impedir que gerem qualquer efeito ordens de pagamento administrativas (isto é, sem base legal, que poderiam representar, inclusive, desvio de verbas públicas). O alcance de tais objetivos, entretanto, em regra, não se mostra inviável diante de uma hipotética dispensa do precatório - não fosse assim nem mesmo seria cabível o atual esquema de pagamento de dívidas definidas em lei como de pequeno valor, previsto no artigo 100, §3º, da Constituição da República.

Quanto à estrita observância à ordem cronológica de apresentação do precatório, registra MILTON FLAKS que "é fórmula genuinamente brasileira, porquanto, salvo equívoco da pesquisa, não encontra símile em nenhum outro ordenamento constitucional"⁶⁸.

Uma vez que não se mostrem prejudicadas as finalidades a que atende o sistema de precatórios, a sua dispensa para fins de atendimento de decisões judiciais, naquelas situações em que isso se mostre necessário para garantir a efetividade do processo, não se contrapõe a nenhum princípio ou regra jurídica, sendo antes solução inafastável. Afinal, toda decisão judicial deve ser respeitada e cumprida, tanto assim que a Constituição prevê o mecanismo da representação interventiva, da União nos Estados e Distrito Federal (art. 34, VI, *c/c* art. 36, IV, ambos da CR) e dos Estados nos Municípios (art. 35, IV, CR), para prover a execução de ordem ou decisão judicial.

A dispensa do precatório, naquelas situações em que isso se mostre necessário para garantir a efetividade do processo, como já visto, não é aceita em geral pela doutrina, mesmo entre aqueles que admitem a antecipação de tutela

⁶⁷ BENUCCI, *op.cit.*, p.37-38.

⁶⁸ FLAKS, M. **Precatório judiciário na Constituição de 1988**. In: Revista de Processo nº 58, p. 87.

relativa a débitos do Poder Público. LUIZ GUILHERME MARINONI, por exemplo, tratando da tutela antecipatória contra o Poder Público, diz que o precatório jamais poderá ser dispensado. E, explica:

Tratando-se de execução antecipada de soma, não é possível a dispensa de precatório, ainda que a sua expedição possa ocorrer desde logo, ou seja, em virtude da decisão que concedeu a tutela antecipatória. Como é óbvio, não pode o juiz determinar, como meio de execução da tutela antecipatória, o seqüestro do dinheiro público, como tem ocorrido em algumas decisões já proferidas no país.⁶⁹

TEORI ALBINO ZAVASCKI diz que a decisão antecipatória "constitui título executivo, formado à base de cognição sumária, apto a desencadear execução contra a pessoa jurídica de direito público, mediante procedimento do art. 730 do Código de Processo Civil", acrescentando ainda que "como se trata de execução provisória, o levantamento do valor do precatório supõe outorga de caução idônea, como prevê o inciso 11 do art. 599 do Código"⁷⁰.

Ressalte-se, entretanto, que dizer que o precatório pode e deve ser dispensado em algumas situações equivale tão-somente a reconhecer que a decisão antecipatória de tutela referente ao dever de pagar quantia em dinheiro tem natureza mandamental, ainda quando dirigida contra o Poder Público, o qual, tanto quanto o particular, tem o dever jurídico de cumpri-la imediatamente, devendo buscar todos os meios idôneos para isso. Não se compactua com o seqüestro de bens públicos.

É certo que poderá sobrevir o descumprimento de decisão de tal natureza, mas isto não invalida o raciocínio desenvolvido. Com efeito, a própria decisão judicial transitada em julgado pode ser descumprida - e isso freqüentemente acontece.

Cabe ao Poder Público, portanto, ciente de que está freqüentemente na posição de réu em ações judiciais envolvendo pagamento de quantia certa, tomar providências administrativas que possibilitem o cumprimento das respectivas decisões judiciais. Para isso, RENATO LUÍS BENUCCI, com apoio em LUIZ RODRIGUES WAMBIER, propõe "a integração das regras orçamentárias - inclusive as de matriz constitucional - com o instituto da tutela antecipada, através da

⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 220.

⁷⁰ ZAVASCKI, op. cit., p. 161.

criação de uma rubrica orçamentária específica, incluída no grupo de despesas variáveis, que permitiria o cumprimento de decisões de tutela antecipada⁷¹.

Outra possibilidade diz respeito ao manejo das previsões de receita do orçamento, o que já é feito para fins de devolução de depósitos judiciais e extrajudiciais referentes a tributos e contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme previsão do Decreto nº 2.850/98, que regulamentou a Lei nº 9.703/98. De modo que, a rigor, o pagamento imediato de dívidas decorrentes de decisão judicial não é nenhuma novidade.

É preciso dizer, por fim, que as conclusões aqui expostas não são absolutas. As tutelas antecipadas concedidas em ações coletivas ajuizadas contra o Poder Público, por exemplo, merecem tratamento à parte. O cumprimento imediato de uma decisão dessa natureza mostra-se, muitas vezes, inviável por envolver elevados recursos financeiros, o que necessitará de soluções mais complexas em âmbito orçamentário. É por esta razão que contra as decisões antecipatórias, proferidas não raro de forma abusiva, se voltaram muitas das proibições legais à antecipação de tutela contra o Poder Público.

Cumpra observar nestes casos que o bom senso deverá guiar o magistrado. Ele, da mesma forma que não poderia exigir a ruína do particular, obrigando-o a desembolsar, do dia para a noite, valores elevados para os quais não dispõe de provisão financeira, não estará autorizado, a título de exigir o cumprimento imediato da decisão que prolatou, fazer surgir uma necessidade de realocação de grandes somas de recursos financeiros do Estado, vindo, por exemplo, a causar transtornos na prestação dos serviços públicos.

Estas últimas ponderações (relativas a ações coletivas), contudo, não podem ser estendidas àqueles casos em que o dever de pagar quantia em dinheiro decorre de simples restabelecimento de pagamento periódico cancelado unilateralmente pelo Estado⁷².

⁷¹ BENUCCI, *op. cit.*, p. 83.

