

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CRISTIANE PODGURSKI

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A
FAZENDA PÚBLICA**

**CURITIBA
2004**

CRISTIANE PODGURSKI

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A
FAZENDA PÚBLICA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do Título de
Especialização em Direito Público, pela
Universidade Federal do Paraná, sob a
coordenação do Prof. Abili Lázaro Castro
de Lima.**

**CURITIBA
2004**

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO

a) Considerações Iniciais	01
b) O decurso do tempo para a outorga da prestação jurisdicional	06
c) O direito à adequada tutela jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo V da Constituição Federal	09
d) Segurança jurídica, efetividade dos direitos e a instrumentalidade do processo	20

II – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

a) Distinção entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória	23
b) Tutelas emergenciais e a usurpação da ação cautelar	29
c) O procedimento comum ordinário e o “mito da neutralidade”	33
d) Conceito de Tutela Antecipada	36
e) Antecipação da Tutela e Distribuição Racional do Tempo	39
f) Tutela Antecipada, malgrado satisfativa, não é definitiva	40
g) Inexistência de discricionariedade no deferimento da tutela antecipada	42
h) Responsabilidade pelos danos eventuais advenientes da antecipação dos efeitos da tutela	44

III – NATUREZA JURIDICA DA DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL

IV – A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

a) Considerações Iniciais	55
b) Atributos dos bens integrantes do acervo patrimonial da Fazenda Pública	70
c) Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública	78
1 – O artigo 27 do Código de Processo Civil	78
2 – O artigo 188 do Código de Processo Civil	80

3 – O artigo 475 do Código de Processo Civil	89
4 – O parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1533/51	95
5 – O artigo 14 da Lei nº 7347/85	96
6 – A Fazenda Pública demandada em processo de Execução	96
6.1 – Conceito de Título Executivo	98
6.2 – Títulos Executivos que possibilitam a promoção de ação de execução em face da Fazenda Pública	99
6.3 – A regra do artigo 100 da Constituição Federal	102
6.4 – A regra do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000	105
6.5 – As regras dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil	114

V – O CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAS QUE, EM TESE, OBSTACULIZARIAM A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	118
--	------------

VI – CONCLUSÃO – A ADMISSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL, DEFERIDA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO, CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	123
--	------------

BIBLIOGRAFIA	136
---------------------------	------------

INTRODUÇÃO**a) Considerações iniciais:**

É indubitoso que a tutela jurisdicional de urgência apresenta-se como um dos instrumentos mais proficientes dentro do contemporâneo Direito Processual Civil.

Com efeito, sua relevância advém de uma emergente necessidade da busca de novas alternativas para a infortunada realidade adveniente de um processo lento e ineficaz, com o qual convivem, diuturnamente, causídicos, magistrados, representantes do Ministério Público e cidadãos em geral.

Por intermédio das formas urgentes de prestação jurisdicional, a moderna doutrina processual vem mantendo a sobrevivência do sistema, procurando assegurar um mínimo de crédito da população naquelas instituições criadas justamente para fazer valer certas pretensões juridicamente amparadas.

Acaso inexistissem, no Direito Processual Civil brasileiro, as liminares, a tutela cautelar e as mais recentes técnicas de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, evidentemente, tornar-se-ia o processo um instrumento despiciendo, sem uma **ratio essendi** plausível para a sua manutenção no ordenamento jurídico vigente, apenas possuindo um resquício de utilidade quando se estivesse diante de um conflito de interesses que pudesse aguardar vários anos até o advento de uma decisão judicial final.

Em face de tal conjectura e considerando os atuais problemas que exsurtem de uma enorme quantidade de processos, a doutrina vem se voltando ao estudo, pesquisa e criação de institutos que tenham por escopo reduzir a duração dos processos, ou ainda tendentes a minorar as conseqüências negativas do decurso do tempo.

A morosidade da heterocomposição jurisdicional produz efeitos sociais extremamente negativos, uma vez que, na mentalidade dos jurisdicionados, sempre remanesce a aceitação de uma possível resposta do órgão jurisdicional que, quando venha a lume, já não mais sirva aos seus próprios desideratos.

A falta de celeridade na prestação jurisdicional acaba por descaracterizar a própria função de pacificação social do Estado uma vez que, para determinadas pretensões, tanto vale tutelar após um largo lapso temporal transcorrido desde o exercício do direito de ação quanto inexistir essa mesma tutela.

É evidente que a grande maioria dos litigantes tem ciência de que não poderá obter uma decisão final em um lapso temporal aceitável.

Não obstante, muitos conhecem, além das dificuldades da estrutura do sistema judiciário, as próprias falhas da legislação processual, não aceitando a espera de três ou quatro anos até que se dê por completa a atividade jurisdicional invocada.

A **dilatio temporis** fomenta o agravamento da lide porque induz a sensação de frustração e descrédito por parte dos jurisdicionados, de modo que já não mais remanescem dúvidas de que a ciência processual possui, hoje, o desafio de superar tal empecilho na mesma medida em que deve zelar por uma correta e eficiente administração da justiça.

O Direito Processual Civil brasileiro, sem afastar-se da teoria e técnica que lhe são peculiares, deve, como um imperativo ditado pela sociedade contemporânea, aproximar-se das exigências e necessidades da vida, com vistas à possibilidade de ser bem sucedido na importante tarefa de resgatar a dignidade e o prestígio do sistema jurídico junto à comunidade.

Neste diapasão, contudo, surge o problema da compatibilização entre dois aspectos de relevo e, de igual forma, essenciais: o desejo de uma justiça rápida, ágil, e prontamente eficaz e a prestação da tutela jurisdicional fundada na certeza e segurança jurídica.

O conflito se afigura de maneira bastante clara. Toda vez que se almejar um contraditório amplo e robusto, com inúmeros meios e oportunidades de prova, estar-se-á realizando um processo teoricamente imune a riscos. Todavia, tal processo, de maneira inevitável, se estenderá demasiadamente no tempo, deixando de atender aos anseios de rapidez e efetividade dos direitos, não se amoldando ao conhecido **slogan** Chiovendiano segundo o qual o processo é destinado a dar a quem tem direito exatamente aquilo e nada além daquilo do tem direito. É, pois, o processo entendido não mais em si mesmo, mas entendido através

dos resultados que dele se possa extrair.

Tendo em vista este evidente conflito, o problema se constitui em descobrir se é possível conciliar estas duas preocupações atuais no campo do processo: a segurança nas relações e decisões jurídicas e a busca da celeridade, da eficácia da tutela e da efetividade dos direitos.

Já não mais subsistem dúvidas de que a busca de uma equação satisfatória que concilie tais diferentes proposições é tangível àqueles que se proponham a flexibilizar o sistema processual e a idealizar formas idôneas de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quando, **initio litis**, se possa verificar uma probabilidade robusta da existência do direito afirmado pelo demandante. Isto porque a **dilatio temporis** e a busca da segurança jurídica somente se justificam em face de uma controvérsia existente entre as partes acerca de um ponto controvertido ou duvidoso a respeito da titularidade do bem da vida perseguido por intermédio do direito de ação.

No Brasil, as novéis modificações do Código de Processo Civil representam a repercussão, na esfera legislativa, de um movimento de modernização do processo desde há muito almejado pela doutrina e pela jurisprudência. Nos últimos quatro anos, o processo civil brasileiro sofreu enorme evolução, privilegiando, em inúmeros aspectos, a celeridade e a praticidade. São exemplos de tal fenômeno as Leis nº 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13 de dezembro de 1994, além das Leis nº 9.079, de 14 de julho de 1995; 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais); 9.139,

de 30 de novembro de 1995; 9.245, de 26 de dezembro de 1995; 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais); 10.352, de 26 de dezembro de 2001 e 10.358, de 27 de dezembro de 2001.

Sem prejuízo, a atual redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/94, representa uma das maiores conquistas legislativas brasileiras dos últimos tempos, em termos da realização de direitos subjetivos e eficácia do processo. Tal dispositivo assegura a possibilidade de uma prestação jurisdicional de urgência, efetiva e voltada à própria satisfação do direito material.

A presente monografia objetiva contribuir com o estudo da antecipação dos efeitos da tutela de um modo geral e, precipuamente, com o exame do aludido instituto em ações judiciais promovidas em face do próprio Estado, procurando conciliar o novo instrumento processual criado especificamente para impedir que a demora na prestação da tutela jurisdicional acabe por gerar descréditos e revolta nos jurisdicionados com os princípios constitucionais da impenhorabilidade dos bens públicos e continuidade dos serviços públicos. Não obstante, investigar-se-á se a técnica da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional compatibiliza-se com a peculiar sistemática de execução contra as pessoas jurídicas de direito público, bem como se as prerrogativas processuais a elas concedidas (como, por exemplo, o necessário reexame do julgado, regulado pelo artigo 475 do Código de Processo Civil) representariam obstáculos à sua pronta efetivação.

Este é, pois, o processo civil que a doutrina e a jurisprudência brasileira devem construir: um processo civil que, apesar de se preocupar também com a segurança jurídica, seja mais ágil e jungido aos ideais da efetividade dos direitos e da eficácia social da prestação jurisdicional.

b) O decurso de tempo para a outorga da prestação jurisdicional:

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que o decurso do tempo possui uma influência direta na qualidade e eficácia da prestação jurisdicional e que o lapso temporal decorrido entre a propositura de uma ação e a satisfação do direito possui extrema relevância jurídica.

A Ciência do Direito, contemporaneamente, não se compadece mais, apenas, com a análise dos institutos processuais sem relacioná-los aos atuais reclamos sociais.

Ao revés, aos operadores do direito deve importar o estudo do fator tempo e suas implicações na prestação jurisdicional e na vida dos jurisdicionados porque a **dilatio temporis**, nos dias de hoje, pode, por si só, conduzir à inutilidade de uma decisão jurisdicional proferida após muitos anos, mesmo que venha a acolher a pretensão deduzida no limiar do processo.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI vislumbra o tempo como um "implacável inimigo da advocacia"¹. Da mesma forma que o "General

¹ **TUCCI**, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 11.

Inverno”, na Rússia, derrotou o poder e as armas de Napoleão Bonaparte, o tempo pode derrotar todo o brilho e perfeição de uma sentença judicial favorável, fazendo com que a prestação jurisdicional se torne, em determinado processo, apenas um amontoado de palavras em uma decisão que não importe mais a qualquer parte. Desta forma, a importância da ciência processual corre o risco de se transformar em um mero conjunto de páginas amareladas de um velho caderno processo. O mesmo professor bem assevera que “em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo”².

