Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito
Curso de Especialização Em Direito Público Com Ênfase Em Direito Administrativo

A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia desenvolvida por Octacilio Sacerdote Filho, sob orientação do Prof. Dr. Mauro Sérgio Rocha, como requisito parcial para a conclusão do curso de Especialização em Direito Público com Ênfase em Direito Administrativo.

Curitiba
Dez/2004

SUMÁRIO

01. Introdução 01

02. Tutela Antecipada – Conceito 03

03. O art. 273, do Código de Processo Civil e o Direito Comparado 05

04. Técnica Processual da Antecipação da Tutela 11

05. A Tutela Antecipada no Código de Processo Civil 20

06. O Reexame Obrigatório nas Causas Contra a Fazenda Pública 22

07. A Antecipação da Tutela e as Liminares 24

08. A Antecipação da Tutela em Relação às Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas 25

09. Lei nº 9.474/97 28

10. Normas Restritivas de Liminares 31

11. A Concessão de Liminares e a Antecipação da Tutela Contra a Fazenda Pública 33

12. O Controle dos Atos Administrativos pelo Judiciário e a Concessão da Tutela 36

13. Casos Existentes de Concessão da Antecipação da Tutela Contra a Fazenda Pública 40

14. O Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação 43

15. O Perigo da Irreversibilidade do Provimento Antecipado 44

16 . A Manifestação do Supremo Tribunal Federal 45

17. A Regra Constitucional do Precatório 48

18. Normas Restritivas à Concessão da Tutela Antecipada Contra a Fazenda Pública 52

19. Conclusão 59

Referências Bibliográficas 61

1. INTRODUÇÃO

Uma das principais alterações havidas no sistema processual brasileiro, por conta da reforma processual foi, sem dúvida, a adoção do instituto da antecipação de tutela.

O art. 273, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de que se antecipem todos ou alguns dos efeitos do provimento jurisdicional de mérito, sempre que o Juiz se convença da verossimilhança das alegações do autor, demonstradas através de prova veemente e robusta de 'fumus boni iuris', se (inciso I) houver "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (isto é 'fumus' qualificado mais 'periculum in mora') ou, se (inciso II) ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Nessa matéria - antecipação da tutela - há muitas questões ainda não completamente esclarecidas pela doutrina e tampouco suficientemente testadas em nossos tribunais. É o caso da discussão a respeito do cabimento, ou não, da antecipação de tutela diante da Fazenda Pública.

É costume se afirmar que justiça tardia é injustiça e, diante disso, antecipar os efeitos da tutela pode ser uma alternativa, criada pelo sistema, para que a parte tenha seu direito garantido. É possível afirmar, então, que a antecipação dos efeitos da tutela, disciplinada no art. 273, do CPC é uma das formas de expressão da garantia do acesso à justiça no plano da normatização infra constitucional.

A discussão sobre a possibilidade de antecipação da tutela em causas onde a Fazenda Pública é parte promovida, vem despertando o interesse de estudiosos do direito processual civil, principalmente diante do fato de alguns entenderem que a antecipação é a própria decisão de mérito proferida em momento anterior ao devido, enquanto outros pensam ser a antecipação uma forma de concessão de provimento liminar.

Como as decisões contra a Fazenda Pública somente são exeqüíveis após a confirmação pelo Tribunal, diante do chamado reexame necessário, nos termos do art. 475, II, do Código de Processo Civil, caso se entenda a antecipação como provimento liminar, pode-se concluir pela possibilidade de sua utilização contra os entes públicos.

Ao contrário, admitindo-se ter o instituto a natureza de decisão de mérito, proferida em momento anterior ao do julgamento da ação, é razoável admitir a impossibilidade de sua utilização contra a Fazenda Pública.

O presente trabalho visa exatamente analisar a possibilidade de utilização da antecipação da tutela nos procedimentos em que a Fazenda Pública seja a parte promovida.

2. TUTELA ANTECIPADA - CONCEITO

A tutela antecipada é uma das formas de tutela jurisdicional de urgência, a antecipação de tutela possui como principal característica a possibilidade de permitir a realização do direito subjetivo, antes do final do processo no qual a existência deste direito é discutida. Ela garante a satisfação da pretensão de direito material, desde que o autor – ou o réu – comprove estarem presentes ou requisitos para sua concessão.

No sistema processual civil brasileiro a antecipação de tutela surgiu para atender todas aquelas situações de urgência em que não fosse suficiente a mera garantia da realização futura do direito. Veio assumir o lugar que temporária e provisoriamente vinha sendo ocupado pelo processo cautelar. Isto porque em determinadas ocasiões, não é suficiente para a parte que o processo apenas assegure a satisfação de seu direito, como pretende a tutela cautelar. Impõe-se em tais casos a própria satisfação, imediatamente. A urgência, nestas hipóteses, autoriza o Poder Judiciário a viabilizar a realização de direito material reivindicado pela parte, ao invés de apenas proteger sua realização futura. A antecipação da tutela, portanto, é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo. "Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou·".

A criação da antecipação da tutela decorre de uma moderna preocupação no sentido de agilização da Justiça. Isto porque além da própria realização dessa Justiça, "preocupa-se o moderno processo com a demora na sua concretização, daí o surgimento das medidas cautelares e, agora, da antecipação da tutela"[1].

Dentre vários conceitos de antecipação de tutela, merece destaque aquele que a define como "uma arma de enorme potencial para corrigir as distorções que o tempo provoca sobre a efetividade da tutela jurisdicional e compensar as

---

1. ANDRADE, Sérgio Monteiro de. Tutela Antecipada. In Revista dos Tribunais. 1997, p.165.

deficiências específicas que o instrumento da jurisdição civil tem apresentado em cada área de sua atuação"[2].

Mas a antecipação de tutela também é considerada como uma "providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento".

Importante destacar, porém, que a tutela antecipada também pode ser concedida quando não houver qualquer situação de urgência, mas, ao contrário, ocorra o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. Nestas hipóteses, o juiz também poderá permitir a satisfação antecipada do direito.

---

2. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. Ed. Oliveira Mendes. São Paulo, 1998, p. 17.

3. O ART. 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO COMPARADO

A antecipação da tutela foi genericamente introduzida no Direito Processual Brasileiro com a reforma legislativa de 1994, através da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o art. 273 do Código de Processo Civil. Extremamente revolucionário, o instituto modificou sensivelmente a forma de se requerer e de se obter a tutela jurisdicional urgente.

Basta dizer que foi eliminada a necessidade das medidas cautelares para se obter a tutela antecipada, a qual passou a ser concedida no curso do processo de conhecimento.

Importante, porém, destacar que antes mesmo da reforma de 1994, o Direito Processual brasileiro já vislumbrava algumas hipóteses de antecipação em procedimentos especiais. É o que ocorria, por exemplo, com as liminares possessórias, os alimentos provisórios, a fixação provisória de aluguel, as liminares em ações de despejo, a busca e apreensão regulada pelo Decreto-lei 911, de 1° de outubro de 1969, e ainda a liminar prevista no artigo 84, parágrafo terceiro da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. De qualquer maneira, a possibilidade de aplicação genérica da tutela antecipada somente surgiu com alteração do artigo 273, do Código de Processo Civil, em 1994.

Nos termos do que estabelece o artigo 273 do mencionado diploma legal, os requisitos para a antecipação da tutela são: a existência de prova inequívoca, ou seja, prova clara, evidente, manifesta; a verossimilhança da alegação, o que corresponde a uma alegação que pareça ser verdadeira; o receio de um dano irreparável ou de difícil reparação ou ainda um abuso no direito de defesa ou propósito evidentemente protelatório do réu. Sem a presença destas condições não se justifica a antecipação da tutela.

Segundo Roberto Armelin, o legislador brasileiro teve dois objetivos ao criar a tutela antecipatória: um sistêmico e um pragmático. O primeiro foi o de dar "dar a César o que é de César" ou, em outros termos, fazer cessar a generalização do processo cautelar satisfativo. O segundo, ou seja, o objetivo pragmático, foi de evitar duplo processamento para a produção de um resultado único. Deixou de ser necessário, portanto, o

ajuizamento de uma ação cautelar (com liminar) e de uma ação principal (de conhecimento) para se chegar a um mesmo objetivo[3].

A inovação trouxe a vantagem de diminuir a sensação de "desgosto e angústia do advogado que se via obrigado a promover um processo principal que não lhe interessava apenas para obter uma providência urgente". São as palavras de Jorge Peyrano: "*Cuántas veces el abogado práctico experimenta uma sensación de disguto y hasta de aprehensión al tener que, obrigatoriamente, promover um proceso principal (que no le interesa ni le sirve) em miras a lograr que um tribunal le conceda (lo que si le interesa y le serve), que es el despacho de uma diligencia cautelar*"[4].

Enquanto antes da reforma processual só se podia obter uma decisão liminar através do processo cautelar (com algumas exceções em procedimentos especiais), após 1994 as partes passaram a poder requerer decisões liminares em ações de rito ordinário. "O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamado como objeto da relação jurídica envolvida no litígio"[5].

Na verdade, como a auto-tutela havia sido proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, precisava-se encontrar uma forma de se atender aos conflitos urgentes, que não pudessem esperar até uma decisão de mérito definitivo. A antecipação de tutela se justifica, pois "sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação da justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida"[6].

Justamente por permitir a própria satisfação do direito alguns juristas consideram-na como uma forma de execução *lato sensu*. "Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*,

---

3. ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos |Tribunais. São Paulo, 1997, p. 439-440.

4. PEYRANO, Jorge. Informe sobre las medidas autosatisfactivas, in Gênesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 1996, p. 450.

5. TEHEODORO JÚNIOR, obra já citada.

6. TEHEODORO JÚNIOR, obra já citada.

com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos"[7].

Muito embora o instituto da antecipação de tutela seja muito recente no Direito processual brasileiro, o Direito italiano já o concebia há muito tempo. Segundo Ovídio Batista da Silva, o próprio Calamandrei havia previsto a hipótese de tutela antecipada quando distinguiu as duas espécies *de periculum in mora*: o perigo de *infruttuosità*. Em relação ao primeiro, utilizavam-se as medidas que apenas assegurassem a futura realização do direito. Por outro lado, o perigo de tardività exigia a própria satisfação do direito, o que para Calamandrei também poderia ser alcançada pelo provimento cautelar[8]. Assim, ainda que através do processo cautelar, o mestre italiano admitia uma tutela de urgência satisfativa.

Ainda no Direito italiano, Andréa Proto Pisani sustentava em trabalhos escritos em 1979 e 1982 as razões que levariam no recurso à tutela sumária. Dentre elas, as seguintes: evitar o custo do processo de cognição plena quando não houvesse contestação efetiva; evitar o abuso do direito de defesa; e assegurar a efetividade da tutela jurisdicional de urgência. Tais trabalhos são referidos por João Batista Lopes em estudo recente a respeito da tutela antecipatória.

Na Itália, a preocupação com a efetividade dos direitos levou os legisladores a conceberem a possibilidade de uma antecipação de até 4/5 do provável valor da indenização no caso de ação de reparação de danos por ato ilícito. Trata-se da Lei 990, de 24 de dezembro de 1969, que admite essa antecipação em relação às vítimas de acidente automobilístico. De um lado, a posição da vítima que não pode aguardar muito tempo pela indenização, já que esta tem caráter alimentar. De outro, a posição das seguradoras de automóveis, as quais procuram obter lucro com o tempo despendido no processo. A demora na prestação da tutela jurisdicional é, portanto, considerada pelos italianos como uma das causas para uma Justiça ineficiente. Daí a necessidade da antecipação[9].

---

7. NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo, 1997, p. 383.

8. LOPES, João Batista. Antecipação de tutela e o art. 273 do CPC, in Revista dos Tribunais. 1996, p. 64.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 210.

Da mesma maneira, no Brasil desde 1985, Kazuo Watanabe já defendia a ineficiência do processo comum para atender às mais variadas pretensões. Segundo ele: "... por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados"[10].

Na verdade, os ordenamentos jurídicos que contemplam a tutela antecipatória apresentam dois modelos diferentes.

O modelo de antecipação aplicado pelo sistema francês, por exemplo, prevê a construção de um procedimento diferenciado e próprio. Antes mesmo de ingressar com o processo ordinário, o autor pode – através de um procedimento específico – requerer a tutela antecipatória. É o que se denomina de *référé* e vem previsto na França nos artigos 808 e 809 do *Nouveau Code de Procédure Civil* e na Bélgica no artigo 584 do *Code Judiciaire*.

O artigo 808 do Código de Processo Civil francês estabelece que: "*dans tous les cãs d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner em référé toutes les mesures qui se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifient l'existence d'um differend*". O artigo 809 acrescenta que *le président peut toujours prescrire em référé les mesures conservatoires ou de remise em état qui s'imposent, soit pour prévenir um dommage imminent, soit pour faire cesser um trouble manifestament illicite*"; dizendo ainda que "*dans le cãs où l'existence de l'obligation n'est pás sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier*"[11].