⁷² Nesse sentido, manifestação do Ministro EDSON VIDIGAL: "A vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao contrário do que busca fazer crer o INSS, limita-se às hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, como o é no Acórdão paradigma; ou como bem afirmou o Ministro Luiz Vicente Cemicchiaro, 'encontra limite em se tratando de caso de pagamento do débito mediante precatório'. Não me parece possível estender-se tal proibição ao pedido de reestabelecimento de benefício regularmente concedido, mas cancelado pela Autarquia sem a

4. Proibições legais e jurisprudência

4.1. Proibições legais

No ápice de uma tendência legislativa de contenção de liminares contra o Poder Público, surgiram várias leis que proíbem a antecipação de tutela. São elas as Leis nºs 2.770, de 4 de maio de 1956; 4.358, de 26 de junho de 1964; 5.021, de 09 de junho de 1966; 7.969, de 22 de dezembro de 1989; 8.076, de 23 de agosto de 1990; 8.437, de 30 de junho de 1992; e 9.494, de 10 de julho de 1997.

O artigo 1º da Lei nº 2.770/56, a mais antiga que trata da matéria, proíbe a concessão de “medida preventiva ou liminar” em qualquer ação judicial que vise a “liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedente do estrangeiro”.

A Lei nº 4.348/64, que estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança, em seu artigo 5º, caput, veda a “medida liminar” em “mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

No mesmo sentido, a Lei nº 5.021/66, que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas a servidor público civil em mandado de segurança, dispõe, no artigo 1º, §4º, que “não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”. Essa Lei ampliou a restrição veiculada pela Lei nº 4.348/64 a qualquer pagamento de salário, independentemente do título que viesse a ser feito, tendo sido editada em resposta a algumas situações práticas em que os juízes não aplicavam o artigo 5º, caput, da Lei nº 4.348/64 antes referido, afirmando que não estavam tratando de aumento.

Em seguida veio a Lei nº 7.969/89, cujo artigo 1º estendeu ao alcance do artigo 5º da Lei nº 4.348/64 as ações cautelares.

A Lei nº 8.076/90 consignou vedação de caráter temporário, estipulando que “nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que

observância de procedimento administrativo, sob o simples argumento de suspeita de fraude.” (EREsp. 182.111/RS – 3ª Seção, julgado em 14/02/2000, DJ 21/02/2000)

tratavam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versam matérias vinculadas pelas disposições das Leis, nºs 8.012, de 04 de abril de 1990, 8.014 de 06 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares”. As leis citadas integravam o plano de reforma econômica do então Governo Fernando Collor de Mello.

Em 1992, foi publicada a Lei nº 8.437, com normas genéricas mais abrangentes relativas a vedação e concessão de “medida liminar”. O artigo 1º, *caput*, diz ser incabível “medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”. Complementarmente, os parágrafos deste artigo afastam a concessão, no juízo de primeiro grau, exceto na ação popular e na ação civil pública, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal e, ainda, afastam a possibilidade de medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto de ação.

Além disso, o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 diz que, em caso de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública, a “liminar” somente será concedida, quando cabível, após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

A Lei nº 9.494/97, posterior à reforma do CPC que instituiu a tutela antecipatória, determinou, em seu artigo 1º, que “aplicasse à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

É interessante notar que quase todas as leis acima citadas, publicadas sobre a égide da Constituição de 1988, tiveram origem em medidas provisórias.

Isto revela o casuísmo do Poder Executivo e do Poder Legislativo no trato da matéria, o que trouxe, como conseqüência, uma evidente despreocupação

com a técnica processual, exigindo-se dos operadores do direito o máximo de atenção no trabalho hermenêutico.

Sistematizando a matéria, tem-se que, hoje, vigoram as seguintes restrições à tutela antecipatória contra o Poder Público:

(a) é vedada para fins de liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro (artigo 1º Lei nº 2.770/56);

(b) no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar depende de prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (artigo 2º Lei nº 8.437/92);

(c) é vedada para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a qualquer título, inclusive aumento ou extensão de vantagens (artigo 5º *caput*, Lei nº 4.348/64, c/c artigo 1º §4º Lei nº 5.021/66, aplicáveis por força do artigo 1º Lei nº 494/97);

(d) as ações judiciais sobre essas matérias só serão executadas após o trânsito em julgado (artigo 5º § único, Lei nº 4.348/64, aplicável por força do artigo 1º Lei nº 9.494/97);

(e) terá o recurso voluntário contra as sentenças de procedência nessas ações judiciais e a remessa oficial efeito suspensivo (artigo 7º Lei nº 4.348/64, e artigo 3º Lei nº 8.437/92, aplicáveis por força do artigo 1º Lei nº 9.494/97);

(f) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença favorável a servidor público somente será efetuado relativamente às prestações que vencerem a contar da data do ajuizamento da ação (artigo 1º, *caput*, Lei nº 5.021/66, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);

(g) é vedada a concessão de "liminar" quando providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (artigo 1º, *caput*, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);

(h) é vedada a concessão de "liminar" quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal, exceto em ação popular ou ação civil pública (artigo

1º, §§1º e 2º, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 12, Lei nº 9.494/97);

(i) não é cabível "liminar" que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (artigo 1º, §3º, Lei nº 8.437/92, aplicável por força do artigo 1º, Lei nº9.494/97);

(j) nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o representante judicial dela será imediatamente intimado (artigo 1º, §4º, Lei nº 8.437/92, acrescentado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.180-35/01 e aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);

(k) é vedada a concessão de "liminar" para compensação de créditos tributários ou previdenciários (artigo 1º, §5º, Lei nº 8.437/92, acrescentado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.180-35/01 e aplicável por força do artigo 1º, Lei nº 9.494/97);

(l) são aplicáveis as regras sobre o chamado pedido de suspensão (artigo 42, Lei nº 8.437/92, com a redação do artigo 12 da Medida Provisória nº 2.18035/01, aplicável por força do artigo 1º da Lei nº 9.494/97).

4.2. Análise da constitucionalidade das proibições

Em primeiro lugar é necessário observar que a constitucionalidade da Lei nº 9.494/97 pode ser impugnada sob o seu aspecto formal, no que diz respeito aos requisitos de relevância e urgência para a edição das medidas provisórias que a originaram, bem como quanto às limitações materiais à edição destas. Concluindo-se que tais requisitos e limitações não foram observados, seria necessário, ainda, examinar se tal vício contamina a lei de conversão, para só então proclamar a inconstitucionalidade desta.