Não obstante, **LUIZ GUILHERME MARINONI** ressalta que “é preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”³.

Esta realidade, de tão fácil percepção, por razões desconhecidas, continua a ser ignorada por muitos processualistas que não conseguem enxergar para além dos mitos do procedimento comum, consistentes na segurança jurídica e da busca da certeza. Para eles pouco importa quantos meses ou anos sejam necessários até ser proferida a sentença final. O relevante é que tal decisão tenha a qualidade de coisa julgada material.

A mentalidade adveniente de um formalismo exacerbado

² *Idem, ibidem.*

³ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 2000, p.15.

e de uma exagerada preocupação com a busca da verdade real põe as partes em situações de aflição e angústia.

De acordo com **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, "como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional, como um todo, se torna alvo do descrédito e da censura generalizada, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica da sociedade"⁴.

Justamente em virtude da velocidade com que as relações sociais vêm se desenvolvendo é que muitos juristas defendem uma menor formalidade e uma maior oralidade processual, de modo que, se a duração do processo é algo inevitável, pelo menos que ela seja a mais abreviada possível.

Nesse aspecto, o que se infere é a possibilidade da percepção da real importância do tempo no desenvolvimento e no resultado do processo.

Não se pode negar que o prolongamento interminável da demanda constitua-se em uma das questões que nossa época não pode deixar sem solução, caso, realmente, se queira manter um modo racional de se aplicar a justiça **à res deducta in iudicio**.

Conseqüentemente, a duração do processo deve ser

⁴ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 187.

encarada como uma questão cientificamente tão importante quanto a da busca da segurança jurídica, dela dependendo, acima de tudo, a efetividade do direito substantivo.

c) O direito à adequada tutela jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal:

A partir do instante em que o Estado monopolizou para si o exercício da jurisdição, assumiu também o dever de garantir a todos os jurisdicionados a prestação de uma tutela adequada e eficiente às necessidades da vida social. Assim, a jurisdição precisou adequar-se às exigências daqueles que não mais podiam utilizar a justiça privada.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Analisando esta garantia e comparando-a com a obrigação decorrente do monopólio da jurisdição, pode-se dizer que o Poder Judiciário deve apreciar toda e qualquer afirmação de lesão ou ameaça a direito. De acordo com o disposto no artigo 75 do Código Civil de 1916, todo direito corresponde a uma ação que o assegura⁵. Na verdade, o que deve ser lido e interpretado, contemporaneamente, é que a toda afirmação de direito deve

⁵ Malgrado haja o aludido dispositivo legal adotado a teoria imanentista do direito de ação, hoje superada pela teoria da ação como um direito abstrato, pode-se verificar que, desde o início do século, preocupou-se o legislador em consignar, logo nos primeiros artigos do Código Civil, regra que hoje assemelha-se à *mens legis* do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

corresponder uma ação.

Não basta garantir ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão. É necessário que se ofereçam condições para que essa análise dê-se de forma adequada e que atenda aos interesses dos jurisdicionados.

De nada adiantaria a garantia constitucional do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional caso se permitisse que as decisões judiciais fossem proferidas de maneira perfunctória e, ainda assim, muitos anos após o exercício do direito de ação.

Sobre esta questão da efetividade, **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, há mais de quinze anos, afirmou que o processo deveria dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos, que o resultado do processo deveria assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da utilidade prevista no ordenamento e que tal resultado deveria ser atingido com “o mínimo dispêndio de tempo e energias”⁶, considerações essas que, indubitavelmente, traduzem a mais pura acepção de economia processual, acredita-se.

Aos jurisdicionados, pois, é mister assegurar uma análise da pretensão externada à luz do direito objetivo de maneira ágil, desembaraçada, ligeira, eficaz e segura.

É necessário, outrossim, que a satisfação da pretensão

⁶ **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. Ada Pellegrini Grinover et alii. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203/204.

de direito material seja garantida rapidamente e de uma maneira equivalente ao que obteria o autor, caso o mesmo pudesse servir-se da autotutela.

Assim, deve-se garantir àquele que procura o socorro dos sodalícios, uma tutela efetiva e, precipuamente, adequada à pretensão de direito material.

Segundo **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**, “não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas não consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado”⁷.

Em suma, o Poder Judiciário assumiu a obrigação de analisar todas as pretensões deduzidas pelos jurisdicionados, sendo que tal apreciação deve ocorrer de uma forma adequada, atendendo a fatores tais como tempo de prestação, forma e amplitude dessa atuação. De acordo com o escólio de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, o processo deve ter mecanismos que propiciem o cumprimento de sua função a fim de que não se torne “fonte perene de decepções”⁸.

Por outro lado, de acordo com **CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA**, “a tarefa legislativa deve pautar-se pelo ideal da

⁷ TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 87/88.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 271.

construção de um serviço judiciário rápido, eficiente e econômico, democrático e acessível a todos, controlado pela sociedade, que distribua justiça adequada”⁹.

Surge, por conseguinte, uma nova concepção de **due process of law**, mais abrangente que aquele que se preocupa apenas com o respeito aos princípios constitucionais.

O novo significado de “devido processo legal” deve compreender, atualmente, o direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material, de forma que o direito à tutela de urgência não pode ser suprimido por norma infra-constitucional.

A este respeito, **EDUARDO TALAMINI** defende a impossibilidade de limitações legais à antecipação da tutela. Segundo ele, o tema das restrições legais à tutela antecipatória diz respeito ao conflito entre o princípio da inafastabilidade da proteção jurisdicional adequada e efetiva e o risco de graves danos ao interesse público. A decisão sobre qual deles deve prevalecer não pode ser feita previamente, em abstrato. Caberá, pois, ao magistrado, diante do caso concreto, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da restrição e, se for o caso, conceder a tutela antecipada.

Com efeito, o exame do cabimento ou não de tutela antecipada em situações específicas não deve ser feito em abstrato, mas, somente diante do caso concreto é que o juiz poderá valorar os bens colocados em jogo.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223.

Examinando o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, **NELSON NERY JÚNIOR** sublinha a importância do princípio da inafastabilidade, sustentando que “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”¹⁰.

Não obstante, a omissão do Estado-juiz é causa, inclusive, segundo ele, de responsabilidade judicial, na medida em que “o direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial”¹¹.

O dever estatal de assegurar uma tutela jurisdicional compreende a apreciação judicial tempestiva porque justiça tardia é praticamente o mesmo que denegação da justiça.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ressalta que “impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o respectivo direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados”¹².

A Constituição Federal, embora não contenha previsão

¹⁰ **NERY JÚNIOR**, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 89.

¹¹ **NERY JÚNIOR**, Nelson. *In op. cit.* p. 91.

¹² **TUCCI**, José Rogério Cruz e. *In op. cit.* p. 66.

¹³ **COSTA**, Regina Helena. Artigo sobre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, *in Direito Processual Público – A Fazenda Pública em juízo*. Carlos Ari Sundfeld *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96.

expressa sobre o direito à tutela dentro de um prazo razoável, dispõe a respeito do princípio da inafastabilidade e, conseqüentemente, garante o direito à tutela adequada. Segundo os abalizados ensinamentos de **REGINA HELENA COSTA**, “o princípio da eficiência aplica-se à Administração Pública em geral e, portanto, aplica-se também ao Judiciário e às relações processuais a ele submetidas. Este princípio, na verdade, não é nada novo, porque o que está agora expresso no **caput** do art. 37 da Constituição Federal sempre foi um dever para a Administração Pública. (...) Se esse princípio for uma coisa inédita, que só veio a existir a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, então toda a ineficiência administrativa está explicada”¹³. Desta forma, segundo a aludida professora, a eficiência administrativa, na verdade, é uma idéia extraída do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, sendo que a atuação estatal em todos os setores será eficiente quando atingir o interesse coletivo.

Infere-se, pois, que a atual Constituição Federal assegura, ainda que implicitamente, uma jurisdição ágil, tempestiva e eficaz.

É de se ressaltar, ainda, que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal acolhe outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais, tais como o direito às garantias processuais e à análise da pretensão dentro de um tempo razoável. Como exemplo destes tratados, destaca-se o Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992 e cuja Carta de Adesão foi assinada em 25 de dezembro do mesmo ano. Assim, desde 09 de novembro de

1992, quando foi publicado o Decreto nº 678, o Pacto de San Jose passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. E, com ele, passou a ter vigência o disposto no seu artigo 8º, parágrafo 1º, **in verbis**: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”. De igual forma, para muitos doutrinadores, da garantia do **due process of law** é que decorre o direito a um processo sem maiores delongas.

Não obstante, a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em 04 de novembro de 1950, em Roma, dispõe, em seu artigo 6º, parágrafo 1º, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ele dirigida”¹⁴.

Assim, como consectário da garantia constitucional do **due process of law**, vislumbra-se que o legislador infraconstitucional está obrigado a criar procedimentos que tutelem, de maneira efetiva e tempestiva, as pretensões de direito material, bem como que assegurem uma racional distribuição do ônus do tempo no processo.

Por outro lado, o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada faz com que seja inadmissível, por intermédio de leis infraconstitucionais, a imposição de certas restrições ao direito de ação ou à

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. In *op. cit.*, p. 67.

satisfação das pretensões, de modo que, quaisquer tentativas à limitação da cognição judicial, implica na lesão ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Como exemplo claro desta violação à garantia constitucional pode-se citar a norma do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 4.348/64, que obstaculiza a execução provisória de sentença proferida em mandado de segurança, impondo que o impetrante, detentor de direito líquido e certo, reconhecido, ainda que em primeiro grau de jurisdição, tenha que aguardar até o trânsito em julgado da decisão para só então poder exercer, sem embaraços, o seu direito subjetivo. Destaque-se que a restrição é muito mais grave que aquelas impostas à execução das liminares. Nesta hipótese, o impetrante vê-se impedido, por disposição legal inconstitucional, de satisfazer um direito que já foi judicialmente declarado por sentença. Não se trata de impedir a execução de uma decisão proferida com base em tutela sumária, mas de vetar a própria realização de um direito já reconhecido. **LUIZ GUILHERME MARINONI** ressalta que “retirar da via do mandado de segurança a possibilidade da execução provisória, outrossim, significa a aniquilação da garantia constitucional. É que o mandado de segurança, por sua própria natureza, pressupõe a execução provisória da sentença como forma de fazer eficaz a tutela jurisdicional do direito ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou de abuso de poder”¹⁵.