A possibilidade de antecipação da tutela na França ocorre, portanto, através de um outro procedimento, diverso da ação principal. O mesmo se verifica na Bélgica pois o artigo 584 do *Code Judiciaire belga prevê que "le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cãs dont il reconnait l'urgence, em toutes matières, sauf celles que la loi soustrait ao pouvoir judiciaire*".

---

10. WATANABE, Kazuo. Contribuição ao estudo da cognição no processo civil. 1985, p.103-104.

11. RICCI, Eduardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. in Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 1998, p. 90.

Tanto no sistema francês quanto no belga, o instituto do *référé* é utilizado para garantir a futura tutela de mérito (caráter cautelar) ou para antecipar essa mesma tutela (caráter satisfativo). De qualquer maneira, trata-se de um procedimento autônomo e que permanece eficaz até um julgamento contrário.

Nessa mesma linha também se manifestou o Uruguai que, através das *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, celebradas em La Paloma de 19 a 22 de abril de 1995, declarou: "*Lãs exigencias de la vida judídica actual han determinado la necesidad de crear estructures destinadas a la resolución urgente de pretensiones em forma definitiva al margem de la tutela cautelar y provisional clásicas*[12].

Entretanto, a Itália brevemente poderá conceber em seu sistema processual civil uma outra forma de tutela antecipada através da reforma ao art. 700 do *Códice di Procedura Civile*. Do mês de dezembro de 1994 ao mês de julho de 1996, uma comissão encarregada pelo Ministério da Justiça (denominada simplesmente *Comissão Tarzia* em homenagem a seu Presidente) elaborou um projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano, abrangendo inclusive o disposto no artigo 700 daquele diploma.

Com a reforma, o que poderá ocorrer em breve, o sistema italiano passará a dispor de duas possibilidades para a concessão de tutela antecipada. Uma através da previsão genérica na parte destinada aos procedimentos cautelares (artigo 700) e uma específica dentro do próprio processo de conhecimento (artigos 186 e 186*quater*).

"De fato, de um lado, o Direito italiano será caracterizado por tutela antecipada de caráter urgente, que pode ser obtida mediante procedimento diverso do processo de conhecimento e dele separado, mesmo antes que tenha iniciado a controvérsia sobre o mérito.

De outro lado, será possível aplicar, no âmbito da controvérsia sobre o mérito, os artigos 423, 186*bis*, 186*ter* e 186*quater*, nas hipóteses expressamente indicadas em tais disposições"[13].

Tal mudança representará uma verdadeira evolução no que diz respeito à concessão da tutela antecipatória.

---

12. PEYRANO, obra já citada.

13. RICCI, Obra já citada.

Fazendo-se uma retrospectiva do Direito italiano é possível perceber que a tutela antecipada surgiu mediante uma distorção do procedimento de urgência previsto no artigo 700 do Código de Processo Civil.

O dispositivo que originalmente fora criado para atender pretensões cautelares passou a ser aplicado em pedidos verdadeiramente antecipatórios. Depois, em 1973 uma tutela antecipatória foi inserida no âmago do processo ordinário em matéria trabalhista. Tratava-se do art. 423, introduzindo pela Lei 533, de 11 de agosto de 1973, que em seu parágrafo primeiro estabelece que "o juiz, a requerimento da parte, em qualquer estado do processo, determina por meio de decisão *(ordinanza)* o pagamento das somas não contestadas"; enquanto que no parágrafo segundo dispõe que "igualmente, em qualquer estado do processo, o juiz pode, a requerimento do trabalhador, determinar o pagamento de uma soma a título provisório quando entender existente o direito e nos limites da quantia que reputar já provada".

E, finalmente, em 1995 a tutela antecipatória no processo ordinário de direito comum foi enriquecida pelo art. 186*quater* do mesmo Código, introduzido pelo Decreto Legislativo nº 432, de 18 de outubro de 1996, que se converteu na Lei nº 534, de 20 de dezembro de 1995. No parágrafo 1º, lê-se que: "encerrada a instrução, o juiz instrutor, o requerimento da parte que propôs a demanda de condenação ao pagamento de quantias em dinheiro ou à entrega a desocupação dos bens, pode determinar mediante decisão (*ordinanza*) o pagamento ou a entrega ou a desocupação nos limites em que os fatos reputar já provados"[14].

No Direito alemão, a antecipação está prevista dentro do processo de execução, entre as cautelares, pois lá não há um livro para o processo cautelar. A doutrina separa os procedimentos em assecuratórios (cautelares) e de regramento (antecipação da tutela de mérito), respectivamente nos parágrafos 935 e 940 da ZPO[15].

---

14. RICCI, Obra já citada.

15. NERY JÚNIOR, Obra já citada

4. TÉCNICA PROCESSUAL DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Para a efetividade da tutela dos direitos não basta a ação cautelar; também é necessária uma ação que permita a realização do direito com base em cognição sumária. Para que seja possível a tutela jurisdicional de um direito que precisa ser realizado de forma urgente é necessário um procedimento acelerado, a cognição sumária, o provimento mandamental e os meios coercitivos necessários para a efetivação do enunciado sentencial, aí incluída a pena de prisão por descumprimento de ordem judicial, intensamente empregada no direito anglo-americano. Realmente, a cognição exauriente (aprofundada) é completamente incompatível com a situação de perigo de dano iminente que exige a própria tutela urgente. Nesses casos o juiz é autorizado a julgar com base em cognição sumária, ou *fumus boni iuris*. A ação processual é urgente e de cognição sumária, mas satisfativa do direito material afirmado. A satisfatividade, entretanto, não se dá no plano processual. É que o juiz não declara que o direito existe, mas que provavelmente o direito existe, razão pela qual a sentença não fica acobertada pela coisa julgada material. Por essa razão é necessária a chamada "ação principal", que se destina apenas a garantir o direito à prova ou à adequada cognição da lide. A tutela antecipa a satisfação que ordinariamente se daria após o tempo necessário para a averiguação da existência do direito.

A tutela que satifaz antecipadamente o direito não é cautelar porque nada assegura ou acautela. A tutela cautelar supõe referibilidade a um direito acautelado ou protegido. Quando não há referibilidade é porque há tutela antecipatória. A tutela antecipatória não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre exatamente no momento em que a tutela antecipatória é prestada. O "resultado útil do processo" somente pode ser o "bem da vida" que é devido ao autor, e não a sentença acobertada pela coisa julgada material, que é própria da "ação principal". Porém, a tutela antecipatória sempre foi prestada sob o manto da tutela cautelar. Mas é na verdade, uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada.

A tutela antecipatória é fundamental para a realização dos direitos não patrimoniais. O nosso sistema processual civil, marcado por uma visão de mundo centrada no "ter", será estruturado para a tutela dos direitos patrimoniais, ou seja, para a

restauração do direito violado. Para a efetividade da tutela dos direitos não patrimoniais não é suficiente uma tutela reparatória; é necessária uma tutela. jurisdicional capaz de impedir a lesão ao direito. Sem dúvida, a tutela antecipatória é a mais idônea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora.

A natureza jurídica do instituto da tutela antecipada (ou antecipação de tutela) no direito brasileiro, por obra do óbvio, não é diversa da registrada na legislação estrangeira, sendo certo que não se trata de medida de natureza assecuratória e de índole cautelar que tenha por objeto a preservação para a futura possibilidade de exercício.

A antecipação da tutela, ora prevista no art. 273 do Código de Processo Civil é, em verdade, medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito.

Trata-se, ao contrário, de inconteste forma de provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade.

A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.

A lei fala em antecipar (...) os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si

mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada.

Essa coincidência no objeto traz logo a imperiosidade da observância da regra de correlação entre a sentença e a demanda, representada no direito positivo pelos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil. A tutela antecipada, tanto quanto a definitiva, não pode ir *extra vel ultra petita.*, devendo respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda inicial. Obviamente, não se pode antecipar algo que de antemão já se sabe que será impossível obter em caráter definitivo. O objeto cujo gozo se antecipará não pode ser qualitativamente diferente, nem quantitativamente maior do que aquele que foi pedido na inicial.

O novo art. 273 do Código de Processo Civil estabelece que a antecipação ali disposta será total ou parcial, mas não fixa critérios para dimensioná-la ou parâmetros a observar. O único limite objetivo é o que decorre das regras acima consideradas, de modo que a antecipação total coincidirá em extensão com a tutela definitiva. Ficam ao critério discricionário do. juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial e, na segunda hipótese, a determinação do âmbito desta.

A discricionariedade do juiz na concessão da tutela antecipada reflete-se ainda no poder, que a lei expressamente lhe dá, de a qualquer tempo (antes da sentença, é claro) revogar ou modificar a medida concedida (art. 273, § 4°). Modificar para mais ou para menos, pois a lei não especifica e a situação existente pode aconselhar uma coisa ou outra. A provisoriedade é mesmo inerente à tutela antecipada, que se funda em cognição sumária e não pode resistir ao reconhecimento de realidades fáticas antes não captadas pelo juiz.

O juiz, pode também. conceder a antecipação antes negada, porque a lei não o veda e porque toda antecipação é sempre possível até que chegue o momento de sentenciar.

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se

distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia[16].

Não alude – é importante frisar – a uma nova modalidade de medida cautelar, ainda que possa guardar semelhança, de caráter unicamente formal, com a proteção de natureza acautelatória.

Em essência, a denominada antecipação de tutela é integrante do processo cognitivo, alusivo à prestação jurisdicional própria de índole meritória (lide meritória) diferente, pois, da tutela cautelar que, integrante da chamada jurisdição imprópria ou por extensão, apenas, corresponde a uma lide de dano (lide secundária), desprovida de autêntico caráter meritório.

Não é por outra razão que não é lícito ao juiz na antecipação de tutela, de forma diversa da tutela de segurança cautelar, concedê-la liminarmente (ou seja, sem a prévia audiência do réu), conquanto a mesma constitua, em última análise, a própria providência demandada, e ainda que limitada em sua eficácia.

O Juiz, em nenhuma hipótese, concederá a antecipação de tutela liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185 do CPC), se feito em petição avulsa[17].

Tem maior interesse a verificação da natureza jurídica dessa tutela antecipatória. Trata-se de prestação jurisdicional cognitiva, de natureza emergencial, executiva e sumária. E como por ela se busca desde logo os efeitos da futura sentença de mérito, sua natureza jurídica só pode ser de execução *lato sensu* da pretensão deduzida em juízo (caráter condenatório). É tutela satisfativa, pois obtém-se, desde logo, aquilo que somente se conseguiria com o trânsito em julgado da sentença definitiva, a qual deverá, ao final, ratificar a tutela antecipada.

---

16. BERMUDES, Sérgio. *A reforma do CPC*. 1. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.p. 174.

17. BERMUDES, Obra já citada.

Aliás, como ensina Nery Jr, com o advento desse instituto "não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem; se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

É título executivo judicial, embora não elencado no art. 584 do Código de Processo Civil, mas é um título judicial peculiar por ser o único não representado por uma sentença judicial.

Certo é que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar, mas dela se dissocia e se distancia porque a tutela cautelar é essencialmente efêmera e é concedida para assegurar o efeito prático de outra, ao contrário da tutela antecipatória, que constitui a própria providência demandada na pretensão deduzida. Tutela antecipada, em realidade, é satisfazer, desde logo, o pedido do autor se estampados os pressupostos que legitimem a prestação.

Dependendo da natureza da tutela pretendida na ação ajuizada, pode a tutela antecipada ser também de natureza declaratória, constitutiva ou mandamental. Nesse sentido manifestam-se o mestre Dinamarco e Nery Jr.

No tocante às obrigações de fazer e não fazer, entretanto, o legislador introduziu dispositivo expresso, estampado no art. 461 do Código de Processo Civil.

O artigo 273, II, ao admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa, abre oportunidade para a tutela antecipatória, fundada na técnica monitória, no procedimento comum.

Se é possível a tutela antecipatória no procedimento monitório, nada impede que a tutela antecipatória, fundada na técnica monitória (prova do fato constitutivo e defesa provavelmente infundada), seja admitida no curso do procedimento comum, uma vez que também nada impede que o autor, munido de prova suficiente, pretenda cobrar o seu crédito através deste procedimento e seja surpreendido por uma defesa abusiva.

Lembre-se que o direito italiano – que serviu de base para a introdução do procedimento monitório no direito brasileiro –, ainda que consagre, há muito, o procedimento monitório, acaba de receber o instituto da tutela antecipatória, fundado na

técnica monitória, no procedimento ordinário, conforme o artigo 186 do Código de Processo Civil.

A tutela antecipatória, através da técnica monitória, supõe: i) prova do fato constitutivo do direito e ii) uma defesa que exija instrução dilatória e que seja provavelmente infundada.