Quanto à análise da constitucionalidade material das restrições listadas acima, de (a) a (l), é preciso destacar inicialmente que, no que se refere às restrições retiradas da Lei nº 9.494/97, há algumas que se revelam absolutamente inaplicáveis à tutela antecipatória e outras que não configuram propriamente vedações à sua concessão, dizendo respeito a outros institutos. (apesar do artigo

1º da lei expressamente dizer "aplica-se à tutela antecipada (...)"). E há, ainda, entre aquelas restrições, as que decorrem da própria natureza da antecipação de tutela, não representando nenhuma inovação em relação ao que já determina o artigo 273 do CPC. Veja-se.

A letra (b) é regra que se inspirou no parágrafo único do art. 928 do CPC, segundo o qual a manutenção ou reintegração liminar de posse contra as pessoas jurídicas de direito público não será concedida sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais. Trata-se de norma que a doutrina e os tribunais consideram razoável, dando-lhe, entretanto, interpretação flexível que possibilita seja ela afastada sempre que a demora decorrente da ouvida do Poder Público puder colocar em risco o próprio direito pleiteado.

As letras (d) e (e) não tratam de tutela antecipatória, mas da execução das decisões fundadas em cognição exauriente prolatadas em processos instaurados para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a qualquer título, inclusive aumento ou extensão de vantagens. Em outras palavras, veda-se a *execução provisória*, seja da sentença de primeiro grau, seja dos acórdãos dos Tribunais. Não há como transpor regra de tal natureza para o âmbito de decisões provisórias, pois imaginar que a tutela antecipatória só pudesse ser "executada" após o trânsito em julgado ou que os recursos contra ela cabíveis (agravo de instrumento, recurso especial contra a decisão no agravo etc.) tivessem efeito suspensivo seria o mesmo que fulminar a própria garantia constitucional em tela.

A letra (f), por sua vez, é regra somente inteligível no âmbito do mandado de segurança. Como explica EDUARDO TALAMINI, a regra que impõe que os pagamentos a servidor público só devam abranger valores vencidos a partir do ajuizamento da demanda:

(...) não é mais do que corolário da noção de que o mandado de segurança não serve como instrumento de cobrança de valores referentes a períodos pretéritos (Súmula 271 do STF). Daí que os créditos vencidos antes da propositura da demanda devem ser pleiteados administrativamente ou "pela via judicial própria" (parte final da Súmula 271). A "via judicial própria", no caso, é demanda condenatória a ser desenvolvida mediante processo comum de conhecimento. Pois bem, é exatamente nesse processo comum de conhecimento com pedido condenatório que teria vez a tutela antecipada. Ora, não há como se dizer que se aplicaria a esse processo comum de conhecimento a regra pela qual a sentença final (condenatória) não abrangeria os créditos vencidos antes do ajuizamento da

demanda. Isso significaria eliminar, por completo, a possibilidade de cobrança de vantagens pecuniárias de servidores públicos vencidas antes de iniciada a ação judicial. Haveria como que uma "prescrição imediata" desses créditos - o que, obviamente, carece de razoabilidade, requisito indispensável para a constitucionalidade de qualquer norma.⁷³

A regra da letra (h) deve ser entendida no contexto em que foi editada. Ela visou preservar a competência jurisdicional constitucional em face do "fenômeno da fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada", de que fala o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no voto proferido na ADIN 223. E é nestes limites que deve ser interpretada, só podendo incidir naqueles casos em que o autor pode optar pela via mandamental, sob pena de se deixar desamparados todos os direitos que não sejam passíveis de prova pré-constituída e cuja observância depende de ato de autoridade deflagradora de competência originária de Tribunal. Nestes termos, pode-se entender que a norma sob exame é plenamente válida, já que voltada à efetividade das normas constitucionais de distribuição de competência jurisdicional.

A letra (i) veicula regra que decorre diretamente do artigo 273, §2º, do CPC, segundo a qual "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento".

A letra (j) é regra meramente procedimental, que não veda nem condiciona a concessão de tutela cautelar ou antecipatória, mas apenas determina a intimação do representante judicial do órgão ou entidade pública que deva cumpri-la. Trata-se de medida que visa agilizar a defesa do Poder Público em juízo porque acaba por conferir ao representante judicial mais prazo para interpor eventual agravo de instrumento e/ou pedido de suspensão - já que, agora, o representante judicial não depende exclusivamente da provocação do representado.

Por fim, a letra (l) também não veda a antecipação de tutela contra o Poder Público, mas apenas submete as decisões com este conteúdo a controle pela via do pedido de suspensão.

Assim sendo, compreendem verdadeiras vedações à antecipação de tutela contra o Poder Público apenas as hipóteses das letras (a), (c), (g) e (k).

⁷³ TALAMINI, E. **Notas sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela.** In: Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, nº 34, 1997. p.182.

Desde logo é preciso afastar determinado tipo de argumentação que, tem sido repetida até no STF. A título de defender a legislação restritiva mais recente, diz-se que a imposição de limites ao poder cautelar (*lato sensu*, isto é, incluído o poder de antecipar) do juiz já fora feita por inúmeras legislações pretéritas, sem que estas houvessem sido consideradas como afrontosas à Lei Maior.

Tal raciocínio não deve prosperar.

Em primeiro lugar, a legislação mais antiga sempre foi entendida, no mais das vezes, como aplicável a situações que, pela ausência dos requisitos necessários à concessão de liminar, esta não poderia mesmo ser deferida.

Em segundo lugar, algumas dessas legislações pretéritas foram editadas em época anterior à Constituição de 1988, quando a fórmula do direito de ação era mais restrita que a atual, que contempla expressamente a tutela de situações de mera ameaça a direito, o que, se não justifica eventual juízo de constitucionalidade à luz das Cartas anteriores, explica-o perfeitamente, ainda mais quando se considera o estágio menos desenvolvido do direito processual de então.