Costuma-se dizer que a “geografia jurídica”, ou a “topografia dos institutos jurídicos”, não pode nunca ser tida como accidental. A

¹⁵ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 69.

inserção de determinada idéia ou conceito, aqui ou acolá, na árvore do Direito, merece a meditação dos juristas para que saibam entender, na sua exata dimensão, o que é a idéia que está sendo examinada. Conquanto não se possa contestar a idéia da uniformidade da ciência jurídica, sua localização em determinados ramos não pode ser desprezada.

O mandado de segurança está presente no campo do Direito Constitucional. Mais do que isto, no campo da Constituição, que não é apenas um complexo de idéias, mas verdadeira norma jurídica com eficácia máxima. A liminar está encartada no mandado de segurança que, por seu turno, tem acento constitucional. Não apenas um acento constitucional referencial, mas um acento constitucional no edifício das garantias individuais e básicas da cidadania. Isto projeta uma importância vital na interpretação da idéia do que seja o mandado de segurança. Daí se sustentar sempre que o **writ of mandamus** deve ser entendido com nobreza e amplitude, exatamente porque ele é mais do que um simples instrumento processual. Porém, existem autores (inclusive jurisprudência) que admitem uma série de cerceamentos do alcance e da efetividade do mandado de segurança. Estes supõem que tais limitações sejam válidas porque, de certa forma, mandado de segurança é matéria de processo e processo é tema de lei federal e, assim, a lei federal poderá sempre criar amarras e restrições à dimensão do mandado de segurança.

Pode-se afirmar que o aspecto mais singular na etiologia do mandado de segurança é o de ser um remédio específico. Ele não se conforta com a simples alocação nos escaninhos dos remédios que dão satisfações, tutelas

ou prestações substitutivas. O mandado de segurança é um remédio destinado à salvaguarda, à manutenção e à integridade do próprio direito que esteja sendo ameaçado. Ele não se satisfaz com as fórmulas meramente reparatórias. O mandado de segurança destina-se a garantir a integridade do direito ou a restaurá-la nas hipóteses em que haja não apenas lesão, mas violação.

Essa é a primeira conclusão de relevo a se tirar da “topografia” ou “geografia” constitucional do mandado de segurança: ele nasce no texto constitucional como remédio que se dá ao cidadão sempre que se tenha um direito lesado ao ameaçado. É a regra que está prevista, de certa maneira, não apenas do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, mas também no inciso XXXV do mesmo dispositivo. Neste se afirma que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou lesão a direito; naquele, um inciso próprio do mandado de segurança, onde se encontra o arcabouço próprio que dá embasamento a uma primeira de duas conclusões a seguir expostas.

A primeira conclusão é no sentido de que o mandado de segurança é um remédio que tem vocação constitucional vertida para a salvaguarda ou para a restauração do direito em si. Não pertence ao campo de especulação do mandado de segurança a consideração de que um direito, por estar excessivamente ameaçado ou definitivamente lesado terá que ceder passo. Deve-se observar como permeia esta primeira conclusão a contraposição, que é a tensão dialética básica de todo o Direito Público, entre a autoridade e a cidadania. Esse binômio, uma verdadeira gangorra que está sempre em jogo, que está presente em toda e qualquer análise ou meditação que se faça em termos de Direito Público,

necessariamente está presente, também, no mandado de segurança. Nele, encontra-se presente este tipo de preocupação que não é apenas doutrinária e de estética jurídica. A Constituição Federal é o escudo da cidadania e diz que o mandado de segurança é um remédio específico para a tutela do direito lesado ou ameaçado. Tutela do direito, portanto, restauração do direito, salvaguarda do direito. Eis aí a primeira característica que se pretendia destacar.

A segunda conclusão prefacial decorre da circunstância de que, rompendo uma tradição constitucional muito antiga, o inciso XXXV do artigo 5º da atual Constituição afirma que não se extrai da apreciação do Poder Judiciário não só a lesão ao direito, mas também a ameaça ao direito. Pela primeira vez impressa no texto constitucional brasileiro a idéia de impossibilidade de isenção da apreciação judiciária quando se cuide de ameaça. Não se diga, todavia, que não existia a possibilidade de proteção contra a ameaça. A lei do mandado de segurança já previa esta tutela específica quando se refere ao mandado de segurança preventivo. Mas este mandado de segurança preventivo não tinha a tutela e o berço constitucional que hoje possui expressamente. Agora se dá a certeza da tutela jurisdicional também contra a ameaça. E o remédio que pode prevenir a ameaça a direitos subjetivos é, justamente, a medida liminar.

Já não mais subsistem maiores dúvidas de que o mandado de segurança dirige-se não só contra a afirmação de direito lesado, mas também àquele direito que está em vias de sofrer uma lesão, tanto é que o legislador constituinte houve por bem colocar também a ameaça no mesmo patamar da lesão consumada. A partir deste momento a liminar, como medida de proteção urgente

para evitar que determinado efeito se produza, em razão de certos valores que se quer resguardar, passou a ser um dado não apenas integrante do arcabouço do mandado de segurança, mas passou a ser em si um dado destacável, com valor próprio, consignado especificamente no inciso XXXV do artigo 5º.

E é por esta razão que se pode afirmar, de pronto, que toda e qualquer medida de natureza legislativa destinada a impedir a concessão de liminares nasce inconstitucional. Tratam-se de leis que vedam a concessão de liminares do ponto de vista material, levando em conta determinados assuntos. Tradição, aliás, do nosso direito, como exemplifica a Lei nº 4.348/64 com o funcionalismo público e a Lei nº 2.770/56, com relação à importação de bens. Tratam-se de leis que vedam, aprioristicamente, a concessão de liminares em função da pessoa (no caso, o próprio Estado), como é o caso da Lei nº 8.437/92 e da Lei nº 9.494/97. Quando se fala em liminares não se está a pensar apenas na liminar específica do **mandamus**, mas também na tutela antecipada dos artigos 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil e nas liminares das ações cautelares. Em suma, é vedado à lei obstaculizar a concessão de medidas assecuratórias da sobrevivência do direito enquanto este direito é discutido, como é inequívoco o comando do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

d) Segurança jurídica, efetividade dos direitos e a instrumentalidade do processo:

Uma das maiores questões enfrentadas pelo Direito Processual Civil brasileiro consiste no embate entre a necessidade de se tornarem

mais efetivos os direitos e a preocupação em se garantir uma tutela jurisdicional fundada em certeza jurídica.

À medida que a efetividade dos direitos exige uma atuação pronta e célere pelo Poder Judiciário, a busca de segurança jurídica requer cautela e cuidado, que apenas podem ser obtidos mediante um certo lapso temporal necessário para uma dilação probatória em que se assegure às partes um contraditório pleno e com robustas possibilidades de defesa de suas pretensões em juízo.

De acordo com **ROBERTO ARMELIN**, “o ponto de estrangulamento da compatibilização dos valores efetividade e segurança da prestação jurisdicional é, cediçamente, o fator tempo, necessário à segurança jurídica, por um lado, e letal para a efetividade da jurisdição, por outro”¹⁶.

Assim, a possibilidade de conciliação entre a exigência de celeridade e a segurança jurídica parece intangível. Entretanto, a ciência processual vem instituindo medidas que possibilitam uma maior efetividade dos direitos sem um total aniquilamento da segurança jurídica. Dentre elas, destacam-se a já referida antecipação de tutela e as liminares volvidas à satisfação dos direitos, ou seja, fórmulas jurídicas elaboradas para se diminuir ao máximo o ônus do tempo no processo civil.

A compreensão do processo civil como um simples

¹⁶ **ARMELIN**, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 434.

instrumento para a realização dos direitos é outro progresso nesse campo porque, a partir de tal concepção, doutrina e jurisprudência passaram a se preocupar com os aspectos práticos da atividade jurisdicional. Destarte, deixou-se de lado o aspecto puramente formal do processo com vistas à uma exaltação de sua instrumentalidade para a efetivação e defesa dos direitos subjetivos, de modo que o processo tem a função de satisfazer e realizar as pretensões de direito material.

Fazendo alusão ao que denomina de "dois grandes princípios fundamentais", **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, procurando revelar uma solução ao conflito, sugere uma conciliação das duas necessidades, descartando quaisquer tentativas de se buscar argumentos que traduzam a prevalência de uma em detrimento completo da outra. "Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica -, não fazer com que um simplesmente anule o outro"¹⁷.

Assim, a **dilatio temporis** tornou-se objeto de estudos e pesquisas científicas, possibilitando aos processualistas perceberem que de nada vale um processo perfeito, com todas as garantias constitucionais e com uma longa instrução probatória se isto representar um óbice à plena realização dos direitos subjetivos.

A perfeição, segundo os processualistas modernos, passou a estar mais ao lado da efetividade e celeridade do que ao lado da segurança jurídica fundada em cognição exauriente.

¹⁷ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Tutela antecipada. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 191.

De acordo com o mesmo professor, "o legislador atual tomou conhecimento da dura verdade de que o processo, tal como concebido em seu rito comum ou ordinário, não estava suficientemente aparelhado para enfrentar os problemas de emergência. Assim como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de emergência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo"¹⁸.

Assim, a doutrina processual civil e as necessidades atuais da vida social exigem que a tutela jurisdicional seja muito mais "executiva" do que "declarativa" e é nesse aspecto em que se funda a importância do estudo da tutela antecipada e das soluções que ela pode apresentar à ciência processual.

REANTECIPACÃO DA TUTELA

a) Distinção entre tutela de urgência, tutela cautelar e tutela antecipatória:

Antes de se analisar o que constitui a tutela antecipada e o seu cabimento eventual em face da Fazenda Pública, é preciso distingui-la, para uma precisa delimitação do tema, de outros instrumentos de sumarização da cognição, dentre os quais se destaca a tutela cautelar. Esta constitui uma das espécies do gênero tutela de urgência. Contudo, certas pretensões urgentes

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar* in RT 742/55.

poderão ser satisfeitas por outros institutos processuais, diversos das medidas cautelares.