Deixe-se claro que a tutela antecipatória exige prova do fato constitutivo, ou seja, prova que, dentro das regras probatórias que incidem no procedimento comum, é capaz de demonstrar o fato que constitui o direito do credor.

Para a tutela antecipatória é necessário, ainda, que a defesa não seja fundada em prova documental, vale dizer, em prova capaz de demonstrar, de plano, o fundamento da defesa. Também será inviável a tutela antecipatória quando a defesa se fundar sobre fatos incontroversos.

É necessário, para a tutela antecipatória fundada na técnica monitória, o pressuposto da defesa provavelmente infundada, já que pode haver uma defesa séria não fundada em prova documental ou em fatos incontroversos, embora seja correto admitir que nestes casos a defesa não baseada em prova documental é, em regra, infundada.

A presente técnica aproxima-se, em parte, da técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta. Contudo, é importante sublinhar que a técnica monitória exige sempre prova do fato constitutivo, ao passo que a técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta é ligada apenas à falta de controvérsia acerca dos fatos constitutivos, lembrando-se que, em regra, os fatos constitutivos, em caso de exceção substancial indireta, tornam-se incontrovertidos em razão de não-contestação, já que a apresentação de exceção equivale, em princípio, e por incompatibilidade lógica, à não-contestação dos fatos constitutivos.

A tutela antecipatória, fundada nas técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, pode ser requerida com base no artigo 273, II, do Código de Processo Civil, já que a tutela visa impedir que a defesa do réu adie, indevidamente, a realização de direitos – ou de parcelas de direitos – que não são mais controvertidos. É abusiva a defesa que protela a realização de direito – ou de parcela de direito – que não mais é controvertido.

Caso o réu não conteste os fatos constitutivos de um dos direitos pretendidos pelo autor, e o juiz entenda que dos fatos narrados decorre o direito pretendido, tal direito deve poder ser realizado desde logo, não havendo razão para o autor ter que esperar a instrução dilatória para o julgamento dos outros pedidos formulados.

Em outra hipótese, não raramente encontrável na prática forense, pode o autor pedir que o réu seja condenado a pagar 100, e o réu admitir a dívida, mas contestar o seu valor, dizendo dever apenas 50. Neste caso o réu reconhece parcela do crédito cobrado pelo autor. Nada obsta, em tal hipótese, a tutela antecipatória da parte não controvertida. Ou seja, nada pode impedir a tutela antecipatória dos 50 reconhecidos pelo réu.

Nesses casos, segundo o nosso entendimento, é possível a tutela antecipatória, pois o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo. Ou melhor: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.

O réu que não contesta ou reconhece o pedido, e nada faz para adimplir a sua obrigação, abusa do seu direito de defesa quando protela a realização de direitos incontrovertidos. Na verdade, é abusiva a defesa que protela a realização de um direito que não é mais controvertido, motivo pelo qual o ordenamento processual está obrigado a predispor meios de tutela jurisdicional adequados para permitir a realização imediata do direito (ou de parcela do direito) que se torna incontrovertido no curso do processo, que ainda vai levar muito tempo para definir a existência do outro direito (ou da outra parcela do direito) que se mostra controvertido.

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 a 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.

A tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é fundamental para a concretização do princípio que garante a todos o direito de acesso à justiça. É claro que este princípio não mais

apenas significa que todos podem ir ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito, mas sim que todos têm o direito a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

A garantia constitucional de uma tutela tempestiva e efetiva obviamente incide sobre a estruturação técnica do processo, seja *de iure condendo,* seja *de iure condito.*

O legislador infraconstitucional tem o dever de estruturar o processo de modo a atender a esse princípio, estabelecendo regras que conduzam à tempestividade da tutela jurisdicional. O artigo 273, do Código de Processo Civil é a melhor amostra da tentativa de cumprimento desse dever por parte do legislador brasileiro.

Mas não basta: é preciso que as normas postas pela legislação processual sejam interpretadas na perspectiva da garantia constitucional, de modo a permitir que delas sejam extraídas as tutelas jurisdicionais adequadas à realização do direito de acesso à justiça. Assim, por exemplo, se é possível a tutela antecipatória fundada em probabilidade, não há razão para não a admitirmos quando o direito não mais é controvertido e o processo deve prosseguir ainda por algum tempo.

Se o tempo do processo é algo ineliminável, exatamente porque o Estado precisa de tempo para averiguar a existência dos direitos, também é verdade que a demora do processo constitui um custo muito alto para a parte que tem razão. Custo que pode significar angústia, ansiedade, privação, necessidade e até mesmo miséria. Dessa forma, o jurista tem o dever de buscar soluções para que possam ser eliminados, ao menos em parte, os males acarretados pela demora do processo, sabido que, como dizia CARNELUTTI: "processo é vida".

A tutela antecipatória através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido é instituto fundamental para a racionalização do processo de conhecimento e para a realização efetiva do princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Trata-se de instituto que poderá contribuir em muito para que o autor sofra menos com a demora da justiça.

O sistema brasileiro, como é sabido, obriga o autor a esperar – na grande maioria dos casos – o tempo do duplo grau de jurisdição.

A sacralização do duplo grau de jurisdição ou do direito ao recurso, bem como os estreitos limites em que é admitida a "execução provisória" da

sentença, estimulam o réu a interpor recurso para manter na sua esfera jurídico-patrimonial, por mais algum tempo, o bem reivindicado pelo autor.

Se o réu tende a abusar do seu direito de defesa, igual ou maior é o seu interesse em abusar do direito ao recurso, seja para conservar o bem disputado no seu patrimônio, seja ainda para tentar tirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo (bastante longo) necessário ao processamento e ao julgamento do recurso.

Um sistema como o brasileiro, em que a sentença do juiz de primeiro grau não pode ser executada – na maioria das hipóteses – na pendência do recurso, deve estar muito atento à questão – que não é nova – do abuso do direito de recorrer.

Os tribunais sempre demonstraram grande preocupação com o abuso do direito de recorrer. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *v. g.*, decidiu em 1980 que "o uso do recurso como meio de protelar pagamento de dívida encobre conduta incompatível com a seriedade dos atos judiciais, denotando má-fé processual, que obriga reparação".

Tendo em vista que o abuso do direito de recorrer é uma realidade que não pode ser ignorada, tal prática deve ser inibida, seja através da condenação por litigância de má-fé, seja mediante o indeferimento do recurso pelo relator (artigo 557, Código de Processo Civil), ou ainda através da tutela antecipatória.

A condenação por litigância de má-fé, a hipótese do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, e a tutela antecipatória têm efeito pedagógico importante, pois desestimulam os recursos infundados, que não apenas são muito freqüentes, como também muito custosos para a administração da justiça.

5. A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O atual Código de Processo Civil, com a nova redação dada ao artigo 273, redirecionou suas atenções para o tema TUTELA ANTECIPATÓRIA, dispondo, logo de saída, que pode o juiz, a pedido da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional perseguida no pedido exordial, desde que, respaldado em prova inequívoca, convença-se da verossimilhança da alegação, afora os requisitos dos incisos I e II, que se resumem à exigência de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que reste caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. O fato é que o processo se encontra atolado em uma grave crise, tanto que redundou em reformas estruturais recentes, no intuito de minimizar os efeitos desta crise.

Cabe, antes de mais nada, à própria ordem jurídica, a tarefa magna de harmonizar as relações sociais entre os indivíduos, com vistas a que se propicie a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. A orientar esta busca, deve estar o critério do justo e do eqüitativo, segundo a convicção prevalente em certos momento e lugar. Por isso, é com a insatisfação de uma pessoa, cujas implicações são de origem milenar na Psicologia, que se insta o Estado a atuar a jurisdição no caso concreto, pacificando as partes conflitantes, fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada situação, tutelando a prestação jurisdicional correta.

É deveras muito antiga a preocupação pela presteza da tutela que o processo possa dar a quem tem razão. No moderno direito, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Judiciário, que, embora sem ser o único culpado por este estado-de-coisas criado, vem colaborando em boa parte para o sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. De fato, é largamente noticiado e comentando pela comunidade jurídica pátria a absurda e escandalosa quantidade de processos encalhados à espera de decisão, bem como a quantidade ainda maior de feitos semelhantes, quando não idênticos, ajuizados sem o menor controle. Isto torna a prestação jurisdicional uma verdadeira loteria da sorte, onde se sabe quando se entra, mas não quando se sairá.

A busca sem fim por uma tutela jurisdicional mais desburocratizada e veloz passa, sem a menor dúvida, por modificações também naqueles que fazem o Judiciário, advogados, magistrados, Ministério Público, todos, sem exceção. Mudar as instituições e não mudar as pessoas é perda de tempo e não leva a lugar algum. Daí que a lerdeza na entrega da tutela jurisdicional explica-se também em face de quem o faz e ali exerce atividades profissionais. A demora excessiva, já dizia CAPELETTI, é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o do rico, já que este último, e não aquele, pode sem dano grave aguardar uma justiça lenta e jurássica. Ademais, o direito de ação é direito eminentemente político, um canal de ingerência popular no bem comum. O cerne da questão da antecipação da tutela é o fator "tempo" e em torno dele deveriam gravitar todos os debates. Não se trata de forjar ou mesmo de clonar a tutela cautelar sob nova roupagem, substituí-la, como querem alguns menos prudentes. Até porque a tutela antecipatória não é cautelar, porque nada assegura ou acautela.

A lei não especifica o modo de concessão da tutela antecipatória, com o que deixa um leque a perder de vista de possibilidades ao dispor do juiz, segundo as peculiaridades de cada caso. É entendimento corrente, todavia, que em qualquer hipótese, o deferimento da medida antecipatória, ao menos em princípio, é faculdade do juiz, que decidirá livremente quanto à absoluta adequação da medida com a efetiva comprovação, pela parte requerente, dos requisitos exigenciais legais próprios.

O mestre Kazuo Watanabe lembra que a origem histórica da antecipação tutelar reside nos romanos, que adotavam princípio segundo o qual "só se executa a pretensão após a cognição completa e coisa julgada" (in "REFORMADO CPC, Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996). Hoje, a sociedade, movida por desejos e interesses tanto múltiplos quanto antagônicos, reclama a maior aderência do direito e do processo à realidade, com a criação de mecanismos de segurança e de proteção que reajam sem titubeios às agressões ou ameaças de ofensa. O legislador, na firme intenção de dinamizar a prestação jurisdicional, já tão comprometida, vale-se da técnica da cognição sumária para atingir esta meta.

6. O REEXAME OBRIGATÓRIO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Cabe aqui um pequeno comentário sobre o reexame necessário, visto por alguns como violação ao princípio da isonomia[18].

O argumento é o de que o chamado recurso obrigatório, ou remessa de ofício, trataria de forma desigual às partes no processo, já que em ações onde fosse vencida a Fazenda Pública, não seria necessária a interposição de recurso para apreciação da matéria pelo segundo grau.

Já nas ações a ela favoráveis, a parte vencida teria que manifestar apelo para ver o reexame de sua causa pelo segundo grau, importando em desigualdade nas situações.

Não vemos desta forma. Entendemos plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988, a norma processual determinadora do duplo grau de jurisdição obrigatório, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, posto que o princípio da isonomia não impede que o legislador ordinário estabeleça certos benefícios processuais às partes.

É o caso, por exemplo, na norma que obriga o Juiz a fixar alimentos provisórios para o alimentante nas ações movidas pelo rito da Lei nº 5.478/68, mesmo que não traga a petição inicial elementos suficientes para que o Magistrado aquilate o real valor dos alimentos a serem arbitrados[19].

E, nessa hipótese, a parte promovida só exercitará seu direito de defesa somente após a fixação dos ditos alimentos provisórios[20].

É certo que a necessidade de alimentos de quem pede legitima a fixação da verba alimentar antes da formação da relação processual. Mas nem por isso, nesse caso, se fala em ferimento ao princípio da isonomia.

---

18. Constituição Federal de 1988, "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)"
19. Lei nº 5.478, de 17 de julho de 1968: "Art. 4º. Ao despachar a inicial, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita."
20. Lei nº 5.478, de 17 de julho de 1968: "Art. 5º. O escrivão, dentro em 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento. § 1º. Na designação da audiência, o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital."

Do mesmo modo, representa privilégio processual válido o prazo dilatado para a Fazenda Pública e o Ministério Público nas defesas e recursos, privilégio este em pleno vigor, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[21].

Privilégio processual, assim, não implica em violação ao princípio da isonomia.

21. AR 250-MT-AgRg Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU 06.09.90, p. 7.317.

7. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E AS LIMINARES

Como se viu, se o Magistrado antecipa a tutela, estará dando eficácia executiva imediata de sua decisão, e, no caso de a ação ser contra a União, o Estado ou o Município, restará violado o art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar então, por tal raciocínio, que também seria vedado ao Juiz conceder liminar em ação cautelar ou em mandado de segurança contra a Fazenda Pública.