E, em terceiro lugar, é bom lembrar que uma coisa é proibir a tutela antecipatória versando sobre determinada matéria em um determinado procedimento (como foi feito em relação ao mandado de segurança pelas Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66, que, ao fixar algumas restrições, apenas explicitaram limitações decorrentes da própria natureza da ação mandamental) e, outra coisa, é proibi-la em qualquer procedimento, fechando-se as portas da jurisdição, parafraseando JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que, acertadamente, leciona:

Ainda que possa ocorrer, de forma legítima, a supressão da liminar incidental, em procedimento cognitivo, não se admite a eliminação completa do mecanismo. As portas da Justiça devem estar sempre abertas para quem necessitar de medida urgente, destinada a assegurar a efetividade do provimento, sob pena de caracterizar-se a violação constitucional apontada. E, por isso, as supressões acabam sendo inócuas, pois sempre haverá a possibilidade de, mediante procedimento autônomo, obter-se a medida.⁷⁴

Na verdade, as considerações feitas a respeito dos fundamentos da tutela antecipatória, assim como já eram suficientes para concluir pelo seu cabimento

⁷⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 88.

contra o Poder Público, autorizam, por si só, a conclusão de que as vedações legais à sua concessão padecem de insanável inconstitucionalidade. E isto independentemente de qualquer consideração sobre a parte em face de quem se opera essa concessão.

No momento em que a lei determina que o Judiciário não pode conceder tutela antecipada em face do Poder Público para determinar o pagamento de vencimentos a um servidor público, ainda que seja grande a plausibilidade do direito invocado e se configure o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, está-se restringindo indevidamente o próprio direito material para o qual o servidor busca proteção. Basta verificar que os vencimentos têm reflexos não-patrimoniais para constatar-se a gravidade da situação.

O que se quer dizer é que, sob a fachada de regulamentação legal de matéria atinente ao direito processual, prescrições como as veiculadas na Lei nº9.494/97, na verdade, acabam por definir contornos ao próprio direito material, limitando-o sem o necessário fundamento constitucional.

Com o raciocínio acima, não está se partindo da idéia de que direito material e direito processual são ramos independentes do Direito. Mas a identificação do objeto de cada um deles se mostra essencial para trabalhar os princípios reitores de cada um, os quais deverão ser aplicados, outrossim, com consciência do papel instrumental do processo, de que tanto nos fala a doutrina moderna.

Por outro lado, as leis proibitivas de tutelas antecipatória ou cautelar, também ofendem o princípio da harmonia entre os Poderes porque o Legislativo (ou o Executivo) não está autorizado a dizer como o Judiciário deve julgar. Vale repetir: é da competência do Poder Legislativo fixar "as regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no âmbito do direito material"⁷⁵, mas não dizer qual é o conteúdo da decisão jurisdicional.

A vedação constante da letra (c) acima, além dos vícios anteriores, deixa de observar, especialmente, o princípio da isonomia. Afinal, qual é o critério de *discrimen* de que se valeu o legislador para a edição da norma sob exame, que corresponde à negação do direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva?

⁷⁵ BEDAQUE, op. cit., p.11.

Nem se diga que as vedações à tutela antecipatória se justificam com base no interesse público, inserindo-as, assim, entre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Em verdade, tal tipo de argumentação tem cunho tão marcadamente ideológico e tão pouco jurídico que nem mereceria maiores considerações.

Ora, admitir-se que o interesse público tudo autoriza é adotar a máxima dos Estados totalitários, que, a título de protegerem o "interesse de todos" investem contra o patrimônio jurídico do cidadão até que este se vê de mãos vazias e, pior, sem nenhum interesse garantido pelo ordenamento. Em um Estado Democrático de Direito, ao contrário, o interesse público último é fazer atuar uma ordem jurídica justa como forma de se alcançar o bem de todos, o que, por óbvio, não se confunde com a defesa intransigente dos interesses dos mais fortes, da maioria ou do próprio Estado. Nestes termos, não pode o próprio Estado furtar-se ao cumprimento das regras jurídicas, ainda que de forma indireta, isto é, por vias legislativas que autorizam o adiamento indefinido da obrigatoriedade de observância de direitos que o Poder Judiciário reconhece existentes com base em pressupostos que derivam do próprio Texto Maior.

Outrossim, as vedações à tutela antecipatória que se examinam não podem ser alinhadas às prerrogativas processuais do Poder Público, entre as quais citam-se: o prazo maior para contestar e recorrer (art. 188, CPC); a dispensa de depósito inicial na rescisória (art. 488, CPC); e o duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, CPC). Estas se fundamentam em uma fragilidade da defesa do Poder Público em juízo decorrente de uma série de fatores, tais como o grande número de ações judiciais de que participa, a estrutura burocrática dos órgãos públicos, o número insuficiente de procuradores, etc. Baseiam-se, portanto, em um critério válido de discriminação, que procura neutralizar, buscando a igualdade processual das partes, sem constituir obstáculo intransponível à tutela jurisdicional efetiva em face do Poder Público. As vedações legais à tutela antecipatória, ao contrário, incorrem exatamente neste vício, porque, pretendendo resguardar os interesses de uma parte, ignoram os direitos da parte oposta.

Chama-se a atenção, por fim, para o fato de que não se está defendendo aqui a generalizada concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público.

Em nenhum momento pode-se olvidar que a garantia constitucional à tutela jurisdicional se concretiza em um processo marcado pela bilateralidade, que representa "o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la"⁷⁶. Nestes termos, deve-se evitar a tentação de construir um processo civil exclusivamente para o autor, ou um processo civil para o réu.

Há que se buscar a solução adequada, diante do caso concreto sob pena de inutilidade do direito postulado. HELY LOPES MEIRELLES:

Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entrar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada quando se verificarem seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante. Casos há - e são freqüentes - em que o tardio reconhecimento do direito do postulante enseja seu total aniquilamento. Em tais hipóteses, a medida liminar impõe-se como providência de política judiciária, deixada à prudente discricção do juiz.⁷⁷

4.3. A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade de vedações legais à concessão de tutela cautelar ou antecipatória contra o Poder Público em várias oportunidades.

4.3.1. ADIN 223

Na primeira, em 1990, o Supremo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Medida Provisória nº 173/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.076/90, que suspendeu até 15 de setembro de 1992, a concessão de "medidas liminares" em mandado de segurança e nos procedimentos cautelares dos artigos 796 e seguintes do CPC versando sobre disposições que iam desde a extinção e

⁷⁶ BEDAQUE, op. cit., p.74.