A tutela cautelar é a forma de prestação jurisdicional através da qual o Estado assegura a possibilidade de futura realização dos direitos subjetivos. Ela surgiu para impedir que a demora na verificação exaustiva quanto à existência de um direito leve ao perecimento desse mesmo direito ou do interesse de sua satisfação.

Nesse aspecto, a “tutela cautelar” é espécie do gênero “tutela urgente” e surge, com efeito, para eliminar uma situação de perigo que coloque em risco uma pretensão.

Segundo **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, citando considerações de **GAETANO FOSCHINI**, “enquanto as categorias lógicas com que o juiz compõe o litígio, aplicando o direito objetivo, para dar a cada um o que é seu, mantêm-se idênticas e desvinculadas do tempo (...) em todo o curso da relação processual, a matéria do juízo, a concreta situação material em que tais categorias vão incidir, ao reverso, não permanece estática, imutável ou parada, mas continua viva, a evoluir e até mesmo a modificar-se. E pode suceder que o processo, ao chegar ao seu final, não mais encontre existente a situação jurídica sobre a qual a jurisdição deveria atuar. De outra parte, não é possível simplificar o curso procedimental da cognição de forma tal que o pedido do autor venha imediatamente julgado. O processo, por ser **actum trium personarum** e instrumento da composição de litígios, a fim de dar-se a cada um o que é seu, não pode desenrolar-

se com essa rapidez e subaneidade, sob pena de deixar de ser processo. A **dilatio temporis**, entre o pedido inicial e a entrega, pelo juiz ou tribunal, da prestação jurisdicional, não tem condições de ser desfeita ou eliminada"¹⁹

Em outras palavras, pode ocorrer que a morosidade na obtenção de um provimento jurisdicional aniquile, **per se**, o legítimo interesse processual do demandante, frustrando qualquer utilidade prática que possa advir de uma decisão final eventualmente favorável a ser proferida no bojo de um processo de conhecimento ou, ainda, a efetividade dos atos expropriatórios desenvolvidos em um processo de execução, quando o patrimônio do devedor já não mais possua ativos suficientes para a realização da pretensão de direito material do credor exeqüente.

Dessa forma, todo o arcabouço processual idealizado pela ciência jurídica e regulado pelas leis adjetivas restaria prejudicado e com uma inocuidade patente, caso existissem mecanismos próprios para obviar os efeitos deletérios que possam advir da dilação temporal necessária para a cognição judicial da lide deduzida por ocasião do exercício do direito de ação.

E justamente com o intuito de se assegurar a utilidade potencial do desenvolvimento de um processo de conhecimento ou de execução já iniciados ou a serem logo iniciados é que se idealizou a possibilidade da outorga de certas medidas ou providências que acautelassem o suporte fático necessário para a fruição do direito subjetivo alegado pelo autor, cujo reconhecimento dar-se-á por

¹⁹ **MARQUES**, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Atualizada. Campinas: Millennium Editora, 1998, p. 459/460;

intermédio das vias processuais adequadas.

E essas medidas ou providências, denominadas de tutela cautelar processual, são concedidas, como não poderia de outra forma ser, sob pena de violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, por intermédio de uma relação jurídica processual deflagrada pelo mesmo direito de ação abstratamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Não se pense que o escopo da tutela cautelar cinge-se à manutenção de uma situação fática existente para que o gozo de um direito subjetivo invocado pelo autor não seja malgrado caso oportunamente reconhecido, mas sim que o seu objetivo último é garantir um outro processo complexivamente, garantindo que certos atos instrutórios sejam produzidos antecipadamente, a fim de que a prova não desapareça ou se torne impossível de ser produzida no momento azado em virtude da dilação temporal.

Assim, no processo cautelar, visa-se a tutelar, imediata e complexivamente, o resultado prático que deva advir ao cabo da extinção normal de outro processo de conhecimento ou de execução. E a extinção normal destes processos implica ou na prolação de uma decisão que aprecie a procedência eventual de uma pretensão deduzida em juízo (processo de conhecimento) ou na realização de atos expropriatórios sobre o patrimônio do devedor para a satisfação compulsória de um determinado débito, às custas do patrimônio do devedor inadimplente.

Em suma, a tutela cautelar é uma forma de prestação

jurisdicional voltada a impedir que o decurso do tempo do processo impeça a realização do possível direito alegado pela parte. Seu móvel é, sem sombra de dúvida, a urgência. Ela deve atuar sempre que a tutela de conhecimento se mostrar insuficiente e incapaz para atender a uma pretensão urgente de direito material. Tem por objetivo assegurar a possibilidade de satisfação futura do direito a ser reconhecido.

Postas estas considerações, passamos a analisar em que consiste a tutela de urgência e a tutela antecipatória. A primeira é mais abrangente que a tutela cautelar e volve-se àquelas situações em que a **dilatio temporis** constitua um ônus extremamente oneroso para as partes. Destarte, a tutela de urgência, possuindo uma natureza preventiva, tem por escopo evitar que a demora do processo venha a aniquilar o interesse processual do demandante, de modo a retirar qualquer utilidade prática da decisão final a ser proferida no processo de conhecimento. Para **RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE** o interesse processual “se concretiza na utilidade potencial da jurisdição, por ser esta capaz de conferir, pelo menos em tese, uma vantagem ou benefício jurídico efetivo ao autor, bem como ao Estado, tendo em vista o excessivo custo do processo”²⁰.

Desta forma, a tutela de urgência constitui-se em um instituto processual criado para evitar que a morosidade na heterocomposição jurisdicional final fulmine a possibilidade de realização do direito material. É, pois, um gênero do qual a tutela cautelar e a tutela antecipada constituem espécies. Com base nestas premissas, deduz-se, facilmente, que todo provimento cautelar é

²⁰ **FREIRE**, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, p.176.

urgente, mas nem todo provimento urgente é cautelar.

Por sua vez, a tutela antecipada destina-se a satisfazer o próprio direito antes de ser proferida a **decisão final** em determinado processo. Importante destacar que a tutela antecipada satisfaz, e não apenas assegura a satisfação futura de um direito. Citando-se exemplo de **OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA**, vale lembrar que uma liminar de reintegração de posse, na ação de esbulho possessório, realiza, de imediato, o direito da parte, ou seja, satisfaz a pretensão do possuidor esbulhado, ainda que tal satisfação seja provisória. Não se trata, na hipótese, de se assegurar a futura realização do direito possessório, mas sim de realizá-lo concretamente, de imediato.

Malgrado a tutela antecipada esteja associada, comumente, às situações de urgência, é perfeitamente admissível a existência de certas circunstâncias que autorizem uma concessão antecipada do direito sem se cogitar de qualquer urgência para tanto. É o que ocorre, **verbi gratia**, com a antecipação da tutela nos casos de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, a teor do que dispõe o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, não se pode negar que o instituto da tutela antecipada vem tendo uma maior aplicação nas hipóteses de urgência, onde, por muito tempo, se utilizou, apenas, e de maneira imprópria, a ação cautelar.

Em síntese, pode-se dizer que a tutela antecipada e a tutela cautelar têm, como traço comum, o aspecto da provisoriedade, distinguindo-se, no entanto, pela instrumentalidade, referibilidade e dependência, que só se

encontram presentes na segunda.

b) Tutelas emergenciais e a usurpação da ação cautelar:

Salvo raríssimas exceções, desde há muito, a tutela de urgência no Direito Processual Civil brasileiro apenas podia ser outorgada mediante um processo cautelar, ou seja, o processo que se instaura por intermédio do exercício regular da ação cautelar.

Com efeito, inexistia, no ordenamento jurídico brasileiro qualquer outra alternativa que servisse às demandas que reclamavam decisões urgentes. Exceto algumas ações com previsão de liminares, como, por exemplo, o mandado de segurança, as ações possessórias, a ação popular e a ação civil pública, a regra era a da ordinaryidade. Em outras palavras, para a grande maioria das demandas, o ordenamento processual brasileiro só vislumbrava a possibilidade de decisões judiciais após o encerramento da instrução processual, quando, então, pelo menos em tese, alcançar-se-ia a garantia da certeza jurídica.

O Poder Judiciário apenas era capaz de realizar o direito subjetivo da parte após todo o trâmite do processo, ainda que para isso fosse necessário o decurso de muitos meses ou até anos.

Entretanto, em inúmeras ocasiões, as partes não podiam aguardar até a decisão final da demanda, sob pena de verem a realização de seu possível direito frustrada pela **dilatio temporis**.

Nesses casos, de nada adiantaria aguardar até o final do processo uma vez que a satisfação do direito poderia ficar comprometida apenas e tão-somente pela transcurso do tempo. Assim, tornou-se necessário instituir um mecanismo que possibilitasse, preenchidos certos requisitos enumerados em abstrato pela lei, a realização futura daquele direito até que se declarasse, ao cabo da instrução processual, se ele realmente existia ou não.

O exercício da ação cautelar tornou-se uma alternativa processual para a demora na prestação da tutela jurisdicional porque, com ele, passou a ser possível a proteção de determinados direitos, durante o lapso temporal necessário para que o Poder Judiciário averiguasse a procedência ou não do pedido formulado por intermédio do direito de ação.

O processo cautelar possibilitava aos magistrados, então, o poder de decidir antes de julgar. Diante dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** passou-se a obter uma decisão judicial **in limine litis** e, mesmo que tal decisão fosse provisória (não poderia ser definitiva ante a míngua de certeza jurídica, pois, até então, apenas se desenvolvera uma cognição sumária e superficial), atendia as necessidades das partes, perfeitamente, por via oblíqua,

Tal técnica processual passou a ser utilizada por todos aqueles que necessitavam de uma tutela jurisdicional urgente, independentemente da natureza de suas pretensões.

Consoante **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, “para

tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa²¹. Quer se tratasse de apenas assegurar a futura realização do direito, quer se pedisse desde logo a própria satisfação concreta desse direito, requeria-se a tutela cautelar porque inexistia outra alternativa a ser empregada. Ou as partes promoviam ações de conhecimento, cujos processos correlatos se desenvolveriam mediante um procedimento demorado, ou valiam-se da ação cautelar para, desde logo, obterem uma decisão judicial.

Com efeito, a universalização do procedimento comum ordinário foi a grande responsável pela adoção generalizada da ação cautelar, pois, salvo raríssimas exceções, quase todas as demandas eram submetidas a um mesmo procedimento, moroso e custoso.