Não se pode confundir, todavia, a concessão de liminar com a antecipação da tutela.

Quando o Juiz concede uma liminar, seja em ação cautelar, seja em mandado de segurança, está apenas garantindo a efetividade do julgamento da lide, ou então impedindo a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

A concessão de liminar, porém, não encerra o objeto da ação. Nesse sentido, já firmava jurisprudência o então Tribunal Federal de Recursos, decidindo que "a medida cautelar é processo preparatório do processo principal, não sendo lícito seu ajuizamento com a finalidade de substituir o segundo"[22].

Como anota THEOTÔNIO NEGRÃO, em relação ao art. 796, do Código de Processo Civil, "não pode a medida cautelar antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal, pois isso eqüivaleria a dar-lhe o caráter de execução provisória de uma sentença que não existe (RT 634/55, 636/120, RJTJESP 97/196, 97/198, 111/343, 115/213, mandado de segurança concedido, JTJ 158/183, JTA 112/229)"[23].

Não se pode, assim, utilizar o mesmo dispositivo que impede a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública (art. 475, II, do Código de Processo Civil), para vedar ao Juiz a concessão de liminar, seja em ação cautelar, seja em mandado de segurança, pois antecipar a tutela, ao contrário do provimento liminar, é dar ao autor em momento antecipado a própria tutela pretendida em sua ação.

---

22. Ag 52.469-RS, Rel. Min. William Patterson, j. 10.04.87, DJU 18.06.87.
23. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 1ª edição em CD-ROM, atualizada até 23.06.96.

8. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM RELAÇÃO ÀS AUTARQUIAS, EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E FUNDAÇÕES PÚBLICAS

A norma do art. 475, II, do Código de Processo Civil, fala na necessidade do reexame da causa pelos Tribunais, para que a parte possa executá-la, mas refere-se somente às causas contra a União, Estados e Municípios.

Resta saber, então, se nas causas contra as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, a nível Federal, Estadual e Municipal, também haveria a impossibilidade da antecipação da tutela.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, através da Súmula 620, que "a sentença proferida contra autarquia não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa", ratificando entendimento firmado pelo então Tribunal Federal de Recursos, através da Súmula 34, que asseverava que "o duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, III)".

Há que se atentar, porém, como leciona HELY LOPES MEIRELES, que "os bens e rendas das autarquias são considerados patrimônio público, mas com destinação especial e administração própria da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos legais e estatutários. Daí por que podem ser utilizados, onerados e alienados, para os fins da instituição, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial (...). A jurisprudência dominante tem sustentado que as autarquias, dispondo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenadas, sem responsabilidade das entidades estatais a que pertencem, mas o rigor dessa orientação nos parece excessivo, pois, exaurindo-se os recursos autárquicos - que são também patrimônio público - não vemos como possa a Fazenda Pública eximir-se da responsabilidade subsidiária para o resgate dos débitos restantes"[24].

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ressalta que "(...) perante terceiros, as autarquias são responsáveis pelos próprios atos. A responsabilidade do

---

24. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, 1992, p. 310.

Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária"[25]. Há, porém, responsabilidade do Estado em relação às autarquias, mesmo que de forma subsidiária.

Por tal motivo, mesmo não estando sujeita a reexame necessário a sentença contra a autarquia (o que liberaria, a princípio, a utilização da antecipação da tutela), mas pelo fato de os bens e rendas da autarquia serem considerados patrimônio público, e considerando-se a possibilidade de a Fazenda Pública vir a responder pelos seus débitos, no caso de insuficiência de recursos ou patrimônio da autarquia, entendemos que a tutela antecipada contra as autarquias também devam merecer a mesma restrição em relação à Fazenda Pública.

Quanto às empresas públicas, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, já decidiu que "A regra estabelecida no art. 475, inc. II, do Código de Processo Civil, não tem aplicação em sentença que julga o feito contra empresa pública, pois o privilégio ali assentado é conferido somente à União, Estados e Municípios"[26].

E conforme anota THEOTÔNIO NEGRÃO, não estão sujeitas a reexame necessário a sentença contra sociedade de economia mista, e se a demanda foi proposta contra o INCRA como órgão prestador de serviços, e não como órgão arrecadador da Fazenda Pública, não cabe o reexame necessário.

Em relação às Fundações Públicas, doutrina HELY LOPES MEIRELES que "(...) pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo - educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. - com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público' (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de 'fundação pública' (arts. 37, XIX, e 19 das Disposições Transitórias), ora 'fundações mantidas pelo Poder Público' (art. 37, XVII), ora, simplesmente, 'fundação' (art. 163, II). Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da Constituição anterior,

---

25. Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, 1996, p. 87.
26. Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, 1996, p. 87.

que 'tais fundações são espécie do gênero autarquia'. Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações públicas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias"[27].

Leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que "em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. (...) Uma vez que as fundações públicas são pessoas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente"[28].

Por isso, entendemos que também em relação às fundações públicas há a mesma vedação de concessão de tutela antecipada aplicável às autarquias.

Ficam, portanto, passíveis de sofrerem os efeitos da tutela antecipada, a nosso ver, somente as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

---

27. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, 1992, pp. 316/317.
28.Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, 1996, p. 94.

9. LEI Nº 9.474/97

A Lei nº 9.494/97, à luz de uma interpretação sistêmica, embora nada tenha acrescentado em matéria de limitações, tornou-se necessária, pois a parte via-se tentada a contornar aquelas referidas limitações esparsas, e obter, por via da antecipação de tutela, exatamente aqueles bens da vida cuja satisfação liminar era vedada pelas vias cautelares ou mandamentais. De fato, esse viés processual havia de ser disciplinado, uma vez que não se pode obter, de forma indireta, aquilo que é proibido de modo explícito.

Sem razão, contudo, os doutrinadores que propugnam pela total inaplicabilidade do instituto da antecipação da tutela nos feitos em que as pessoas jurídicas de direito público figuram como rés. Data venia dos ilustres autores, inexiste um argumento sequer que torna sustentável tal assertiva.

Vejamos, como exemplo, a opinião de ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR, para quem o duplo grau de jurisdição necessário, previsto no art. 475, II, do CPC, seria obstáculo legal à concessão da tutela antecipada, contra a fazenda pública. Afirma o douto autor que "Entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então a tutela antecipada, o que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de processo Civil". (SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 56).

São evidentes os equívocos de tal posição. O primeiro argumento opera-se a partir de uma indução da lógica mesmo: O advento de uma lei restritiva (9.494/97) induz que, excetuando-se os casos proibidos, os demais estão permitidos. Como segundo argumento, temos que os casos versados na Lei nº 9.494/97, já eram, como exposto, vedados de forma esparsa. Ou seja, tratou o dispositivo em referência de impedir a concessão liminar satisfativa de determinadas espécies de bens da vida, com a utilização dos procedimentos cautelar e mandamental. Voltando ao primeiro argumento, mesmo nas hipóteses acima aventadas, não tinha o duplo grau de jurisdição necessário o condão de impedir a imediata execução das medidas concedidas. Quanto ao remédio constitucional do mandado de segurança, o próprio parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 1.533/51 torna exeqüível a decisão que põe termo ao processo. Quanto ao processo cautelar, seria mesmo um

ato de insanidade pretender aplicar, como decorrência do duplo grau de jurisdição necessário, o efeito suspensivo com o recebimento do recurso, pois isso contraria a natureza mesma das medidas cautelares. Se este tipo de processo, previsto na estrutura diferenciada do Processo Civil (conhecimento, cautelar e execução) visa a afastar uma situação de perigo iminente, que inutilizaria a atuação futura da jurisdição, através do processo de conhecimento, a aplicação do art. 475, II, do CPC, como preconiza o ilustre autor, seria o mesmo que destruir o processo cautelar, haja em vista que, com o recebimento do recurso também no efeito suspensivo, a situação de perigo ressurgiria, talqualmente se nenhuma medida cautelar houvesse sido concedida. Na imagem feliz de GERALDO ATALIBA, citada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, seria o mesmo que construir uma fortaleza, provendo-a com portas de papelão.

Data venia do ilustrado autor comentado, a concessão de efeito suspensivo nos recursos contra sentença em cujo procedimento haja sido concedida a antecipação dos efeitos da tutela, seria reduzir a novidade ao já conhecido julgamento antecipado da lide.

Embora não superada a discussão em torno da constitucionalidade da Lei nº 9.494/97, diante do curso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, ainda não julgada pelo Supremo Tribunal Federal, é bom lembrar até que ponto constituem "privilégios" as conhecidas prerrogativas processuais da fazenda pública, e dentre elas, as limitações da comentada Lei.

O princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, CF), destinado essencialmente ao legislador (art. 5º, inciso II, CF), impõe que somente este pode estabelecer critérios de desigualação, através da lei. Mas não são fatores escolhidos ao acaso, e pelo fato de virem veiculadas por lei, que tornam a desigualação, por si só, conforme um critério isonômico.

O inigualável administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na mais célebre monografia a tratar do princípio da igualdade, com a habitual autoridade, leciona que "O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 37).

Assim, para que efetivamente possa ser conferido tratamento igualitário entre as partes no processo, caberá ao legislador, a partir de um critério lógico, em que haja razão e proporção entre a justificação e o resultado, buscar, exatamente, em que a fazenda pública difere do particular, na sua atuação no processo. Se da análise lógica dos fatos da realidade concreta concluir que ambos são iguais em natureza, não poderá estabelecer nenhum critério diferenciador, ou, se o fizer, incorrerá em ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade da lei. Entretanto, se na mesma análise concluir ser diversa a natureza da realidade fática a que ambos estão submetidos, será constitucional o critério de desigualação que defere privilégios à fazenda pública, em relação aos demais.

E não se pode afirmar, à luz mesmo do bom senso, que a fazenda pública compareça, em juízo, com o mesmo grau de liberdade que o particular, em face do seu peculiar regime jurídico administrativo, mais identificado com deveres-poderes do que com o inverso. Não se pode olvidar, também, que as condenações contra a fazenda pública são suportadas por toda a coletividade, pois a res é pública e não da Administração (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

Desse modo, independentemente do pronunciamento do Pretório Excelso quanto a constitucionalidade da Lei nº 9.494/97, não parece haver dúvidas quanto à razoabilidade e isonomia que o dispositivo legal reflete.

Entretanto, vale a ressalva de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO no sentido de que "Há que se observar que todas essas restrições às medidas liminares ou acautelatórias são de valor relativo, pois não podem ser adotadas pelo Poder Judiciário quando coloquem em risco os direitos das pessoas, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que impede seja excluída da apreciação judicial, não só a lesão, como também ameaça a direito. Por outras palavras, se devidamente demonstrado o periculum in mora, não poderá ser negada a medida liminar para proteger o direito ameaçado, já que, entre a norma constitucional e a lei ordinária, é a primeira que tem de prevalecer." (Op. cit., pp. 498-499).

10. NORMAS RESTRITIVAS DE LIMINARES

Desde que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, a medida liminar passou a suscitar no Estado o intuito de impor-lhe limites. Sua maiêutica deu-se através da Lei 191/36, que foi a primeira legislação editada para disciplinar o mandado de segurança delineado pela Constituição de 1934.

Já nos preocupamos em diferenciar a tutela antecipada da tutela jurisdicional e da tutela cautelar. Mas, e liminar, o que é?

J. J. CALMON DE PASSOS define a liminar, dizendo: "Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida initio litis, isto é, antes de efetivado o contraditório, o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia), ou sem citação daquele contra quem se efetivará a medida. (...) A liminar, portanto, não é liminar em função do seu conteúdo, mas em decorrência do momento e das circunstâncias de seu deferimento."[29]

Calcado na premissa de que o interesse público sempre possui prevalência sobre o interesse privado, o legislador cedo tratou de articular normas para restringir a atividade judicante na concessão de liminares contra os interesses públicos. A primeira delas foi a Lei nº 2.770/56, que versava sobre a liberação de bens, mercadorias ou coisas oriundas do exterior, dando azo à Súmula 262 do STF. Hoje, segundo a jurisprudência dominante, tal lei restringe-se a mercadorias apreendidas como fruto de atividade ilícita (contrabando ou descaminho), não versando sobre questões de liberação de mercadorias relacionadas com importação ou bagagem.

Logo a seguir, veio a lume a Lei nº 4.348, de 1964, impedindo a concessão de medida liminar em mandado de segurança que verse sobre reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou conceda aumento ou extensão de vantagens[30].

No mesmo ano, editou-se a Lei 4.357, de 16.07.1964, cujo art. 39 estabeleceu: "Não será concedida medida liminar em mandado de segurança, impetrado

---

29. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 18.

30. Diz o art. 5º da referida Lei 4.348/64: "Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou à equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou a extensão de vantagens." "Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença". O artigo 7º do citado texto legal, por seu

contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente Lei". Todavia, o art. 51 da Lei 4.862, de 29.11.1965, veio revogar esse dispositivo legal.