⁷⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 76-77.

dissolução de entidades da administração pública federal, passando por normas relativas a tributação, até política monetária, todas integrantes do plano econômico do Governo Collor.

A medida liminar pleiteada foi indeferida em sessão plenária, por maioria de votos. A simples leitura do acórdão, entretanto, não revela o real alcance da decisão do Supremo Tribunal.

Com efeito, o voto vencedor foi o do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, divergindo do Relator, Ministro PAULO BROSSARD (este que concedia parcialmente a medida cautelar), após expressar o entendimento de que o cerceamento de instrumentos da jurisdição cautelar, incluído o provimento liminar, poderia significar a negação da tutela jurisdicional, demonstrou preocupação com o que ele chamou de "tendência ao abuso das virtualidades da tutela cautelar inicial", registrando que, por esta razão, ele não se opunha a "condicionamentos e limitações legais ao exercício do poder cautelar do juiz".

Mas, como a Medida Provisória nº 173/90 em vez de vedar a concessão de liminar de conteúdo preciso, instituía proibição que alcançava uma série interminável de situações, o Ministro concluiu não ser possível determinar onde a proibição era razoável e onde era abusiva, motivo pelo qual optou por indeferir a liminar, sem retirar dos juizes, entretanto, a possibilidade de analisar a constitucionalidade da proibição diante do caso concreto. Estas as suas palavras:

Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto *a priori* a toda e qualquer restrição que se faça à concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares *initio litis*, distinguir, em tese e só assim poderemos distinguir neste processo -, até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário.
(...)

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva esta restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva. (fls. 48-49)

A conclusão anterior foi registrada na ementa do acórdão, que consigna que o indeferimento da liminar em ação direta "não prejudica, segundo o relator

do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto, da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar".

4.3.2. ADIN 975

Em 1993, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 975/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, atacando a Medida Provisória nº 375, de 23 de novembro daquele ano, até hoje a mais ousada tentativa de restringir a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público.

Aplicava-se o diploma normativo citado, como dispunha o seu artigo 1º, às medidas cautelares inominadas do Código de Processo Civil (art. 798) e às liminares em mandado de segurança e em ação civil pública. Entre outras providências, fixava prazo máximo de eficácia de trinta dias para a "decisão concessiva de medida cautelar ou liminar", findo o qual ela somente poderia ser renovada pelo Tribunal competente para julgar o recurso; instituía a remessa de ofício dessa decisão; vedava a concessão de medida cautelar ou de liminar contra ato da administração pública sem audiência prévia do representante judicial desta; reafirmava as vedações das Leis nºs 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92; estabelecia casos de caução obrigatória; dispunha sobre a apreciação, pelo magistrado, de risco de grave lesão ao interesse público, ou à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, determinando ainda ponderação da "prevalência do interesse geral sobre o particular"; instituía pedido de suspensão para o Tribunal competente julgar o recurso.

Apesar da medida provisória impugnada na citada ADIN ter perdido a eficácia, não tendo sido apreciada pelo Congresso Nacional e tampouco reeditada, o exame da posição do STF a respeito do assunto, é mais um elemento da busca que se faz a respeito da posição do STF sobre a questão da restrição do poder cautelar do juiz por instrumento infraconstitucional. E, naquela ocasião, ficou clara, mais uma vez, a preocupação do órgão judiciário máximo com o abuso no manejo das liminares, o que, entretanto, não impediu, dado o alcance e a generalidade na inovação legal, fosse deferida medida cautelar para

suspender a quase totalidade da Medida Provisória nº 375/93, pelas razões que consigna a ementa do acórdão:

“CONSTITUCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES E LIMINARES: SUSPENSÃO. Medida Provisória nº 375, de 23.11.93.

I - Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória nº 375, de 23.11.93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7Q, 11) e em ações civis públicas (lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.

II - Cautelar deferida, integralmente, pelo Relator.

III - Cautelar deferida, em parte, pelo Plenário.”

O Relator, Ministro CARLOS VELLOSO registrou em seu voto:

Admito que tenham ocorrido excessos na concessão de medidas liminares. A forma, entretanto, de conter esses excessos não é simplesmente proibir a concessão de liminar, ou de estabelecer tantos empecilhos a sua concessão que acabam por vedá-la. A MP 375, objeto da causa, quando não proíbe a concessão de liminar, cria tantos empecilhos à sua concessão, que acaba vedando, por via oblíqua, a liminar. Isto representa retrocesso e atenta contra a Constituição, (...) (fl. 252)

E o Ministro CELSO DE MELLO, que também concedia integralmente a medida cautelar:

(...) não vejo como inibir o Poder Judiciário, de modo genérico, de conceder provimentos liminares, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função de atos alegadamente lesivos emanados do próprio Estado.

A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, restringindo gravemente o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material. (fl. 257) [negrito original]

Cumpram chamar a atenção para o fato de que a divergência instalada em plenário no julgamento da ADIN, referiu-se apenas ao exato alcance que deveria ter a medida cautelar, tendo prevalecido o entendimento de que não cabia a suspensão dos dispositivos da Medida Provisória nº 375/93 que apenas explicitavam regras decorrentes do sistema processual vigente, como a exigência

de prudência do magistrado, a proibição de concessão de cautelares irreversíveis, a possibilidade do juiz fixar prazo de eficácia para a medida cautelar e renová-la, e quando necessário, exigir caução.

4.3.3. ADC4

Em 1998, o Presidente da República e as Mesas da Câmara e do Senado ajuizaram a Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, o qual, estendeu à tutela antecipada, as vedações então já existentes à concessão de "medidas liminares" em mandados de segurança e ações cautelares.

Em 11 de fevereiro de 1998, foi deferida parcialmente medida cautelar para, nos termos do acórdão, suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, ainda, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública.

Para caracterizar a plausibilidade da tese invocada pelos autores, os Ministros limitaram-se a fazer referência à decisão prolatada na ADIN 1576, concluindo que, se naquela ação a Corte não encontrara relevância na arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570, repetido pelo artigo 1º da Lei nº 9.494/97, então, por coerência, não poderia negar a liminar na ação declaratória de constitucionalidade deste último dispositivo.