O procedimento comum ordinário era reputado a solução geral para o processamento de todas as pretensões de direito material deduzidas em juízo. Não obstante, o tempo gasto até a decisão final no procedimento comum obrigava os jurisdicionados a valerem-se da ação cautelar sempre que houvesse urgência na obtenção de um provimento judicial.

De acordo com **OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA**, “a universalização da *ordinariedade*, como seria de prever, potencializou, em grau

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar* in RT 742/42.

certamente não imaginado pelo legislador, a utilização do Processo Cautelar como instrumento para a realização de pretensões cuja natureza se mostre inconciliável com a morosidade natural do procedimento comum²².

Se existissem procedimentos variados e diversificados para as várias espécies de pretensões, com previsão de liminares cujos pressupostos para suas concessões mais se compatibilizassem com a matéria deduzida em juízo, jamais teria ocorrido a usurpação da ação cautelar. Ela somente se verificou ante a míngua de outros meios processuais para a prontificação das decisões. Daí a conclusão de **OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA** segundo a qual “a expansão do Processo Cautelar, como via alternativa contra a morosidade do procedimento ordinário, é diretamente proporcional à universalização da ordinariedade, com a supressão das formas alternativas de tutelas sumárias²³”.

De fato, a utilização generalizada da ação cautelar foi, em verdade, a única opção encontrada pelos jurisdicionados a fim de obter uma tutela jurisdicional de urgência, diante da ausência de formas adequadas à satisfação das pretensões de direito material. Consoante **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, “para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa²⁴”. Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a admitir a

²² **BAPTISTA DA SILVA**, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. III., p. 50.

²³ *In op. cit.* p. 20.

²⁴ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Tutela antecipada in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 187.

utilização da ação cautelar como forma de impedir a ocorrência de lesões às pretensões de direito material das partes.

c) O procedimento comum ordinário e o “mito da neutralidade”:

A adoção generalizada da ação cautelar deveu-se à necessidade de se suprir a lacuna até então existente no processo de conhecimento, que era inepto ao atendimento das situações de urgência.

Todavia, esta lacuna decorria da própria aplicação do procedimento comum ordinário para quase toda e qualquer pretensão de direito material e decorria da crença de que o procedimento comum poderia atender todas as situações em conflito, dado sua amplitude e garantias.

No Direito Processual Civil brasileiro exurgiu uma franca propensão de unificação dos procedimentos, de modo que as tutelas sumárias, salvo raras exceções, praticamente deixaram de existir, dando lugar a um único procedimento, que era reputado mais seguro e confiável em virtude de sua maior amplitude.

Entretanto, a supressão das formas sumárias de tutela processual não se constitui em um fenômeno exclusivo do Direito Processual Civil brasileiro e, tampouco, uma característica do Direito moderno. **OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA** esclarece que “essa tendência para a forma ordinária de procedimento – com seu natural corolário de plenariedade da cognição judicial – teve origem no

direito romano tardio, com a absorção dos interditos pela **actio** que, como se sabe, servia-se precisamente do procedimento ordinário (**ordo judiciorum privatorum**), que é a origem e fonte inspiradora do nosso processo de conhecimento²⁵.

O maior embaraço à generalização do procedimento ordinário é sua inadequação às diversas necessidades dos jurisdicionados quando estão a discutir uma gama muito diferenciada de pretensões de direito material. O mito do procedimento ordinário fez com que, durante muito tempo, se acreditasse que ele funcionaria como um procedimento neutro e que se adequasse a todo e qualquer litígio da vida social.

Todavia, o equívoco se assentava justamente nessa idéia porque não é possível que um determinado procedimento possa atender bem a todos os diferentes litígios. Para **LUIZ GUILHERME MARINONI**, "a doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito material e, portanto, a sua universalização é algo impossível"²⁶.

Extremamente jungido ao mito da ordinariedade está o mito da neutralidade. Segundo este, o procedimento comum ordinário teria que ser amplo, com todas as garantias, a fim de que pudesse ser neutro, permitindo, por isso, que toda pretensão a ele se amoldasse. Teria, mesmo, que ser como um

²⁵ **BAPTISTA DA SILVA**, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. III, 1993, p. 51.

²⁶ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória...*, p. 16.

invólucro vazio que admitisse qualquer conteúdo. Dentro desse contexto de neutralidade estava a idéia de que o juiz só poderia proferir uma decisão ao cabo de todo o procedimento, quando já tivessem sido utilizadas todas as oportunidades de manifestação das partes. Até lá, o julgador deveria manter-se isento de opiniões ou decisões, deveria, mesmo, ficar completamente neutro às vontades das partes.

Esta figura de um juiz com conduta extremamente passiva, despido de poder de **imperium**, decorre das célebres lições de **MONTESQUIEU** e da grande preocupação da sociedade francesa em não conceder ao Poder Judiciário poderes muito amplos. Todo o poder deveria estar na lei. Deste modo, o Poder Judiciário atuaria apenas como "a boca a pronunciar a voz da lei". É a própria teoria da separação dos poderes. Daí a estreita ligação entre o pensamento iluminista do século XVIII e a proibição aos juízes de interpretarem a lei.

O mito da neutralidade impedia, assim, que fossem proferidas decisões com base em juízos de verossimilhança. O juiz somente poderia decidir após todo o caminho percorrido pelo processo, apenas quando tivesse a garantia da certeza jurídica, na fase de prolação de sentença. Isto porque todo e qualquer juízo de verossimilhança implicaria em um subjetivismo judicial, o que era incompatível com a idéia de neutralidade, de busca da verdade.

Não é à toa que o procedimento ordinário preocupa-se exacerbadamente com a manutenção do **status quo ante**. Ele fixa, cronologicamente, a data em que o julgador deverá formar o seu convencimento, que é o dia em que ele, depois de receber os autos conclusos para sentença, estará

autorizado a decidir, a conceder “liminares”, em suma, em modificar o **status quo ante**. Desta maneira, o processo de conhecimento oferece ao juiz o subterfúgio de se conservar “indiferente à injustiça”, uma vez que só poderá ser corrigida ao final, com a sentença definitiva.

Um juiz que nada decida até o final do processo e só se preocupe em manter o **status quo ante** acaba sendo muito mais parcial do que se imagina, acreditamos. O que ocorre é que o processo civil tende a adotar uma noção equivocada de imparcialidade.

Em outras palavras, a imparcialidade não está na omissão, mas em um atuar do magistrado, buscando obter uma igualdade material das partes, não uma igualdade meramente aparente.

E é justamente esta indiferença pregada pelo procedimento ordinário que deve ser combatida. A neutralidade – tal como é concebida até então – trouxe muito mais desvantagens que vantagens. Mostrou-se extremamente parcial, na medida em que não permitia uma adequada distribuição do ônus do tempo do processo. Sob o manto da neutralidade, permitiu-se a manutenção do **status quo ante** em prejuízo, muitas vezes, de uma justa pretensão do autor.

d) Conceito de tutela antecipada:

Como já exposto, sendo uma das formas de tutela jurisdicional de urgência, a antecipação da tutela possui como principal característica a possibilidade de permitir a realização do direito subjetivo antes do final do processo no qual a existência desse mesmo direito é discutida. Ela garante a satisfação da pretensão de direito material, desde que o autor (ou o réu) comprove estarem presentes os 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, pois, o lugar que, temporária e provisoriamente, vinha sendo ocupado pela ação 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 do direito material reivindicado pela parte, ao invés de apenas proteger sua realização futura. A antecipação da tutela, portanto, é mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação antecipada de um direito subjetivo reivindicado em determinada demanda. Segundo **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, “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”²⁷.

²⁷ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. In RT 742/44.

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. Na verdade, se a pretensão do autor pudesse ser atendida, ou rejeitada, **in limine litis**, desnecessárias seriam ambas as espécies de tutela jurisdicional de urgência.

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

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”²⁸.

Importante destacar, porém, que a tutela antecipada também pode ser concedida quando não existir qualquer situação de urgência, mas, ao contrário, ocorra o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

²⁸ **NERY JÚNIOR**, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 66.

do réu. Nestas hipóteses, o juiz também poderá permitir a satisfação antecipada do direito.

e) Antecipação da tutela e distribuição racional do tempo:

Atualmente, a antecipação de tutela, tal como concebida pelo sistema processual civil brasileiro, nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do “tempo do processo”. A espera, a qual antes tinha de ser suportada, única e exclusivamente, pelo autor, agora pode recair sobre o réu em face da concessão de uma decisão liminar. Com a reforma de 1994, surgiu no Brasil a possibilidade de o próprio juiz, mediante requerimento da parte, promover uma distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação de efeitos da decisão final possui esta faculdade: a de atenuar o fardo da demora processual que até então vinha sendo suportado apenas pelo autor. Isto porque, conforme bem esclarece **NELSON NERY JÚNIOR**, existe, no procedimento comum, um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (pertencente ao réu) e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional (pertencente ao autor). Para que o autor não seja prejudicado em demasia pela demora do processo, deve atuar no interior do procedimento de cognição plena e exauriente, uma técnica que permita a antecipação da tutela executiva.

A finalidade da tutela antecipada é adiantar os efeitos da tutela de mérito, mediante pedido do autor, de seu assistente ou do próprio **parquet**. Pode ser fundada na urgência ou no abuso do direito de defesa do réu. Ainda que baseada na urgência, é de se ressaltar que não possuirá a natureza cautelar.

Enquanto a tutela cautelar tem por finalidade apenas assegurar a futura realização do direito, a tutela antecipatória pretende, desde logo, realizar o direito.

Mas, como ressalta a doutrina, a antecipação de tutela limita-se a satisfazer o direito no plano dos fatos, não servindo para uma averiguação final e definitiva a respeito da existência deste alegado direito. Daí o alerta de que o se antecipa não é a declaração do direito, nem a sua constituição e tampouco o provimento condenatório porventura postulado. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência.

f) A tutela antecipada, malgrado satisfativa, não é definitiva:

Outra característica sempre presente na tutela antecipada é a ausência de “referibilidade a um direito acautelado”. Diversamente, porém, na tutela cautelar sempre existirá essa “referibilidade”. Quando se busca a tutela cautelar, pretende-se obter a garantia de realização de determinado direito, ou melhor, a garantia de satisfação futura de um determinado direito. Já, no âmbito da tutela antecipada, a referibilidade dá lugar à satisfatividade. Não se pretende mais acautelar certo direito, mas satisfazê-lo desde logo. Não há, portanto, um outro direito a ser protegido. O direito alegado pela parte é imediatamente satisfeito, sem que seja necessária uma relação a nenhum outro.