Não obstante, logo no ano seguinte, o legislador infraconstitucional cuidou de criar a Lei 5.021/66, cujo art. 1°, § 4°, estabelece: "§ 4°. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias"

Após longo tempo sem interferência legislativa, em momento em que já vigia a nova Constituição de outubro de 1988, foi publicada a Medida Provisória n° 118, de 05.12.1989, transformada na Lei 7.969, de 1989, que estendeu às medidas cautelares o disposto no artigo 5° da Lei 4.348/64[31].

Durante o Plano Collor, editou-se as Medidas Provisórias 173, 181, 186, 197 e 198/90, sendo que a última converteu-se na Lei n° 8.076/90, que ditou a suspensão da concessão de medidas liminares até o dia 15/09/1992.

Também modificada por diversas medidas provisórias, veio a Lei 8.437/92, em seu artigo 1°, vedar a concessão de medidas liminares contra o Poder Público[32].

E por derradeiro, no governo de Fernando Henrique Cardoso, editou-se a Medida Provisória n° 1.570/97, convolada na Lei 9.494/97, que estendeu os tentáculos das Leis 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92, ainda vigentes, à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública[33].

Enquanto parte da doutrina entende que tais leis guardam conformidade com o ordenamento jurídico, não menos expressivo número de autores vê, nas normas infraconstitucionais restritivas da concessão de liminares e da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, uma atividade reprovável do Estado, passível de declaração de inconstitucionalidade, conforme passaremos a analisar adiante.

---

turno, impõe: "O recurso voluntário ou ex officio, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo".

31. Dispõe o artigo 1° da Lei 7.969/89: "Aplica-se às medidas cautelares previstas nos arts. 796 a 810 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5° e seu parágrafo único e 7° da Lei n° 4.348, de 26 de junho de 1964".

32. Diz o artigo 1°, da Lei 8.437/92: "Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1°. Não será cabível, no Juízo de 1° Grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, a competência originária do Tribunal. § 2°. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3°. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação".

33. Lei 9.494/97: "Art. 1°. Aplica-se à tutela antecipada, nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5° e parágrafo único e 7° da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1° e seu § 4° da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1°, 3° e 4° da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992."

11. A CONCESSÃO DE LIMINARES E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O Governo, que não raro pretere os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, finalidade pública, proporcionalidade e da igualdade, pratica desmandos e tenta impedir que o Poder Judiciário os corrija.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS entende que "essas medidas legislativas, movidas pelo interesse do Executivo, visam a engessar o exercício da jurisdição plena, efetiva e segura em total afronta ao art. 5º, da CF, sem eco na boa doutrina e na firme jurisprudência, que não pode reverenciar o arbítrio e a tentativa de limitação ao Poder Judiciário, que é harmônico e independente dos demais poderes."[34].

Para JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito', essa norma de superdireito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem o que o acesso à Justiça não seria completo. O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito. Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, in concreto, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição[35].

A se observar sob este prisma, a Lei 9.494/97, como todas as demais mencionadas, afronta o que convencionou-se chamar de Estado Democrático de

---

34. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Legalidade da antecipação de Tutela contra o Poder Público - Controle Efetivo dos Atos Administrativos. Art. publicado na ST nº 107 - MAI/98, p. 28. Porto Alegre: Síntese - CD-ROM Juris Síntese 21.

Direito e as garantias constitucionais de livre acesso à jurisdição, privando da observância do princípio da igualdade os cidadãos que movimentem sua pretensão de tutela cautelar ou antecipada contra a Fazenda Pública.

Neste enfoque, há que destacar-se o ensinamento de LUIZ GUILHERME MARINONI, que efetua magistral discurso acerca da igualdade jurídica, quando analisa as condições para a garantia do acesso à justiça: "O direito à igualdade, atualmente, quer significar direito à igualdade de oportunidades. No nosso caso, igualdade de oportunidades de acesso à justiça. Entretanto, como não há igualdade de oportunidades de acesso à justiça no Brasil, é necessário pensar não só nos problemas que afastam a igualdade de oportunidades, como também em técnicas que permitam a efetividade do acesso aos órgãos de composição dos conflitos e, ainda, a mitigação da desigualdade substancial no processo. É através desse ângulo que os princípios da universalidade da jurisdição e da igualdade processual devem ser enfocados"[36].

Mas o Governo não quer, obviamente, responder por seus desmandos e como dispõe de mecanismos de restrição, deles se vale para engessar a atividade do Poder fiscalizador da legitimidade de seus atos.

Em função dessa realidade, grande parte da doutrina e jurisprudência inclina-se a entender que certas restrições impostas ao Poder Judiciário podem afrontar princípios constitucionais e ferir o poder geral de cautela, em suas mais diversas concepções.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS afirma que não encontram respaldo constitucional medidas do Executivo ou do Legislativo que tenham como função específica a de neutralizar o exercício pleno e regular do poder geral de cautela conferido ao Juiz, resultante de um processo onde os elementos legais o autorizam a deferir a medida que entende ser a correta, colocando por terra vários ordenamentos legais, que, rompendo a razoabilidade, impõem restrições à apreciação do Poder Judiciário de reparação imediata, através de uma cognição sumária de ameaça ou lesão a direito subjetivo perpetrada pelo Poder Público[37].

---

35. ALVIM, José Eduardo Carreira. Medidas Liminares e Elementos co-Naturais do Sistema de Tutela Jurídica. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 160, São Paulo: Editora Jurídica Vellenich Ltda., 1997, p. 88.
36. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 23.
37. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Legalidade da Antecipação de Tutela contra o Poder Público - Controle Efetivo dos Atos Administrativos. Art. publicado na ST nº 107 - MAI/98, p. 28. Porto Alegre: Síntese - CD-ROM Juris Síntese, versão 21.

Não obstante, é forte a defesa da legalidade da vedação de concessão de liminares, especialmente contra a Fazenda Pública, por tratar-se de providência legal de ordem processual, que não importa em ofensa a preceitos de direito material[38].

Neste sentido, J. J. CALMON DE PASSOS assevera que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, prevista no artigo 5º, XXXV, diz respeito apenas à tutela definitiva e conclui: "Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado. A única hipótese em que se nos afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não significará, sem sombra de dúvida, impossibilidade da futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa."[39]

GALENO LACERDA coaduna-se com este entendimento, ressalvando que o legislador, por interesse público e desde que não seja vedado o direito à ação principal, pode coibir a concessão de liminares, sem que isto importe em ofensa ao texto constitucional[40].

---

38. Ver jurisprudência: - AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - EXAME DO MÉRITO - VEDAÇÃO - SUSPENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - POSSIBILIDADE - PERICLITAÇÃO DO DIREITO DA PARTE - IMPERTINÊNCIA - 1. No âmbito estreito do pedido de suspensão de decisão proferida contra o poder público, impõem-se a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame do mérito da controvérsia principal. 2. Cabe o pedido de suspensão de antecipação dos efeitos da tutela concedida contra o poder público, nas mesmas hipóteses em que autorizada para a suspensão de liminar em mandado de segurança. Inteligência do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. 3. O argumento de periclitação do direito do particular cede espaço ao interesse social resguardado pela norma. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-SS 718 - AM - C. Esp. - Rel. Min. Antonio de Padua Ribeiro - DJU 03.05.1999 - p. 85 - CD-ROM Juris Síntese, versão 21, Verbete 16007311).

39. Cf. J. J. CALMON DE PASSOS, op. cit., p. 16.

40. LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VIII, Tomo 1, 2ª ed., Rio de Janeiro; Forense, 1998, p. 341.

12. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO JUDICIÁRIO E A CONCESSÃO DA TUTELA

HANS KELSEN, já à sua época, derramava luzes sobre a necessidade de controle judicial dos atos administrativos, dizendo: "O fato de o controle da administração pelos tribunais ser considerado necessário lança uma luz esclarecedora sobre as deficiências da teoria da separação dos poderes. Este princípio parece exigir que nenhum dos três poderes seja controlado por qualquer um dos outros dois. Não obstante, invoca-se o princípio da separação dos poderes para justificar o mais estrito controle da administração pelos tribunais, um estado que é alcançado quando os órgãos administrativos têm de recorrer aos tribunais para a imposição de leis administrativas"[41].

Segundo MIGUEL SEABRA FAGUNDES, "O controle jurisdicional dá oportunidade à análise contraditória, não só dos atos e fatos administrativos, mas também à das suas origens. Pode remontar do exame do ato material ou do ato administrativo que lhe serve de base, do exame do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais"[42].

É por isso que HELY LOPES MEIRELLES afirma que "nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder. A única restrição oposta é quanto ao objeto do julgamento (exame da legalidade ou da lesividade ao patrimônio público) e não quanto à origem ou natureza do ato impugnado"[43].

O Poder Judiciário não pode, a nosso ver, sofrer peias de qualquer espécie, que o privem de exercer o controle efetivo da legalidade dos atos da Administração Pública. Não se trata de conferir ao juiz ou aos tribunais um poder sem limites na dicção do direito posto, mas de permitir-lhes tal dicção sem obstáculos, sem amarras.

---

41. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 400-401.
42. FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 111, em nota.
43. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 15ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 186.

No entanto, conforme observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, deixou o Código de fixar os limites e parâmetros para essa antecipação, restringindo-se a dizer que poderá ser total ou parcial[44].

Ao assim proceder, pensamos que o Código deixou indefinido o alcance da tutela e, no que tange à extensão de seus efeitos, uma razoável dose de discricionariedade para o juiz. Mas essa liberdade quanto ao alcance, não pressupõe poder ilimitado para negar ou conceder a medida.

Logo, o juiz só poderá conceder a tutela antecipada, como qualquer outra medida de cunho cautelar ou emergencial, à parte que comprovadamente demonstrar fazer jus à sua obtenção, demonstrando os fatos que dão suporte à providência postulada e que são pressupostos da concessão.

É o que se depreende do magistério de PONTES DE MIRANDA, quando afirma: "A despeito poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, o juiz, a par do seu dever formal de obrar, tem o de examinar se um dos pressupostos circunstanciais exige que a medida ou algumas das medidas adequadas sejam ordenadas. Determinando-as, não o faz por seu arbítrio, mas porque está a julgar. Na sua maior parte, essas medidas são objeto de mandamentos."[45]

Assim, o Estado-juiz, incumbido do dever-poder de dizer o direito não pode agir sob os auspícios de sua mera convicção e ditar a prestação jurisdicional de forma lacônica ou desprovida de substrato jurídico. Mesmo na prestação cautelar, não fica ao seu talante arbitrário conceder ou negar a proteção cautelar ou a antecipação da tutela.

Para fazê-lo, deve recorrer à lei, à qual encontra-se vinculado. E no mister interpretativo que desempenha, a lei deve despontar com todos os contornos que lhe são próprios, incidindo no fato jurídico relevante para o direito, para autorizar (ela, a lei) o juiz a conceder ou não a prestação urgente.

Vale dizer, que não só no âmbito da relação jurídica de direito material, como também na própria atuação jurisdicional, deve ocorrer a exata subsunção do preceito normativo ao fato que a ele se integra e subsume.

Enquanto na órbita do direito material a subsunção da conduta à norma hipotética cria a hipótese de incidência e faz nascer a obrigação, no campo processual,

---

44. DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 140-141.

a situação fática proposta pelo demandante, subsumindo-se à previsão da norma adjetiva, faz com que esta incida para autorizar o magistrado a prestar a tutela cautelar ou antecipar os efeitos da tutela definitiva, não havendo, assim, discricionariedade judicante, mas simples cumprimento do comando legal, dentro dos limites do poder cautelar.

Preciosa, neste aspecto, a lição de LUÍS FERNANDO COELHO, para quem "... a simples subsunção não configura o pensamento jurídico concreto, e mais, que toda a problemática do conhecimento dogmático do direito radica no equilíbrio que deve existir entre a elaboração silogística do pensamento argumentativo e decisional do direito e os fatores extralógicos que influem na escolha das premissas. É nesse equilíbrio que a ciência do direito avulta como juris prudentia"[46].

Logo, o juiz não pode e não deve conceder liminarmente a medida cautelar resguardadora do processo, nem a tutela antecipada, sem que se façam presentes e claramente revelados os requisitos necessários que as justifiquem.

Assim também, não pode ser tolhido na possibilidade de prestar a tutela cautelar ou a tutela antecipada quando se façam premente e inevitável a proteção de um direito, sob pena de restar ineficaz a tutela jurisdicional quando deferida.

Esses requisitos estão expressos na lei e o juiz, ao avaliar quanto à concessão ou não da liminar ou a antecipação da tutela, estará subordinado ao seu comando. Não age como autômato, posto que exerce juízo sumário de cognição e vale-se de subjetividade quando aprecia a causa de pedir e amolda o caso concreto à descrição normativa autorizadora, interpretando[47].