Como interpretar a decisão mencionada? Pode-se entender que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, ainda que provisoriamente, o artigo 1º da Lei nº 9.494/97?.

Com efeito, houve grande discussão dos Ministros em torno desta questão. É que, até então, nunca havia sido proferida uma decisão liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Foi na própria ADC 4 que os Ministros decidiram, por maioria, pela admissibilidade deste tipo de medida, resultando a necessidade de definir-se o seu alcance. Neste aspecto foi vencedor o Ministro

SEPÚLVEDA PERTENCE, cujo voto consignou que "não cabe, sequer provisoriamente, afirmar que subsiste a presunção de constitucionalidade da lei" e, adiante, deixou claro o Ministro que "o que não quero é, neste juízo liminar, dizer, com eficácia erga omnes e vinculante, que o juiz deva de logo aplicar essa lei como se fosse constitucional".

De modo que, rigorosamente, o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 não foi declarado constitucional.

É verdade que os efeitos práticos da decisão, suspendendo a apreciação de pedidos de antecipação de tutela nas hipóteses referidas pela Lei nº 9.494/97 que tivessem por fundamento a inconstitucionalidade desta, acabaram sendo os mesmos de uma declaração de constitucionalidade provisória.

Outrossim, o julgamento de mérito da ADC 4 já foi iniciado, estando, por ora, paralisado em virtude de pedido de vista do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

É preciso que se diga, em grande parte, o que motivou o Governo a ajuizar a ADC 4 foi o abuso na concessão de liminares, principalmente em ações coletivas.

Ora, o simples fato do Poder Público figurar como réu em ações judiciais em que se pede a antecipação de tutela, apesar de não impedir a concessão destas antecipações, já indica que existe interesse público envolvido no litígio, o qual deve ser devidamente sopesado pelo juiz ao proferir a decisão antecipatória. Não se trata de simplesmente ignorar os direitos individuais sob o fundamento de que o interesse público tudo autoriza, mas de considerar que este também é um valor preservado pelo ordenamento, que somente poderá ser superado por outro, de igual ou maior magnitude axiológica, no caso de estarem configurados os requisitos legais da tutela antecipatória.

E, é exatamente no exame desses requisitos que falham muitos juízes. Não são raras as vezes em que, por exemplo, a concessão de tutela antecipatória com fundamento no binômio da verossimilhança da alegação e da existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando o autor, para provar este risco, se limita a fazer alegações de cunho genérico, que, absolutamente, nada demonstram. Assim é que vários contribuintes obtêm, por exemplo, ordens liminares autorizando a compensação de créditos tributários com a simples argumentação de que, "acaso indeferida a liminar, terão que desembolsar grande

quantia para pagamento de tributos, o que lhes trará prejuízo irreparável". Alegações genéricas que nada provam e que olvidam o interesse público em arrecadar.

Por outro lado, a verossimilhança das alegações do autor não pode ser examinada de um ponto de vista isolado, devendo-se ter em conta, por exemplo, os precedentes do STF e dos demais Tribunais. Nesta esteira, não é razoável a concessão de uma tutela antecipatória com base na declaração de inconstitucionalidade de uma lei por fundamentos que o STF ou outros Tribunais já tenham rejeitado.

Entende-se ser por estas razões que o STF tem tido muito cuidado para não declarar a inconstitucionalidade de normas que proibam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias contra o Poder Público relativas a matérias específicas. Trata-se, sem dúvida, de um posicionamento com grande carga política.

Mas isto não deve significar que, mesmo naqueles casos abrangidos pelas vedações legais, uma vez presentes os requisitos legais do artigo 273, incisos I e II, e §6º, não possa o magistrado conceder a tutela antecipatória, que ficará sujeita, como de regra, a recurso e, conseqüente exame do órgão jurisdicional competente para o julgamento deste. E, nos casos abrangidos pelas restrições da Lei nº 9.494/97, objeto de exame da ADC 4, como conseqüência do efeito vinculante da medida cautelar lá proferida, a decisão antecipatória poderá ser diretamente levada ao STF por meio do manejo de reclamação, não cabendo a aplicação de nenhuma sanção disciplinar ao magistrado, como consignou o voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que refletiu o posicionamento geral dos Ministros sobre o tema:

Esclareço, ainda, que, a meu ver, nosso sistema jurídico não autoriza coarctar a ação do juiz. Se, porventura, magistrados entenderem diferentemente do STF, não os estou impedindo de decidir de acordo com a sua consciência. É da nossa melhor tradição judiciária a assecuração de independência da magistratura em todos os graus. O STF é a cúpula do sistema, mas qualquer magistrado desta Nação há de poder decidir com independência. Estou certo, porém, de que, deferida acautelada, com eficácia vinculante, a partir de agora, nenhum juiz em se tratando de hipótese em que a norma em causa seria aplicável, deixará de fazê-lo, por uma razão de sensatez, porque o magistrado sabe que, se o fizer, estará prejudicando a parte, a qual será, então, compelida a vir ao Supremo Tribunal Federal e, em reclamação, pedir a cassação do decisum de instância inferior, por

desrespeito a esta Corte. Ressalvo, porém, que o juiz não correrá risco de sanção disciplinar, se decidir, motivadamente, sempre de acordo com sua consciência e independência. (fls. 115 – 116).

4.3.4. *Reclamações*

A decisão liminar na ADC 4 não impediu que os juízes e Tribunais do país continuassem concedendo antecipações de tutela contra o Poder Público. E, como já havia sido anunciado e até admitido no próprio julgamento da ação declaratória, tais decisões acabam chegando ao STF para serem apreciadas em sede de reclamações que argumentam com a inobservância da autoridade do Supremo Tribunal.

No julgamento destas reclamações, a par de dar provimento a várias delas, o STF tem também negado provimento a tantas outras, deixando claro que o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 e, portanto, a própria decisão liminar que se entende desrespeitada, aplica-se taxativamente aos casos de concessão de vantagens pecuniárias, vencimentos, reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vencimentos aos servidores públicos.

Assim sendo, o STF já pacificou o entendimento de que esta decisão não se aplica em matéria de natureza previdenciária, sendo possível a antecipação de tutela, por exemplo, para conceder benefícios previdenciários ou impedir a redução de proventos. Da mesma forma, não se aplica a decisão em tela em matéria tributária, tendo admitido o STF que não ofendem a autoridade da decisão na ADC 4 antecipação de tutela para fins de sustar a inscrição de débito tributário em dívida ativa e para autorizar a compensação tributária.