De qualquer maneira, muito embora não exista referibilidade, a tutela, naturalmente, tende a não ser definitiva. A provisoriedade

existente na tutela cautelar geralmente aqui também se faz presente. E não há, aí, nenhuma incongruência. A tutela pode, perfeitamente, ser satisfativa e provisória ao mesmo tempo. É satisfativa porque realizada o próprio direito buscado pela parte. Contudo, é provisória porque ao final pode-se concluir que o direito cuja realização foi antecipada realmente não existia.

Assim, em que pese à satisfação do direito, o processo deverá prosseguir até que se possa obter a cognição exauriente ou, em outras palavras, até que se possa apurar com um maior grau de certeza a existência ou inexistência do direito. Muito embora a tutela antecipada realize o direito, ela é fundada, geralmente, em cognição sumária e superficial, ou seja, em uma cognição que não permite o conhecimento integral da questão debatida, tanto é que, de acordo com a classificação de **PONTES DE MIRANDA**, sua carga declaratória é ínfima. Logo, necessita ser complementada com a continuidade do processo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que só existirá tutela definitiva quando houver cognição exauriente. Em todas as outras oportunidades, haverá, apenas, tutela provisória. Desta forma, mesmo que a parte já tenha atingido seu objetivo com a concessão de uma tutela satisfativa **in limine litis**, ainda assim faz-se imperativo o prosseguimento do processo com o julgamento do mérito.

No que diz respeito a essa "não-definitividade", **OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA** traça uma distinção entre provisoriedade e temporariedade. Segundo ele, as medidas cautelares seriam apenas temporárias, pois sua duração depende diretamente da manutenção da situação de perigo. Assim, ainda que após

a cognição exauriente, a medida cautelar poderá persistir caso persista a situação de risco.

Em suma, a provisoriedade da tutela antecipada decorre de sua suscetibilidade para ser substituída por um provimento constituído mediante uma cognição plena e exauriente, bem como da possibilidade de ser, a qualquer tempo, cassada quanto já não mais existirem, durante o trâmite do procedimento, as suas razões determinantes.

g) Inexistência de discricionariedade no deferimento da tutela antecipada:

Importante destacar que o ato judicial que concede ou deixa de conceder a tutela antecipada não é discricionário, ou seja, é ato vinculado à lei e à opção da lei para aquele determinado ato concreto.

De um modo geral, nenhuma decisão judicial pode ser considerada ato discricionário. Ela deve representar exatamente aquilo que o legislador previu para determinada circunstância. Segundo **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, "o específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do juiz é a própria voz da lei **in concreto**. Esta é a sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja"²⁹. Ao juiz, portanto, não é dada a opção de escolher esta ou aquela decisão. A decisão é única e está na lei.

²⁹ **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 26.

Incumbe-lhe apenas descobrir, ao analisar o caso concreto, qual seria a decisão legal.

Como não há discricionariedade no ato judicial, conclui-se que, estando configurado o suporte fático que autoriza a concessão da tutela antecipada, esta concessão traduz-se em um verdadeiro dever do juiz. **JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE** salienta que “caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial”.³⁰

Da mesma maneira, conclui **TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER** ao asseverar que “não há nada de discricionário na decisão através da qual o magistrado concede, ou não concede, a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada ou parte deles”.

A vinculação das decisões judiciais à lei possui explicação histórica. Com a Revolução Francesa, a civilização ocidental viu uma transformação no centro de legitimação do poder. Enquanto antes este residia exclusivamente na vontade do soberano, depois da revolução passou para a vontade do povo. Como consequência lógica, surgiu a necessidade de se criar um sistema que realmente assegurasse o respeito à vontade popular. No âmbito do Poder Judiciário, a solução foi a de submeter todas as decisões judiciais à letra da lei. Apenas a lei representaria a vontade do povo e, portanto, apenas as decisões pautadas na lei seriam legítimas.

³⁰ **BEDAQUE**, José Roberto dos Santos. *Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p. 244.

A vinculação à lei passou a ser tão forte que não se permitia ao magistrado nem mesmo interpretar o texto legal. Na acepção célebre de **MONTESQUIEU**, o juiz seria, apenas, a boca que pronuncia a voz da lei.

Mas, se no século XVIII a vinculação do Poder Judiciário à lei constituía uma garantia contra o arbítrio, no final do século XX ela pode representar um risco à própria efetividade dos direitos. É verdade que o progresso obtido a partir do princípio da legalidade não poderá, jamais, ser ignorado. Todavia, em uma época em que se busca um Poder Judiciário mais envolvido com a realização concreta dos direitos, o apego exclusivamente à lei não parece mais ser suficiente. A interpretação do texto legal, feita pelo juiz, pode, em inúmeros casos, propiciar uma maior eficácia da prestação jurisdicional. Esta interpretação – é importante que se diga – longe está de caracterizar um poder discricionário. Assim como nos tempos da Revolução Francesa, a decisão judicial está vinculada à lei. A interpretação da lei é que deve ser feita de acordo com a análise do magistrado, à luz das cores e matizes do caso concreto.

h) Responsabilidade pelos danos eventuais advenientes da antecipação dos efeitos da tutela:

A tutela antecipada, justamente porque promove uma nova distribuição do ônus do tempo no processo, envolve certos riscos.

Ao conceder a tutela antecipada ao autor, o Estado-Juiz estará, naturalmente, assumindo o risco de gerar um prejuízo ao direito do réu. Entretanto, o risco é inevitável e não constitui um atributo específico da tutela

antecipada. Analise-se, por exemplo, a situação de um processo que tramita pelo procedimento comum ordinário, no qual a tutela jurisdicional somente seja concedida após o trânsito em julgado da decisão. Durante todo o trâmite do processo estará em risco o direito do autor. Durante todo esse período, o autor poderá vir a sofrer graves prejuízos. Mas a doutrina, de um modo geral, tende a desconsiderar essa real possibilidade de prejuízo sob o argumento de que o autor nada pode fazer antes da decisão definitiva.

O que se introduz com a tutela antecipada é a possibilidade de alteração do **status quo ante** desde logo. Em outras palavras, é a possibilidade de se modificar a situação fática antes de uma decisão final do processo. Se tal alteração traz em si um certo risco, o mesmo pode-se dizer em relação à manutenção dessa situação fática até o trânsito em julgado. Em suma, o risco de prejuízo é inerente à **dilatio temporis** no processo civil. O que se pretende com a tutela antecipada é racionalizar este risco, fazendo-se com que ele recaia sobre o litigante que, aparentemente, não tem razão.

A possibilidade de se gerar um dano ao réu deve, portanto, ser encarada como algo natural e inevitável. **LUIZ GUILHERME MARINONI** assevera que “a tutela antecipatória (ou mesmo a execução imediata da sentença), contudo, justamente porque o juiz não é mágico, e não pode, assim, deixar de prejudicar o autor a não ser correndo o risco de prejudicar o réu, pode gerar danos. Tal possibilidade, contudo, pode ser aceita com naturalidade por aqueles que percebem que o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora da justiça e que o risco é algo absolutamente inerente à necessidade de

distribuição do tempo processual e de construção de um processo mais justo e isonômico”³¹.

Seria um grande engano imaginar que apenas a tutela antecipada e, de um modo geral, as tutelas baseadas em cognição sumária podem gerar danos. O risco de dano, presente tanto na jurisdição com base em cognição sumária como naquela baseada em cognição exauriente, infelizmente sempre acompanhará o processo civil. Ele só desapareceria caso fosse possível ao Poder Judiciário uma imediata apreciação dos litígios, ou melhor dizendo, uma análise sem a necessidade de uma **dilatio temporis**.

Nas hipóteses de tutela jurisdicional de urgência, porém, o risco de dano parece ser mais evidente. Isto porque, nestes casos, faz-se necessária uma decisão **in limine litis**, baseada em cognição sumária e superficial e, em muitos casos, **inaudita altera parte**.

Na maioria da vezes, a fim de evitar um provável prejuízo ao autor, o magistrado concede a tutela antecipada, mesmo sabendo que isto pode implicar em prejuízo para o réu. Trata-se, como se vê, de uma valoração dos bens em jogo e da prevalência de um em detrimento do outro. O risco está no acerto ou erro dessa decisão. Com efeito, o provável direito do autor pode, mais tarde, mostrar-se inexistente. E o réu, aparentemente sem razão, pode aparecer como a parte detentora do direito que foi prejudicado pela antecipação da tutela.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória...*, p. 23.

De qualquer maneira, tal risco deve ser encarado como um "mal necessário" à agilização dos processos e à maior efetividade dos direitos.

O mais importante, contudo, é a noção de que tanto a ação do magistrado como a omissão podem gerar danos. Assim, em face da urgência, melhor critério sempre será o da valoração dos bens discutidos no processo. Com efeito, essas soluções extremas devem ser solucionadas com cuidado, pois tanto o açodamento quanto a hesitação podem causar danos irreparáveis à parte.

Estando caracterizado o dano, em decorrência da concessão da tutela antecipada, surge a obrigação de indenizar. A responsabilidade, evidentemente, cairá sobre a parte que requereu a antecipação e levou o magistrado a concedê-la. Todavia, a obrigação de indenizar não dependerá da aferição de culpa ou dolo do autor, não estará vinculada a nenhum critério subjetivo. A responsabilidade será objetiva, nos termos do que já prevê o artigo 811 do Código de Processo Civil para as hipóteses de tutela cautelar. Conseqüentemente, bastará a demonstração da ocorrência do prejuízo aliado ao fato deste prejuízo decorrer da própria antecipação da tutela. Esse é, aliás, o entendimento de **NELSON NERY JÚNIOR**, para quem "deve ser utilizado, por extensão, o sistema do art. 811 do CPC, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar"³².

³² **NERY JÚNIOR**, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 394.

III. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL

Com o intuito de se facilitar a compreensão dos meios de efetivação da tutela jurisdicional antecipadamente concedida, mister se faz que retornemos àquelas lições propedêuticas de Direito Processual Civil, concernentes à classificação dos provimentos jurisdicionais.