Mas não labora, por igual, de forma discricionária, pois não possui esse poder ilimitado de sobrepor-se aos balizamentos do direito positivo.

"Por esta específica razão, não possui o magistrado uma verdadeira e ampla liberdade de decidir, unicamente, consoante seu próprio convencimento ou, ainda, conforme seu subjetivo 'senso de justiça', estando, muito pelo contrário, irremediavelmente adstrito aos estreitos limites impostos pela lei constitucional e pelas leis

---

45. MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo 6. 1ª ed., Campinas-SP: Ed. Bookseller, 1999, p. 360.
46. COELHO. Luís Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 180.
47. ARRUDA ALVIM leciona que "O trabalho do juiz, enquanto intérprete, parte do texto, perpassa pelo sistema (iluminado pela doutrina e por outras decisões) e termina no texto. Efetivamente, ao cabo da tarefa interpretativa, nada mais terá feito o juiz do que clarificar, nitidamente, o sentido, extensão e amplitude do texto legal." (Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1, São Paulo: RT, 1996, p. 138).

infraconstitucionais dotadas dos atributos da vigência e da eficácia jurídica intrínseca (compatibilidade vertical de feição hierárquica)"[48].

48. Cf. FRIEDE, Reis. Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória. São Paulo: LTr, 2000, p. 41.

13. CASOS EXISTENTES DE CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial que indeferiu pedido de tutela antecipada em ação ordinária contra a Fazenda Nacional, concedeu em parte a segurança, decidindo que "Presentes a verossimilhança da alegação, em termos objetivos, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação há de se antecipar a providência final, via medida liminar, apenas para possibilitar o procedimento de compensação dos valores recolhidos a maior a título de contribuição ao Finsocial, com débitos apenas do próprio Finsocial e da Cofins, por se tratar de tributos da mesma espécie"[49].

O referido mandado de segurança foi interposto contra decisão da Juíza Federal da 7ª Vara de São Paulo, que negou a antecipação da tutela em ação movida contra a União Federal, ao argumento de que, como as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório, antecipar a tutela seria permitir a produção dos efeitos da sentença antes da confirmação pelo Tribunal, o que é indevido.

Aliás, a Juíza da 7ª Vara Federal de São Paulo, Dra. MARISA FERREIRA DOS SANTOS, trouxe outro argumento, no sentido da impossibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Nacional, que é o fato de que o art. 273 do Código de Processo Civil (que prevê o referido instituto) não faz nenhuma ressalva em relação ao art. 475 do mesmo diploma (que condiciona a validade das decisões contra a Fazenda Pública à confirmação pelo Tribunal), podendo-se concluir que ambos os dispositivos coexistem.

Só que, diante da decisão da dita Magistrada, a parte que requereu a antecipação da tutela impetrou mandado de segurança contra o ato judicial, merecendo acolhimento, em parte, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Na decisão do Tribunal, que teve como relatora a Juíza LÚCIA FIGUEIREDO, ficou assentada a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional, desde que presentes a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

---

49. Revista Dialética de Direito Tributário 19/139.

No voto da Relatora, inclusive, ficou assentada a diferença entre a tutela antecipada da medida liminar, ressaltando-se que a antecipação da tutela é a antecipação da própria execução.

Todavia, a eminente Professora LÚCIA FIGUEIREDO não abordou em seu voto como conciliar a necessidade da confirmação pelo Tribunal da decisão de primeiro grau contra a Fazenda Pública com antecipação da tutela.

Ou seja, não houve desenvolvimento de argumentação de como executar uma decisão antecipatória do primeiro grau sem atender o reexame necessário de que cuida o art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Analisou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região somente o aspecto da verossimilhança da alegação e a possibilidade do dano, como viabilizador da antecipação da tutela, mas não abordou o aspecto do duplo grau obrigatório nas decisões contra a Fazenda Pública.

De todo modo, como a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mesmo não tendo analisado esse aspecto, reformou decisão de Juiz do primeiro grau que negou a antecipação da tutela por entender indevido o instituto contra a Fazenda Pública, há que se admitir a existência de pensamento divergente sobre a matéria, embora o voto que ensejou o dito acórdão não tenha abordado diretamente a questão da coexistência dos arts. 273 e 475 do Código de Processo Civil.

O Juiz Vladimir Freitas, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferiu despacho em Agravo datado de 20.03.97, concedendo tutela antecipada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em relação à inconstitucionalidade da cobrança de contribuição de avulsos, autônomos e administradores, por entender que a matéria não comporta mais discussão, tendo sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Asseverou o Juiz do Tribunal Regional Federal a 4ª Região que se filiava à corrente doutrinária que admite a tutela antecipada, mesmo sendo declaratória a ação[50].

Igualmente o Juiz Andrade Martins, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em despacho lançado em 05.02.97, deferiu tutela antecipada contra a União Federal, em relação a agravo onde se postulava o não recolhimento de tributação

---

50. Revista Dialética de Direito Tributário 20/169.

denominada Imposto de Renda na Fonte sobre os Lucros Líquidos apurados anualmente, calcada sobre uma futura e incerta distribuição de lucros em sociedades anônimas, argumentando que o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional o art. 35, da Lei nº 7.713/88[51].

Como se vê, há nítida tendência de Tribunais Regionais Federais em admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, onde consideram como requisito para seu deferimento tão-somente a verossimilhança do direito invocado e a possibilidade de dano de difícil reparação.

51. Revista Dialética de Direito Tributário 20/173.

14. O FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Outro fator que leva à conclusão da impossibilidade de utilização da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, é o que diz respeito ao provável dano que a parte sofreria com a efetivação da prestação jurisdicional somente quando do julgamento da lide.

Efetivamente, o art. 273 do Código de Processo Civil exige, para que o Juiz possa antecipar a tutela, além da existência da prova inequívoca e de que se convença da verossimilhança da alegação, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Portanto, além da prova inequívoca e verossimilhança da alegação (sem falar na caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, já abordado anteriormente) do réu deve demonstrar que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a ensejar o deferimento de seu pedido de tutela antecipada.

Só que, a esse respeito, o Desembargador Raimundo Bastos de Oliveira traz argumento brilhante, de que "(...) a presunção de solvabilidade do recorrente, Estado do Ceará, para reparar possíveis agravos ao patrimônio jurídico dos recorridos, seus servidores, acaso seja reconhecido algum direito de cunho financeiro, afasta um dos pressupostos ensejadores da tutela antecipatória - o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"[52].

Realmente, no caso da Fazenda Pública não há como se falar em receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme a explicação primorosa contida no referido julgado, em virtude de a Fazenda Pública sempre poder arcar com os débitos decorrentes de ação judicial, daí porque se mostra mais evidente ser desnecessária a antecipação da tutela nessas situações.

---

52. Agravo de Instrumento nº 96.05400-6 - Fortaleza, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, tendo inclusive do Diário da Justiça do Estado do Ceará nº 40, de 13.03.98, pp. 11/2.

15. O PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Outro fator a merecer a devida atenção quando se estuda a questão da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, é o do perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, que, nesse caso, o legislador diz não ser possível sua concessão[53].

Por isso mesmo, visando resguardar o patrimônio público, sempre o legislador editou normas vedando a concessão de liminares em ação onde o servidor público visava a reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens, bem como liminares relativas ao pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal[54].

É que, em tais situações, integrando a verba ao patrimônio da parte requerente, se torna irreversível a decisão, de modo que a Fazenda Pública dificilmente conseguiria a restituição do que foi pago, daí porque o reexame necessário funciona como um instrumento de resguardo do interesse público de ver a destinação correta das verbas dos entes estatais, que em última análise se constitui em verdadeiro patrimônio do povo.

Argumenta Juvêncio Vasconcelos Viana, todavia, que, para que não haja irreversibilidade das decisões contra a Fazenda Pública, o Juiz pode valer-se de caução.

Ora, se a antecipação da tutela somente pode ser dada quando houver a verossimilhança da alegação, parece-me indevida a utilização de caução, que é cabível no procedimento cautelar.

Só que, no procedimento cautelar, o Juiz verifica tão-somente se existe um indício razoável do direito, ao contrário da antecipação da tutela, onde há de existir a verossimilhança da alegação.

---

53. Conforme § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil.
54. Leis nº 4.348/64, 5.021/66 e 7.969/89.

16. A MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória de constitucionalidade nº 4, através de pedido de medida cautelar ali formulado, inibiu a prolação, por qualquer Juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma[55] que prevê a aplicação da tutela antecipada em casos específicos.

Vale dizer, até que seja julgado o mérito da ação declaratória, não se pode conceder a tutela antecipada nas seguintes situações:

a) quando o servidor público visa a reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens, somente podendo ser executada a decisão depois de transitada em julgado;

b) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal;

c) contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Além disso, considerou o Supremo Tribunal Federal válida a previsão legal de que, na antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o recurso terá sempre efeito suspensivo, e poderá o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da decisão em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O raciocínio que desenvolvem a alguns é o de que, como tal decisão considerou válida a limitação feita por lei da utilização da tutela antecipada contra a

---

55. Lei nº 9.494, de 10.09.97, art. 1º: "Aplica-se 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".

Fazenda Pública a esses casos específicos, estaria a Corte Maior liberando a utilização do instrumento em relação às demais causas, mesmo sendo dirigida contra os entes públicos.

A posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, somente reforça a idéia de que, quando o legislador federal ordinário limita ou amplia a utilização de instrumentos processuais, nada mais está fazendo do que cumprindo com a competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988.

E assim o fez quando estabeleceu prazo dilatado para a Fazenda Pública e Ministério Público nas defesas e recursos, conforme consta no art. 188, do Código de Processo Civil, este em pleno vigor, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Do mesmo modo, ao estabelecer que as decisões contra a Fazenda Pública somente podem ser executadas após a confirmação pelo tribunal respectivo, o legislador está atuando dentro de sua competência no âmbito do direito processual.

Assim, o fato de a Lei nº 9.494/97 limitar a utilização da tutela antecipada contra a Fazenda Pública aos casos específicos nela descritos, não importa em liberar tal instrumento para as demais situações, pois não foi ainda revogado o art. 475, II, do Código de Processo Civil, de modo que as execuções contra a Fazenda Pública ainda dependem de decisão transitada em julgado, e que tenha passado pelo reexame necessário.

E mais, ao especificar o legislador determinada situação, o fez no sentido de aclarar a impossibilidade de tal instrumento naquelas situações que implicariam em desembolso imediato de verba pública, no caso de reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens e pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, posto que essa foi a preocupação maior ao se editar a Medida Provisória que depois converteu-se em lei.

Não se pode deixar de verificar, contudo, que também por essa mesma lei, impediu-se a utilização da tutela antecipada contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal[56].

Ou seja, a medida correta para a obtenção de direito líquido e certo contra o poder público é o mandado de segurança (onde inclusive se pode obter a segurança antecipada), respeitados os casos vedados por lei, ficando a antecipação da tutela

---

56. Lei nº 8.437, de 30.06.92, art. 1º.

restrita a casos envolvendo particulares, ou então na hipótese de a Fazenda Pública ser autora em processo de conhecimento, porque aí não há a incidência do reexame necessário, afastando-se então o argumento de situação atentatória à isonomia ou de privilégio quando a Fazenda Postula a tutela antecipada contra particular.

Observe-se, por fim, não nos parecer razoável o raciocínio de que o Supremo Tribunal Federal, ao considerar constitucional a norma que limitou a antecipação da tutela em casos específicos, estaria liberando a utilização do instrumento em relação às demais causas, mesmo sendo dirigida contra os entes públicos.

É que foge ao pedido dessa ação, que visa tão-somente a declaração da constitucionalidade daquela norma, a análise da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública como um todo, vale dizer, o objeto da referida ação não é a discussão sobre a possibilidade de utilização do instituto da tutela antecipada de forma genérica contra os entes públicos.

Ora, se o julgador deve resolver as questões que as partes lhe submetem, e o que está em discussão no Supremo Tribunal Federal é a constitucionalidade ou não de uma norma que especifica casos em que é indevida a utilização da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, não se pode, no instante em que é declarada constitucional a lei (como foi feito, mesmo sob a forma liminar), dizer que as demais condutas são indevidas (no caso a antecipação da tutela de forma genérica), e nem o próprio órgão julgador poderia fazê-lo, sob pena de estar julgado além do pedido.

É que, se é indevida a antecipação da tutela em casos específicos, por conta da declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.494/97 (mesmo que sob a forma cautelar), a meu ver continua indevida a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, de um modo geral, não diante da referida lei, mas por conta da não produção de efeitos executórios de decisão contra a Fazenda Pública enquanto não operado o reexame necessário, além da necessidade de pagamento dos créditos mediante precatório e da inexistência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em tais demandas.