Merece menção especial a Reclamação 1.020-RJ, que tratou do último assunto citado - a compensação tributária - porque retrata bem a disposição do STF em interpretar o mais restritivamente possível o artigo 1º da Lei nº 9.494/97. É que, apesar de o dispositivo de lei citado fazer expressa referência ao artigo 1º da Lei nº 8.437/92, entendeu o STF que tal referência não abrangia seus parágrafos, entre os quais, o parágrafo quinto, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, segundo o qual "não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários". Tal raciocínio certamente

partiu da idéia de que, onde o artigo 1º da Lei nº 9.494/97 quis incluir os parágrafos dos dispositivos de lei que cita, ele o fez expressamente.

4.4. A jurisprudência

A análise das decisões dos juízes e Tribunais revela que, mesmo após a decisão cautelar na ADC 4, continuam sendo concedidas tutelas antecipatórias contra o Poder Público, seja em razão da interpretação restritiva dada, na esteira do posicionamento do STF em sede das reclamações, às hipóteses legais proibitivas, seja em virtude de situações excepcionais em que, a bem de proteger elevados valores jurídico-constitucionais, simplesmente afasta-se a aplicação delas. Confira-se, a respeito, as seguintes ementas de decisões do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - TRANSPLANTE DE RIM MAL SUCEDIDO - TUTELA ANTECIPADA - APELAÇÃO RECEBIDA EM AMBOS OS EFEITOS - EXCEPCIONALIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO PARA GARANTIR PAGAMENTO DE PENSÃO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DO APELADO - INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.494 DE 1.997.

A Lei nº 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do ST J.

Recurso improvido.”

(Recurso Especial 275649; Processo: 200000891134/SP; Órgão Julgador: ST J - Primeira Turma; Data da decisão: 07/08/2001; DJ17/09/2001, p.116; Relator: Garcia Vieira)

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. REST ABELECIMENTO. TUTELA ANTECIPADA. LEI 9.494/97. INAPLICABILIDADE. SITUAÇÃO PECULIAR.

Esta Corte já se manifestou inúmeras vezes sobre a impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mas a espécie dos autos não se enquadra nos precedentes, pois como bem constatado pela instância ordinária, trata-se, tão-somente, de um restabelecimento de um benefício que já existia e teria sido cortado, aparentemente sem justificativa. Recurso desprovido.”

(Recurso Especial 364789; Processo: 200101285205/SC; Órgão Julgador: STJ - Quinta Turma; Data da decisão: 04/04/2002; DJ13/05/2002, p. 222; Relator: JOSÉ ARNALDO DA FONSECA)

Na linha das decisões anteriores, uma pesquisa das decisões judiciais no âmbito da Justiça Federal, revela que é pacífico o entendimento a respeito da possibilidade de antecipação de tutela para fins de mera reimplantação de benefícios previdenciários e até mesmo para concessão destes em face de necessidade premente de proteção do direito à saúde, o que revela grande sensibilidade por parte dos nossos juízes e Tribunais. Por outro lado, também é pacífico o entendimento de que não é cabível tutela antecipatória para pagamento de valores atrasados e nem para a compensação de tributos. Em relação a esta última matéria, a jurisprudência não segue o entendimento externado pelo STF na Reclamação 1.020-RJ, acima comentada, apoiando-se, para isso, na Súmula nº 212, do STJ, e, mais recentemente, no novo art. 170-A do Código Tributário Nacional, inserido pela Lei Complementar nº 104/01, segundo o qual "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

A conclusão geral a que se pode chegar, a partir da análise da jurisprudência, é de que a medida cautelar da ADC 4 acabou por ter efeito pedagógico. Entretanto, ao que tudo indica essa tendência vai se manter mesmo com o advento de eventual decisão definitiva declaratória da constitucionalidade na ADC 4, o que, registre-se, não significará desrespeito à posição adotada pelo Pretório Excelso.

É que a análise das várias decisões que o STF têm tomado sobre o tema das proibições legais relativas a decisões judiciais cautelares e antecipatórias revelam que, como princípio, a Corte Maior admite, sim, a antecipação de tutela contra o Poder Público em qualquer caso, desde que estejam presentes todos os seus pressupostos legais e tenha-se em mente a excepcionalidade da medida, devendo o magistrado sopesar todos os valores e riscos envolvidos. O que o STF quer evitar é o abuso, é a concessão indiscriminada de tutelas antecipatórias baseadas, por exemplo, em mera plausibilidade do direito – o magistrado pode, sim, entender plausível o direito, mas os requisitos para a concessão de tutela antecipada não se esgotam aí.

De modo que, a rigor, em vez de declarar inconstitucionais as vedações legais, optou-se por declará-las constitucionais, ainda que inócuas em face de interpretação segundo a qual conclui-se que, na verdade, as decisões antecipatórias só estão vedadas naqueles casos em que elas já não poderiam ser concedidas (por falta dos requisitos legais).

5. Conclusão

A tutela antecipatória consiste, basicamente, na entrega da prestação jurisdicional em momento anterior à formação da convicção definitiva do julgador, pela qual se autoriza ou determina a prática ou a abstenção de atos que têm como resultado a efetiva fruição de um direito provisoriamente reconhecido. E representa um instrumento de harmonização, diante do caso concreto, dos princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, aquele decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e este, dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A tutela provisória, antecipatória ou puramente cautelar, tanto quanto à tutela definitiva, têm dignidade constitucional.

Com sua natureza satisfativa, volta-se à realização provisória do próprio direito finalisticamente buscado, não se confundindo com a tutela puramente cautelar, embora ambas tenham regime jurídico similar.

O direito positivo brasileiro expressamente prevê os seguintes tipos de tutela antecipatória: antecipação assecuratória, antecipação punitiva e antecipação do pedido incontroverso, cada uma com requisitos e características próprias.

A concessão deste instrumento técnico-jurídico se dá em qualquer tipo de ação de conhecimento, não tendo a decisão que a veicula necessariamente a mesma eficácia preponderante do provimento final fundado em cognição exauriente.