Primeiramente, “provimento jurisdicional” denota a prestação outorgada pelo Estado no exercício de sua função pacificadora dos conflitos sociais, que, por sua vez, é provocada mediante o exercício regular do direito de ação, previsto, em abstrato, no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, “ação” consiste no direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de se formular uma reivindicação perante um órgão investido de poder jurisdicional e tê-la apreciada quanto a sua procedência eventual, com o intuito de se obviar uma “crise” do direito material adveniente de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou irrealizada (lide)³³.

Nesse panorama, as lides podem se constituir em uma dúvida acerca da existência ou não de uma relação jurídica de direito material ou acerca da autenticidade ou falsidade de um determinado documento, em uma crise

³³ Na mesma linha de pensamento, para **RODRIGO DA CUNHA LIME FREIRE**, “ação é um direito público subjetivo, autônomo e abstrato de agir em juízo, expondo uma ou mais pretensões, que podem ser fundadas ou infundadas, exigindo a prestação jurisdicional”. *in op. cit.* p. 54.

de inadimplemento de uma obrigação decorrente de uma relação jurídica válida e regular ou, ainda, na pretensão atinente à constituição, desconstituição ou modificação de um vínculo jurídico que vincule às partes em torno de um determinado bem da vida.

Para a primeira hipótese, dizemos que existe uma crise de certeza e cujo provimento jurisdicional adequado para a sua elisão seria uma declaração judicial. Para a segunda, o demandante reclamaria um provimento condenatório que, além de reconhecer a existência de uma relação jurídica em que o devedor se sujeita a uma determinada prestação, torne possível o credor valer-se das vias executivas para a realização de sua pretensão de direito material. Por fim, com relação àquela terceira modalidade de um conflito de interesses, o mais adequado seria um provimento constitutivo, hábil a provocar a mudança de uma situação jurídica pré-existente.

Tal classificação dos provimentos jurisdicionais em declaratórios, condenatórios e constitutivos já não mais é adequado hodiernamente porque “não resistem às críticas e concorrem para confusões enormes que ainda hoje estalam nos espíritos de alguns juristas”³⁴.

Com efeito, situações outras encontradas na vida social reclamam uma resposta diferenciada do Poder Judiciário para a adequada composição de uma lide, na medida em que, circunscrever-se a atividade jurisdicional àquelas três modalidades de atos, corre-se o risco de deixar uma certa

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1., p. 132.

demanda sem uma resposta pronta e eficaz por parte do Estado, que não mais estaria adimplindo à sua função de pacificação de conflitos intersubjetivos.

Assim, entre nós, **PONTES DE MIRANDA** procedeu a uma classificação quinária dos provimentos jurisdicionais, abandonando a tradicional classificação ternária, ao reconhecer que, em inúmeras vezes, o órgão judicial profere atos com uma força proeminentemente mandamental ou executiva **lato sensu**. Provimento mandamental é aquele em que o juiz ordena, com base no poder de **imperium**³⁵ inerente à sua autoridade jurisdicional, que alguém faça, deixe de fazer ou dê alguma coisa a outrem. A inobservância desse comando judicial, diferentemente do que ocorre com relação à recalcitrância no cumprimento de uma obrigação a que fora condenado, implica na sujeição do particular à pena privativa de liberdade prevista no artigo 330 do Código Penal³⁶, conquanto que, se o destinatário da determinação judicial constituir-se em funcionário público poderá implicar em violação à norma do artigo 319 do aludido estatuto repressor. Já, provimento executivo **lato sensu**, segundo **PONTES DE MIRANDA**, é aquele pelo qual “se passa à esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá”³⁷. O que diferencia esta última modalidade de provimento jurisdicional do provimento condenatório é que, naquele,

³⁵ Fixando-se no poder, diz **HANS Kelsen** que o poder do Estado, designado como poder de império, submete os homens ligando sua conduta a um dever jurídico. Assim, portanto, unicamente para assegurar a consecução de fins jurídicos, é que o poder deve ser exercido.

³⁶ De acordo com o inciso V, acrescentado ao artigo 14 do Código de Processo Civil pela Lei Federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, são deveres das partes e de todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo cumprir com exatidão os *provimentos mandamentais* e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Não obstante, de acordo com o parágrafo único acrescentado ao artigo 14 pela mesma lei, “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado” (grifo não constante do texto legal).

³⁷ In op. cit. p. 135.

existe um momento lógico subsequente à condenação, consistente na autorização de o próprio Estado, independentemente de novo processo de execução, realizar, de imediato, a pretensão de direito material do demandante.

Neste diapasão, é de se ressaltar a advertência feita pelo aludido mestre, abaixo transcrita:

“Não há nenhuma ação, nenhuma sentença³⁸, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente declaratória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. No seu peso de eficácia aparece 4 na coluna da mandamentalidade; é a chamada eficácia imediata, a eficácia que vem logo após, como peso, à força mesma da sentença. O vencedor, que teve declarada a relação jurídica, que lhe interessava, pode exercer a pretensão à preceituação nos próprios autos da ação declaratória. O sistema jurídico brasileiro viu e exprimiu isso como nenhum outro. O autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova. Se se precisasse, a carga seria mediata, e não imediata. Sempre que na carga de uma sentença há o número 4, a eficácia, que tal número aponte, ou já se realizou, ou não precisa da propositura de nova ação.

³⁸ Leia-se: “ato judicial”.

A ação somente é constitutiva porque sua carga maior é a de constitutividade. Ação constitutiva é a ação predominantemente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. A carga de eficácia imediata é de declaração. Daí ter eficácia de coisa julgada material. De regra, tem-se de pedir algum mandado, para que se atribua toda eficácia à constituição positiva ou negativa, que a sentença decretou.

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. Ação condenatória é a ação predominantemente condenatória. Mais se pede condenar do que declarar, do que executar, do que constituir, do que mandar. Não se há mister pedir, em ação nova, que declare a relação jurídica a que se prende a condenação: já se declarou, na sentença, imediatamente. Mas precisa-se propor ação executiva, porque a carga de executividade é apenas de 3.

A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. Não há ação mandamental pura. A sentença, que ela pede, é sentença que mais mande do que declare, do que constitua, do que condene, do que execute. A declaratividade aparece, de ordinário, como eficácia imediata. Mas às vezes cede lugar a outra eficácia.

A ação executiva é a ação preponderantemente executiva. Não há ação executiva pura. Ainda nos tempos da justiça de mão própria, todo ato de execução continua, implícito, o ato de declaração do próprio direito:

apenas a condenação também estava implícita (4), em vez de haver eficácia mandamental imediata (4), que foi introduzida pela justiça estatal (...)."³⁹

Postas essas considerações, torna-se fácil revelar a natureza jurídica da decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional com fundamento nos artigos 273 ou 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Trata-se, à evidência, de ato judicial de natureza mandamental porque veicula uma **ordem** direta à parte para que cumpra, desde logo, uma determinada obrigação de dar, fazer ou não fazer, sob pena de responsabilização penal, justificando, outrossim, a imposição de multa pecuniária em caso de recalcitrância (**astreintes**).

Para que se compreenda a razão pela qual insistimos na mandamentalidade da decisão que concede a tutela antecipada é necessário sublinhar que a doutrina italiana tradicional assenta que o devedor, após um provimento condenatório, continua apenas civilmente obrigado. No entanto, para a doutrina que formulou o conceito de provimento condenatório, a qualidade da relação obrigacional entre as partes não se altera após a coisa julgada material ou, em outras palavras, o devedor que não satisfaz o julgado não comete desobediência alguma suscetível de imposição de multa ou outra medida coercitiva. Assim, o provimento "meramente" condenatório não abre oportunidade à imposição de multa porque o devedor que não observar a condenação não comete insubordinação à autoridade judiciária.

³⁹ *Idem, ibidem*. p. 137/139.

Não obstante tal ato judicial possuir como eficácia maior um mandamento, possui, concomitantemente, uma eficácia imediata executiva **lato sensu**, na medida em que, acaso violado o dever legal de sujeição à determinação judicial, o Estado-juiz fica autorizado, desde logo, a promover a realização da pretensão de direito material perseguida pelo demandante às custas do demandado, podendo, para tanto, adotar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento voluntário. Busca-se, pois, a realização **in natura** da prestação devida, sendo que a obrigação apenas se converte em perdas e danos caso não seja materialmente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente.

Por sua vez, indiretamente, possui uma eficácia constitutiva porque cria uma situação jurídica nova de sujeição ao comando estatal e de obrigação de pôr um determinado bem da vida à disposição do requerente da medida. Em seguida, como eficácia mediata seguinte, a decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional possui, em regra, uma carga declaratória adveniente de um juízo de cognição sumária e superficial tecido pelo julgador, eficácia declaratória essa que é inábil, por isso, a perfazer coisa julgada material, de modo que, apesar de concedida a tutela antecipada, o processo deverá prosseguir, normalmente, até final julgamento, a teor do que dispõe o parágrafo 5º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Por fim, como eficácia subjacente, a decisão que defere a antecipação de certos efeitos práticos da tutela jurisdicional possui uma carga condenatória ínfima porque, em virtude de sua natureza de tutela emergencial, em

momento algum cogita-se na criação de um prematuro título executivo a fim de sujeitar o requerente às delongas inerentes ao processo de execução, com citação, penhora, possibilidade de embargos, avaliação de bem, arrematação etc ou, se o réu for o Poder Público, também não se cogita da estrita observância da regra do artigo 730 do Código de Processo Civil.

Graus de eficácia da decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional
Eficácia preponderante (ou maior): mandamental.
Eficácia secundária: executiva lato sensu .
Eficácia terciária: constitutiva.
Eficácia quaternária: declaratória.
Eficácia menor: condenatória.

Tabela I

Tabela de graus de eficácia da decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, segundo a sistemática pontuária				
Mandamental	Executiva	Constitutiva	Declaratória	Condenatória
5	4	3	2	1

Tabela II

IV. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

a) Considerações iniciais:

De acordo com os invulgares ensinamentos de **HELLY LOPES MEIRELLES**, a “*Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a

designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda⁴⁰.

Assim, o conceito de Fazenda Pública denota a atuação do Estado em juízo. Originalmente, a acepção de Fazenda era jungida, quase que exclusivamente, às finanças estatais e ao erário público propriamente dito. Todavia, com o decurso do tempo, tal conceito estendeu-se para designar o próprio Estado agindo em juízo. Hodiernamente, é pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o conceito de Fazenda Pública compreende as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, as pessoas políticas que integram a Federação, bem como as autarquias e as fundações públicas. É de se ressaltar que não estão abrangidas nesse conceito as empresas públicas e as sociedades de economia mista porque, além de integrarem a administração pública indireta, constituem-se em pessoas jurídicas de direito privado.