17. A REGRA CONSTITUCIONAL DO PRECATÓRIO

Prima facie há que se deixar bem claro que a execução por via do precatório judicial somente ocorre em relação às condenações ao pagamento de quantia certa. A execução das obrigações de fazer e de entregar coisa, obviamente, não se enquadra nesta sistemática.

Passa-se a analisar a questão referente à exigência do precatório, tal como contida no art. 100, da Constituição. Ao deslinde da vexata quaestio, há que se observar os seguintes aspectos.

1. O que se antecipa são os efeitos práticos e sociais da futura sentença, afastada a idéia de execução, pelo menos em sentido estrito, até mesmo porque não existe a formação de um título executivo stricto sensu (incompatível com a cognição sumária e a provisoriedade da medida);

2. A tutela antecipatória deve obedecer aos princípios da necessidade e da menor restrição possível (antecipa-se efeito bastante e suficiente para impedir a lesão), portanto, seu objeto não poderá exceder os limites do necessário para afastar o periculum in mora, não implicando, via-de-regra, cumprimento de obrigação que requeira a expedição de precatório;

3. A tutela antecipada não é compatível com a regra do precatório, expediente de cobrança demorado por natureza, submetido à satisfação da obrigação no exercício seguinte, e que pressupõe o acertamento definitivo somente obtido por sentença. Por isso, a regra constitucional (art. 100) refere-se aos "pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária".

4. Tratando a regra do precatório de prerrogativa da Fazenda Pública que consagra desigualdade de tratamento, deve ela receber uma exegese teleológica voltada para os fins a que se dirige. Não é ela um fim em si mesma, mas apenas um meio de compatibilizar a indisponibilidade dos bens públicos com os interesses de justiça. Dessarte, sob pena de deixar de ser uma prerrogativa legítima, para ser um privilégio odioso e inconstitucional, deve ceder em nome da efetividade da prestação jurisdicional.

Pode-se concluir, dessarte, que a pretensão condenatória não é factível de ser antecipada, mas apenas providências ou efeitos executivos, e estes devem ser

efetivados mandamentalmente e não por via de um processo executivo, observados sempre os limites da finalidade substancial da tutela antecipatória, que é a prevenção de eventual dano.

Mas se algum efeito executivo ou prático que implique necessariamente o pagamento de dinheiro pela Fazenda Pública se faz necessário para coarctar ou impedir o perigo de dano, justificando, diante da presença dos requisitos legais, a antecipação da tutela, como efetivá-lo? Luiz Rodrigues Wambier responde: "As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas mediante depósito à disposição do juízo (com liberação apenas em casos excepcionalissimamente considerados, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória seja apenas provisória, i. é, reversível) com recursos orçamentários advindos da dotação relativa às "despesas variáveis" ou de dotações outras, comumente presentes nos orçamentos dos Poderes Públicos".

Vale lembrar ainda, à guisa de argumentação, que os créditos de pequeno valor estão dispensados do precatório, nos termos do § 3º, do art. 100, da Constituição Federal. Dessarte, a grande maioria das situações de urgência poderia, sem o óbice do precatório, resolver-se a bom termo, pelo cumprimento imediato pela Fazenda Pública.

Não atendido o comando ou mandado, diante da recalcitrância, a meu ver, outra providência não resta senão a responsabilização penal da autoridade encarregada de efetuar o pagamento e o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito, por interpretação analógica do disposto no art. 731, parte final, do CPC.

Devo ressaltar que nossa posição não encontra ressonância em parte da doutrina. Basicamente, aqueles que defendem a tutela antecipada contra a Fazenda Pública sustentam que a expressão "sentença judiciária", contida no art. 100, da Constituição, não pode ser interpretada literalmente, porquanto uma interpretação sistemática da norma autoriza a expedição do precatório também com base em decisão não transitada em julgado, até porque não há disposição expressa em sentido contrário. Hugo de Brito Machado, nesta linha, argumenta: "O art. 100 da vigente Constituição Federal, por seu turno, não estabelece que a execução contra a Fazenda Pública deva ter fundamento em sentença transitada em julgado. Admite, pois, a execução provisória. E os arts. 730 e seguintes, do CPC, nada estabelecem que seja incompatível com a execução provisória contra a Fazenda Pública". E continua: "Se a tutela antecipada não é admissível porque não outorgada por sentença, não enseja a expedição de precatório, de nada valeu a nova redação do art. 273 do CPC, pois

também contra particulares não será possível execução nenhuma que não seja fundada em sentença".

Para os defensores deste entendimento, o precatório, no caso da tutela antecipada, não seria dispensado, mantendo-se intangível a incidência das regras dos art. 730 e 731 do CPC. Nesta linha, J. S. Frias: "tratando-se de obrigação por quantia certa, como os bens da Fazenda Pública são impenhoráveis e já que o seqüestro de verbas públicas só é cabível por ordem do Presidente do Tribunal de Justiça em caso de inobservância da ordem cronológica da apresentação do precatório, a execução do provimento antecipatório só poderá ser feita mediante ordem (citação, se o provimento tiver sido dado liminarmente, ou intimação, noutra condição) para que o valor reconhecido como devido à outra parte seja depositado em Juízo em prazo razoável. Por analogia ao art. 730 da lei processual, há que se fixar o prazo de 10 dias para ultimação de tal depósito, até porque normalmente não há disponibilidade de numerário para pronto pagamento. Vencido o prazo sem depósito, o juiz requisitará o pagamento, por meio de precatório remetido ao Presidente do Tribunal de Justiça (art. 730, I, CPC)".

Registramos, de igual sorte, que a idéia de seqüestro de dinheiro da Fazenda Pública ou o bloqueio de verbas para a satisfação imediata do requerente, ainda que se trate de crédito de natureza alimentar, é também afastada pela maioria da doutrina. Basta lembrar as observações de Luiz Guilherme Marinoni: "O precatório, porém, ao contrário do que sustentam alguns, jamais poderá ser dispensado. Não há como se admitir a dispensa do precatório sem, ao mesmo tempo, aceitar o risco de o pagamento esvaziar os cofres da Fazenda Pública, em detrimento dos pagamentos de salários e pensões devidos a outros servidores ou pensionistas". E arremata: "Como a execução da tutela antecipatória deve observar os parâmetros da execução da tutela definitiva, não é possível a dispensa do precatório em caso de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública. Note-se, aliás, que não há razão para se dar maior efetividade à tutela antecipatória alimentar do que à sentença que condena ao pagamento de alimentos; os alimentos provisórios não são mais urgentes do que os alimentos definitivos!"

Lançamos, em oposição a estas tendências, os seguintes argumentos. Se a finalidade da tutela antecipada é a de afastar situações que, se tivessem que aguardar o julgamento definitivo, poderiam causar um dano irreparável a uma das partes, não seria lógico, nem teria sentido mesmo, submeter-se a parte beneficiada, porque comprovou os requisitos legais, à espera natural decorrente da expedição do precatório e respectiva

satisfação. Seria o mesmo que admitir que a urgência, nas lides contra o Poder Público, não é tão urgente e pode esperar pelo menos um ano. Em outras palavras, admitir-se que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que consubstancia a situação de perigo, quando parte o Poder Público, nunca ocorre antes de um ano. Exigir-se a expedição de precatório para a efetivação da tutela antecipada, quando a Constituição o exige apenas para a execução da sentença, corresponde à verdadeira aniquilação do instituto quando concedido em desfavor do Poder Público. É olvidar que a tutela antecipada, enquanto tutela de urgência, foi concebida para casos excepcionais (que às vezes não podem aguardar por um dia), não para mera atenuação de efeitos do tempo no processo.

Para arrematar, gostaria de dizer que desconheço, na prática forense, a existência de precatório que tenha como título decisão interlocutória de antecipação da tutela.

18. NORMAS RESTRITIVAS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A tutela antecipatória encontra limitações em relação à Fazenda Pública no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97:

Aplica-se 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 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O STF, na ADC nº 04-6/DF, em votação majoritária, como visto acima, deferiu medida liminar para suspender, com eficácia "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 como pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública.

O princípio do devido processo legal, nele compreendido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, funciona como um limitador da atuação do legislador infraconstitucional, impedindo qualquer produção legislativa que se revele restritiva do direito ao livre acesso à justiça. De sua vez, o direito ao livre acesso à justiça pressupõe a existência de instrumentos processuais adequados a uma resposta jurisdicional eficaz e útil, conforme a tutela pretendida. A tutela antecipada é modalidade da tutela provisória de urgência. Negar-se o direito a este tipo de tutela a uma classe de direitos ou de pessoas representa negar-lhes o acesso à justiça. É reconhecer que o Estado não se importa que algumas pretensões deduzidas em juízo, porque figura ele mesmo no pólo passivo da lide, não sejam atendidas com a urgência que a tutela requer. Vale dizer, que a prestação jurisdicional, quando figura o Estado como réu, não precisa ter a efetividade que dela se cobra na composição de outras lides. Que contra o Poder Público não existem instrumentos hábeis para o titular do direito lesado veicular e ver atendidas as pretensões de urgência. Em última análise, é reconhecer que todo clamor e os rios de tinta que se gastaram para pintar o quadro escabroso dos efeitos do tempo no processo de conhecimento, a fim de justificar o novo instituto da tutela antecipada, não têm a mínima serventia, porque o Poder

Público goza da prerrogativa de não se submeter, em certos casos, à tutela provisória de urgência.

Ademais, não nos parece correto o elastério que o STJ deu à decisão do Pretório Excelso, entendendo que a tutela antecipada não é cabível contra a Fazenda Pública, quando esta Corte Constitucional apenas considerou, em sede de liminar, plausíveis - ou supostamente constitucionais - as disposições da Lei nº 9.494/97, que veda a tutela antecipada apenas em questões funcionais, ressalvando ao juiz, em cada caso concreto, decidir sobre a razoabilidade das restrições, a justificar a lesão de direito que pode sofrer a parte autora e a mitigação do princípio do acesso à justiça.

Dessarte, num exercício de lógica, concluímos: se até o próprio Poder Público tem como certo que pode sofrer os efeitos da tutela antecipada, tanto que propôs, por meio da Medida Provisória nº 1.570 (convertida na Lei nº 9.494/97), algumas restrições à concessão de antecipação de tutela contra as entidades que compõem a Fazenda Pública, não andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao estender a vedação a casos não previstos em lei. Com efeito, não é preciso muito esforço para concluir-se que, se uma norma limita alguns direitos, em princípio exercitáveis, a contrario sensu, remanesce intocado o direito de exercer os demais pela norma não cogitados.

Consulte-se, nesta linha o profundo escólio de Humberto Theodoro Júnior: "Com esse propósito, a L. 8.437/92, cogitando de ações cautelares contra o Poder Público, não as proibiu. Criou apenas restrições e condicionamentos, de modo a estender-lhes regras até então vigentes para o Mandado de Segurança, como a vedação de liminar em caso de concessão de vantagens a servidor público (L. 4.348/64). Assim, quando não for possível deferimento de liminar em Mandado de Segurança, também não será cabível igual medida em ação cautelar (L. 8.437, artigo 1º). Previu-se, ainda, na mesma Lei nº 8.437 que a medida liminar, quando cabível, não poderá ser satisfativa a ponto de esgotar o próprio objeto da ação principal (artigo 1º, § 3º). Em tema de competência, ficou assentado o não cabimento de ação cautelar e sua liminar, perante juiz de primeiro grau, "quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de Mandado de Segurança, à competência originária de Tribunal" (artigo 1º, § 1º). A argüição de inconstitucionalidade das restrições instituídas pela Lei nº 8.437/92 foi rejeitada pelo STF, não sem a advertência de que a imprecisão de limites da vedação de liminar pode, de fato, comprometer-lhe validade, de sorte que, o não reconhecimento genérico da inconstitucionalidade "não prejudica, segundo o Relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade, incluída a

razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar" (Ação Direta de Inconstitucionalidade 233-DF, Liminar, Pleno, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ac. 05.04.90, RTJ 132/572). Vale dizer: se, nas particularidades do caso concreto, a falta da cautelar in limine representar denegação de justiça ou inutilização da tutela jurisdicional definitiva, caberá ao juiz, malgrado a Lei nº 8.437, tomar a medida liminar indispensável. Com relação à tutela antecipada, a Lei nº 9.494/97, mandou aplicar-lhe as restrições da Lei nº 8.437/92, sujeitando, destarte, sua aplicação liminar ao mesmo regime restritivo traçado para o Mandado de Segurança e as Medidas Cautelares. Isto, porém, não representa uma vedação completa e irrestrita ao cabimento de medidas antecipatórias contra o Poder Público. Ao contrário, o que se deduz da Lei nº 9.494 é justamente a admissibilidade de semelhantes medidas, as quais apenas nas hipóteses excepcionais enumeradas pelo legislador sofreriam restrições ou impedimentos. Logo, fora das limitações ao aludido diploma legal, as medidas de antecipação de tutela são normalmente aplicáveis também em face da Administração Pública".