No provimento antecipatório preponderam as eficácias mandamental e executiva *lato sensu*.

Os fundamentos da tutela antecipatória contra o particular são os mesmos que autorizam a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, bastando para isso que se façam presentes os seus requisitos legais, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Assim sendo, é possível a concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, a qual, ademais, não é objeto de vedação genérica e nem conflita com os institutos processuais que regem as ações judiciais envolvendo o Poder Público,

como a remessa oficial e a exigência de que os pagamentos de quantia certa se submetam ao regime dos precatórios.

A efetivação da tutela antecipatória deve ocorrer no mesmo processo em que foi proferida, não sendo cabível falar-se em instauração de novo processo de "execução" porque a efetivação se dá, precipuamente, por meio de ordens dirigidas à outra parte, seja ela particular ou o Poder Público. O juiz aplicará as regras do processo de execução que se mostrarem úteis e adequadas, como a possibilidade de exigência de medidas de contracautela.

No caso de pagamento de quantia certa, há que se dispensar o precatório, devendo as entidades públicas buscar todos os meios idôneos para cumprir sem delongas as decisões judiciais, constituindo, por exemplo, provisões orçamentárias com este fim.

As considerações feitas a respeito dos fundamentos da tutela antecipatória autorizam, a conclusão de que as vedações legais à sua concessão padecem de insanável inconstitucionalidade, independentemente de qualquer consideração sobre a parte em face de quem se opera essa concessão.

As leis proibitivas de tutelas antecipatória ou cautelar também ofendem ao princípio da harmonia entre os Poderes porque o Legislativo (ou o Executivo atuando por medidas provisórias) não está autorizado a dizer como o Judiciário deve julgar.

Para além disso, as vedações à tutela antecipatória não se justificam com base no interesse público porque este não se confunde com a defesa intransigente dos interesses do próprio Estado.

Não é defensável a generalizada concessão de tutela antecipatória contra o Poder Público, devendo-se evitar a tentação de construir seja um processo civil do autor, seja um processo civil do réu. Defende-se aqui a possibilidade e a necessidade da solução adequada ser dada pelo magistrado, diante do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade de vedações legais à concessão de tutela cautelar ou antecipatória contra o Poder Público em várias oportunidades, entre elas os julgamentos nas ADINs 223, 975 e na ADC 4, na qual foi deferida medida cautelar.

Mesmo após a decisão cautelar na ADC 4, continuam sendo concedidas tutelas antecipatórias contra o Poder Público, seja em razão da interpretação restritiva dada, na esteira do posicionamento do STF em sede das reclamações, às hipóteses legais proibitivas, seja em virtude de situações excepcionais em que, a bem de proteger elevados valores jurídicos, simplesmente afasta-se a aplicação das proibições legais.

A análise das várias decisões que o STF tem tomado sobre o tema das proibições legais relativas a decisões judiciais cautelares e antecipatórias revelam que, como princípio, a Corte Maior admite, sim, a antecipação de tutela contra o Poder Público em qualquer caso, desde que estejam presentes todos os seus pressupostos legais e tenha-se em mente a excepcionalidade da medida, devendo o magistrado sopesar todos os valores e riscos envolvidos. O que o STF quer evitar é o abuso na concessão de liminares, que, realmente, vinha ocorrendo. Assim sendo, em vez de declarar inconstitucionais as vedações legais, optou-se por declará-las constitucionais, ainda que inócuas em face de interpretação segundo a qual conclui-se que, na verdade, as decisões antecipatórias só estão vedadas naqueles casos em que elas já não poderiam ser concedidas (por falta dos requisitos legais).

Referências bibliográficas

BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2ª ed.: rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENUCCI, R. L. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BUENO, C. S. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CLEVE, C. M. **Medidas provisórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 4ª ed.: rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4ª ed., v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Execução de liminar em mandado de segurança – Desobediência - Meios de efetivação da liminar**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 200, 1995. p. 309-325.

FAGUNDES, S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIAS, E. P. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, M. C. **Comentários ao Código de Processo Civil. v 7: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Liminares nas ações possessórias**. 2ª ed.: rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FUX, L. **Tutela de segurança e tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA, G. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T 1, v. VIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LUCON, P. H. S. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, A. C. C. **Tutela antecipada**. 2ª ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, L. G. **A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer)**. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil nº 1, janeiro/abril de 1996, p. 85-95.

_____. **A antecipação da tutela**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **A tutela antecipatória contra a Fazenda Pública**. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil nº 2, maio/agosto de 1996, p. 465-471.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, C. A. B. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MOREIRA, J. C. B. **Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas**. In: Revista de Processo nº 104, outubro/dezembro de 2001, p.101-110.

_____. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NERY JÚNIOR, N. **Código de Processo Civil Comentado**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PASSOS, J. J. C. **Da antecipação da tutela**. In: *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSA, D. D. **Tutela antecipada contra a Fazenda. Lei Complementar nº 104/01 - Reconhecimento da possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em matéria tributária.** In: Direito.com.br [Internet] <http://www.direito.com.br/doutrina.asp> [capturado em julho de 2003].

SANDIN, E. O. **Da antecipação de tutela frente às demandas previdenciárias e, também, em direção à Fazenda Pública lato sensu, ressalvada a questão precatória.** In: Jus Navigandi [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp> [capturado em julho de 2003]

_____. **Tutela antecipada contra a Administração Pública e dispensa de precatório.** In: Jus Navigandi [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina> [capturado em julho de 2003]

SILVA, O. A. B. **Do processo cautelar.** 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública.** In: Informativo STF nº 167, de 18 a 22 de outubro de 1999 [Internet] <http://www.stfgov.br>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tutela Antecipada e Matéria Previdenciária.** In: Informativo STF nº 278, de 19 a 23 de agosto de 2002 [Internet] <http://www.sftgov.br>

TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela.** In: Revista de Informação Legislativa / Senado Federal nº 34, julho/setembro de 1997.

_____. **Saneamento do processo.** In: Revista de Processo nº 86, abril/junho de 1997, p. 76-111.

THEODORO JÚNIOR, H. **Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas.** In: Revista de Processo nº 94, abril/julho de 1999, p. 24-33.

WAMBIER, L. R. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.** 2ª ed.: rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 2000.