No mesmo sentido as palavras de Cássio Scarpinella Bueno: "Diante desta tendência jurisprudencial que se tem formado no STJ, desde que tomemos como base a ratio daquelas decisões, é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do caput do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos os seus incs. I e II do CPC."

É certo, no entanto, que o próprio Supremo Tribunal Federal amenizou o rigorismo da decisão proferida na ADC nº 04-6/DF reconhecendo inexistir a irreparabilidade do dano ao erário quando a questão enfocada esteja pacificada no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores: "1. Tutela antecipada concedida para reconhecimento do direito da viúva do servidor à percepção da integralidade da pensão, com fundamento no art. 40, § 5º, da Constituição. 2. Reclamação buscando garantia da autoridade da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. 3. Liminar indeferida, por implausibilidade da alegação, pelo reclamante, de dano irreparável, ante a coincidência, na questão de fundo (integralidade da pensão), entre o sentido da decisão reclamada e a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal"[57].

---

57. Ag. Reg. Em Reclamação nº 1.067-8/RS, STF/Pleno, decisão unânime, DJU 17/06/99, Rel. Min. Octávio Gallotti).

Mais recentemente, o STF, ainda que em decisão monocrática de sua Presidência, sinalizou no sentido da licitude da antecipação da tutela contra o Poder Público, explicitando o exato alcance da ADC nº 04-6/DF:

"O ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público. Esse entendimento - que admite a antecipação jurisdicional dos efeitos da tutela - resulta de autorizado magistério doutrinário[58] .

Na realidade, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no art. 273, I e II, do CPC, na redação dada pela Lei nº 8.952/94 - e observadas as restrições estabelecidas na Lei nº 9.494/97 (art. 1º) -, tornar-se-á lícito ao magistrado deferir a tutela antecipatória requerida contra a Fazenda Pública.

Isso significa, portanto, que Juízes e Tribunais - sem incorrerem em desrespeito à eficácia vinculante decorrente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do pedido de medida cautelar formulado na ADC 4-DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - poderão antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do Poder Público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no art. 1º da Lei nº 9.494/97.

A Lei nº 9.494/97, ao dispor sobre o tema ora em análise, assim disciplinou a questão pertinente à antecipação da tutela relativamente aos órgãos e entidades do Poder Público:

"Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, e no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992."

O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e

---

58. NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, "Código de Processo Civil Comentado", p. 752, item n. 26, 4ª ed., 1999, RT; SERGIO SAHIONE FADEL, "Antecipação da Tutela no Processo Civil", p. 85, item n. 25.1, 1998, Dialética; CARLOS ROBERTO FERES, "Antecipação da Tutela Jurisdicional", p. 45, item n. 14, 1999, Saraiva; REIS FRIEDE, "Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar", p. 195/196, item n. 18, 5ª ed., 1999, Del Rey; J. E. S. FRIAS, "Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública", in Revista dos Tribunais 728/60-79, 69-70; DORIVAL RENATO PAVAN/CRISTIANE DA COSTA CARVALHO, "Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar", in Revista de Processo 91/137-169, 145, v.g.).

vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Daí a correta observação feita por SERGIO SAHIONE FADEL[59], que, após destacar que as restrições legais ao deferimento da tutela antecipatória apenas enfatizam o fato "de ser inquestionável o seu cabimento" contra o Poder Público (pois, "caso contrário não haveria necessidade de a norma legal restringir o que estaria explicitamente proibido ou vedado"), assinala que as limitações impostas pela Lei nº 9.494/97 (art. 1º) apenas alcançam as ações, propostas contra a Fazenda Pública, que impliquem "pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações".

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 31/5/2000, ao julgar o mérito da Rcl. 798-PA, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, declarou-a improcedente, por entender que a antecipação de tutela jurisdicional, deferida contra o Poder Público, em matéria de contribuição previdenciária (tratava-se de decisão antecipatória que ordenara, a determinada fundação pública, que se abstivesse de descontar, da remuneração de seus servidores, a contribuição de seguridade social em percentual superior a 6%), não incidia nas limitações estabelecidas, em rol taxativo, no art. 1º da Lei nº 9.494/97, não se registrando, por isso mesmo, qualquer situação de desrespeito à autoridade decisória do julgamento cautelar, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, no exame da ADC 4-DF.

O caso versado nos presentes autos também parece revelar situação, que, precisamente por não se enquadrar em qualquer das hipóteses elencadas no art. 1º da Lei nº 9.494/97, desautorizaria a utilização da via processual da reclamação.

Com efeito, a magistrada federal ora reclamada deferiu antecipação de tutela com o objetivo de determinar ao reclamante a efetivação do pagamento da pensão do servidor falecido, para que seja concomitantemente auferida por ambas as companheiras, que, em regime de união estável, conviveram, simultaneamente, com Jorge Melo Bier, de quem dependiam, economicamente, e com quem tiveram filhos.

Não se busca, na causa em que proferida a decisão ora reclamada, qualquer concessão ou pagamento de vencimentos ou de vantagem pecuniária e

---

59. Antecipação da Tutela no Processo Civil", p. 85 e 87, item n. 25.1, 1998, Dialética

nem se postula o deferimento de reclassificação funcional de servidor público, ou, ainda, a outorga, extensão ou acréscimo de vencimentos, ou, finalmente, de qualquer medida de que resulte ou possa resultar situação de grave prejuízo ou de dano irreversível para o Poder Público.

Em suma: a decisão judicial de que ora se reclama - que também não esgota, quanto às matérias acima referidas, o objeto da ação - não parece haver desconsiderado o efeito vinculante emergente do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar deduzido no âmbito da ADC nº 4-DF, não se caracterizando, por tal específica razão, a alegada ocorrência de desrespeito à autoridade do judicium emanado desta Corte.

(...).

Finalmente, não fosse pelos motivos ora expostos, também indeferiria o pedido de medida liminar deduzido pela parte reclamante, fundado na circunstância de que a decisão impugnada - precisamente por envolver questão concernente à concessão de pensão por morte, em favor das beneficiárias de servidor falecido - refere-se a uma típica prestação de caráter alimentar.

A ponderação dos valores em conflito - o interesse manifestado pela entidade autárquica, de um lado, e a necessidade social de preservar a integridade do caráter alimentar que tipifica os valores pagos a título de pensão, de outro - leva-me a vislumbrar ocorrente, na espécie, uma clara situação de grave risco a que estariam expostas as pensionistas beneficiadas pela decisão ora questionada. É que, acaso deferida a medida liminar pleiteada, viriam as pensionistas a ser privadas de parcela essencial à sua própria subsistência.

Demais disso, cabe enfatizar que a decisão em causa, além de haver protegido a parte mais frágil no contexto das relações estruturalmente sempre tão desiguais que existem entre o Poder Público e os cidadãos, não afeta a ordem e a economia públicas e nem gera qualquer situação de risco ou de lesão ao erário público.

Sendo assim, indefiro o pedido de medida cautelar ora formulado pela parte reclamante.

1. Requisitem-se informações aos órgãos reclamados, que deverão prestá-las no prazo de dez (10) dias (Lei nº 8.038/90, art. 14, I), encaminhando-se-lhes cópia da presente decisão. Publique-se.

Brasília, 05 de junho de 2000" (Reclamação nº 1.514-9/RS, Rel. Min. Celso de Mello,).

19. CONCLUSÃO

Embora entenda a angústia que muita vez invade a parte autora, no sentido de que o direito postulado seja não somente reconhecido pelo Poder Judiciário, como também a tutela jurisdicional pretendida se torne concreta através da possibilidade de execução, não se pode, porém, por conta disso, negar vigência a dispositivo legal.

No caso das decisões proferidas contra a Fazenda Pública, há dispositivo expresso que autoriza a execução do julgado somente após a sua confirmação pelo Tribunal (art. 475, II, do Código de Processo Civil).

Poder-se-ia superar a questão com a simples inclusão de um parágrafo no art. 273 do Código de Processo Civil, prevendo que nos casos de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o Juiz remeteria de ofício os autos ao Tribunal respectivo, para confirmação de sua decisão. A decisão do Tribunal, caso favorável ao juízo de primeiro grau, daria força executiva ao despacho concessivo da tutela antecipatória.

Ressalte-se, porém, a necessidade de vedação da concessão de tutela antecipada em que seja a Fazenda Pública compelida a de imediato dispor de numerário em favor da parte, pois isso, a nosso ver, atinge diretamente o direito daqueles que aguardam o pagamento de seus créditos pela Fazenda Pública através do sistema de Precatórios, em evidente violação ao sistema implantado pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988, que instituiu a forma de pagamentos devidos pela Fazenda Pública pela ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

Por isso mesmo que o Juiz deve ter cautela quando da apreciação de tutela antecipada, para que não cause situação irreversível, pois como bem resume J. J. CALMON DE PASSOS, na antecipação, pune-se, em verdade, o comportamento do réu, litigante de má-fé, ou se atende razões de natureza objetiva que põem em risco a efetividade da tutela, quando da execução definitiva. Mas seria excesso, atendida a inexistência, ainda, de coisa julgada, admitir-se a inserção do bem no patrimônio do exeqüente, ou a perda definitiva do bem pelo executado.

Em relação à Fazenda Pública, cuja receita é constituída basicamente através dos tributos pagos pelos contribuintes, esse é mais um fator, a se somar aos de ordem legal, a desaconselhar a antecipação da tutela nas causas em que a União,

Estados e Municípios, sejam partes, e também suas autarquias e fundações públicas, e que impliquem referidas causas em repercussão patrimonial imediata para o erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, I, n.132, 1994.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Código de processo civil reformado. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996.

ANDRADE, Sérgio Monteiro de. Tutela Antecipada. In Revista dos Tribunais. 1997, p. 165.

ARIETA, Giovanni. I Provvedimenti d'Urgenza. Padova, 1985, p. 44.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição,

in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos |Tribunais. São Paulo, 1997, p. 439-440.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e controle jurisdicional 2.ed. Malheiros. São Paulo, 1993, p. 26.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 9. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

_____. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. Poto Alegre, 1993, p. 38-39.

BEDAQUE, José Roberto. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional,

in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo,1997, p. 244.

BERMUDES, Sérgio. A reforma do CPC. 1. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BERTOLDI, Marcelo M. tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu,

in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo,1997, p. 323.

CALAMANDREI. Estudios sobre el proceso civil, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1986, p. 317 e 319.

CALMON DE PASSOS, J.J., Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 1995.

CAPPONI, Bruno. *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimento d'urgenza per condanna al pagamento di somme*. Rivista di Diritto Processuale. CEDAM, 1989.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação Monitória e Temas Polêmicos da reforma Processual, Ed. Del Rey, 2a edição, Belo Horizonte, 1966.

CHIOVENDA. Giuseppe. *Saggi di diritto processuale*. Vol. 1. Giuffrè. 1993.

COSTA MACHADO. A reforma do processo civil interpretada, Saraiva, 1995.

COUTURE, Eduardo J. Introdução ao Estudo do Processo *Civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, Ed. Del Rey, 3a edição, Belo Horizonte, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangei. A reforma do Código de Processo *Civil*. 1. ed., São Paulo: Malheiros. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativa. 9. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1998.

FREIDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, Ed. Del Rey, 1ª edição, Belo Horizonte, 1996.

LOPES, João Batista. Antecipação de tutela e o art. 273 do CPC, in Revista dos Tribunais. 1996, p. 64.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. Ed. Oliveira Mendes. São Paulo, 1998, p. 17.

MACHADO, Hugo de Brito, Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 2ª ed., RT,

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre, 1994, p. 55.

MATINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. Ed. Malheiros.São Paulo,1997,p.137.

MEIRELES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, 1992.

MEIRELES, Hely Lopes, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 13ª edição, RT, p. 71.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 18.ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 1ª edição em CD-ROM, atualizado até 23.03.96.

NERY JÚNIOR, Nelson, Atualidades sobre o Processo Civil, 2ª ed., RT, 1996, p. 66.

NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo, 1997, p. 383.

NERY JÚNIOR,Nelson.Atualidades sobre o processo civil:a reforma do Código de Processo

PERROT, Roger. Les mesure provisoires em droit français, in Les mesures provisiores em procédure civile. Ed. Malheiros. São Paulo, 1997, p. 138.

PEYRANO, Jorge. Informe sobre las medidas autosatisfactivas, in Gênesis: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 1996, p. 450.

Revista Dialética de Direito Tributário 19/139.

Revista Dialética de Direito Tributário 20/169.

Revista Dialética de Direito Tributário 20/173.

RICCI Edoardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália, in Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 1998, p. 89.

RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, in Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 1997, p. 694.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva, A Tutela Antecipada e Execução Específica, Copola

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. In Revista dos Tribunais. 1997, p. 44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 188.

WATANABE, Kazuo.Contribuição ao estudo da cognição no processo civil.1985, p.103-104.

WAMBIER, Arruda, Alvim Tereza. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 531-532.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.