Primeiramente, antes de se tecer algumas considerações preliminares acerca das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, mister se faz que retomemos certas noções propedêuticas acerca do regime jurídico de direito público. Tal regime jurídico corresponde a um complexo de normas e de princípios que regulam relações jurídicas diversas daquelas disciplinadas pelo direito privado. Esta distinção entre direito público e direito privado, malgrado censurada contemporaneamente, uma vez que já não mais atende às exigências do direito moderno, em muitos aspectos, ainda se revela de grande valia para o delineamento do tema em tela.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 647.

Consoante essa classificação, as relações jurídicas entre particulares distinguem-se das relações que têm, num de seus pólos, o Estado como pessoa jurídica. Quando o Estado figura em um dos pólos da relação, tem-se uma relação jurídica de direito público e, portanto, o conjunto normativo que vai incidir sobre essa relação é deveras diferenciado, sendo, inclusive, iluminado por princípios próprios, diversos daqueles que se aplicam ao direito privado.

Esse regime jurídico de direito público funda-se, basicamente, em dois grandes princípios, quais sejam: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, também denominado de princípio da finalidade ou do interesse coletivo.

O primeiro, que tem como destinatário o próprio Poder Público, significa que o Estado não pode agir senão quando autorizado por lei. Em outras palavras, para que a Administração possa agir, sua conduta deve estar prevista, expressamente, em lei. Nesse aspecto, **HELY LOPES MEIRELLES** bem salienta que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”⁴¹.

Por outro lado, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular denota que o Estado, em sua atuação, deve tem em vista,

⁴¹ In op. cit. p. 82.

de maneira inarredável, a realização do interesse público, interesse esse que corresponde à idéia de "bem comum", entendido como o complexo de todas as condições da vida social que consintam e favoreçam o integral desenvolvimento da personalidade humana.

Há, evidentemente, outros princípios inerentes ao regime jurídico de direito público, como, **verbi gratia**, o princípio da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade. No entanto, são os princípios da legalidade e da finalidade que traduzem a substância do regime de direito público.

Diferentemente do que ocorre nas relações de direito privado (em que se observa um equilíbrio entre as partes, justamente porque ambas são particulares e iguais), o regime jurídico de direito público estabelece um patente desequilíbrio nas relações entre o Poder Público e o particular, na medida em que as partes são desiguais.

O problema do desnivelamento das partes começa já no nascimento da relação jurídica. Não há um equilíbrio dentro dessa relação porque, de um lado, tem-se um particular que tutela interesse exclusivamente seu (interesse individual) e, de outro, há o Estado que tutela o interesse coletivo.

Diante dessa desigualdade, o regime jurídico de direito público busca conferir à Administração certas **prerrogativas**, mas lhe impõe, também, em contrapartida, certas **sujeições**. Assim, não é impróprio conceituar-se regime jurídico de direito público como sendo o regime jurídico que outorga,

concomitantemente, prerrogativas à Administração e impõe-lhe certas sujeições ou limitações. Em suma, as prerrogativas equivalem a poderes ou vantagens conferidas à Administração, mas não ao particular. Ao particular é vedado agir como Estado, como se desfrutasse daquelas prerrogativas, pois, assim agindo, estaria realizando atos ilícitos, uma vez que não titulariza instrumentos próprios do regime de direito público.

Por outro lado, o Estado sofre limitações na sua atuação, normalmente dirigidas a condutas que o particular pode adotar livremente e sem restrições. Esse contraposto de prerrogativas de um lado e sujeições de outro, evidencia o caráter absolutamente peculiar do regime de que ora se trata. Nota-se que as regras e princípios de direito privado somente se aplicam nesse âmbito em caráter subsidiário, isto é, desde que não haja uma regra específica ou princípio informador, bem como qualquer conflito.

Pode-se dizer que existe um efetivo e necessário desequilíbrio em favor do Estado, justamente porque ele tutela o interesse de todos. Então, é este o fundamento para que haja um desequilíbrio que deve refletir-se no processo judicial também.

À luz das idéias aqui alinhavadas, é de se indagar se tais prerrogativas não violam o princípio constitucional da isonômia. É indubitoso que o princípio da isonomia constitui-se em um dos cânones do Estado Democrático, vindo expresso no **caput** do artigo 5º da Constituição Federal. Aliás, a Constituição a ele se refere inúmeras vezes.

No entanto, é necessário que se interprete esse princípio conjuntamente com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, pois os princípios constitucionais entrelaçam-se e atuam simultaneamente. Assim, não há como tratar de isonomia esquecendo-se que, na relação de direito público, existe o desequilíbrio mencionado há pouco. Como é possível concatenar esses dois princípios? Será preciso descartar um deles? Não, porque esse desequilíbrio entre os pólos da relação jurídico-processual justifica-se, justamente, em função da desigualdade das partes. Em tese, se os entes são distintos, tanto quanto os interesses que tutelam, evidentemente não há incompatibilidade entre o desequilíbrio e a isonomia.

Destarte, não parece que se possa falar em um contraste ou em um conflito entre esses dois princípios, uma vez que o princípio da isonomia atua perfeitamente em consonância com a supremacia do interesse público sobre o particular.

Várias prerrogativas são outorgadas pelo nosso ordenamento à Fazenda Pública. Entre aquelas, que podemos chamar de "clássicas" ou "tradicionais" (porque incorporadas há muito tempo pelo ordenamento jurídico e comumente referidas pela doutrina), a primeira a ser apontada é a relativa aos prazos diferenciados, regulada no artigo 188 do Código de Processo Civil. Neste diapasão, lembre-se, ainda, da existência da execução fiscal, que é a execução promovida pela Fazenda Pública, diferente daquela prevista no Código de Processo Civil, uma vez que se rege por prazos especiais e conta com uma disciplina jurídica

específica, por exemplo, com a previsão da prescrição intercorrente.

Deve-se mencionar, outrossim, um outro procedimento regulado pela Lei nº 8.397/92, que criou a chamada "medida cautelar fiscal", consistente em uma ação que pode ser promovida pela Fazenda Pública quando houver riscos de dilapidação do patrimônio por parte do devedor. Todas essas medidas, de caráter inegavelmente especial, existem, exclusivamente, para o Estado.

Dentro desse rol, há, também, a necessidade de intimação pessoal nas execuções fiscais, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 6.830/80 e a isenção de custas, prevista no artigo 27 do Código de Processo Civil. À toda evidência, essa isenção não tem nenhuma possibilidade de questionamento porque não haveria sentido o Estado pagar para si mesmo. Existiria ou uma "confusão" no sentido técnico, pois o Estado seria o credor e o devedor ao mesmo tempo, ou a hipótese seria de imunidade recíproca, nos casos expressamente previstos na Constituição Federal.

De igual importância, também, o reexame necessário que é uma condição de eficácia da sentença proferida contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 475, inciso I e II, do Código de Processo Civil. A Lei nº 9.469/97, em seu artigo 10, estendeu esse duplo grau de jurisdição obrigatório às autarquias e às fundações públicas. Demais disso, a Lei nº 10.352/01 (em **vacatio legis** até 27 de março de 2002), que modifica os dispositivos do Código de Processo Civil atinentes aos recursos e ao reexame necessário, ao dar nova redação ao seu artigo

475, alude expressamente às autarquias e fundações de direito público. Para alguns doutrinadores, o reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório revela uma desconfiança do legislador para com o juiz de primeiro grau. Tal ponderação é aceitável, mas há um outro aspecto, talvez mais condizente com a realidade, que é o reconhecimento, por parte do legislador, da insuficiência do aparelhamento estatal para defender o interesse público, isto é, o interesse da Fazenda Pública.

O que se pretende é que, na hipótese de não haver recurso da parte, a sentença contrária à Fazenda Pública, de qualquer maneira, não produzirá efeitos enquanto não confirmada pelo respectivo Tribunal. Portanto, mesmo que não haja recurso, vale dizer, ainda que não se venha, no prazo legal, a interpor recurso de apelação, o caso deve ser remetido ao Tribunal e, enquanto este não se manifestar sobre ela, a sentença não produzira quaisquer efeitos. Também essa visão do duplo grau é importante na medida em que revela a preocupação do próprio legislador relativamente à insuficiência da estrutura pública. De fato, faltam procuradores, funcionários etc e o reexame necessário, de certa forma, mitiga essas deficiências.

Um outro ponto relevante a ser destacado no âmbito das prerrogativas tradicionais concerne à execução por quantia certa que, contra a Fazenda Pública, realiza-se mediante a sistemática dos precatórios. O caminho a percorrer em uma execução contra o Estado é, verdadeiramente, longo e árduo. Em vista disso, é fundamental a formulação de alguma outra forma de execução contra o Estado.

Uma outra questão de relevo, embora não lembrada de modo geral como prerrogativa da Fazenda Pública em juízo, porque, em verdade, relaciona-se ao direito material, embora com reflexos processuais, diz respeito aos juros de mora. Se um particular promove uma ação, os juros fluem a partir da citação. O artigo 219 do Código de Processo Civil dispõe que um dos efeitos da citação é constituir em mora o devedor. Quando esse tema é transportado para o campo do direito tributário, o Código Tributário Nacional reserva-lhe uma disciplina completamente diferente. O seu artigo 167, parágrafo único, disciplina que os juros, no caso de repetição de indébito, são contados a partir do trânsito em julgado. Na prática, estamos tratando de uma diferença de dez ou quinze anos, em média, no cômputo dos juros devidos.

Logo de início, salientou-se que nas relações de direito público existe um desequilíbrio entre as partes e que ele é perfeitamente justificável pela presença do interesse público e do princípio da finalidade, que incide sobre todos os atos da Administração Pública. Resta, contudo, saber se esse regime processual realmente se justifica no presente contexto normativo e social. Em outras palavras, indaga-se se essas prerrogativas não estariam representando autênticos privilégios infundados.

Mister se faz repensarmos este tema. Em que medida o desequilíbrio que essas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública atendem ao interesse público? Creio que há necessidade de se começar a pensar em alguma mudança a respeito. Já que tanto se fala em reforma do Estado, do Poder Judiciário, do Poder Executivo, do Poder Legislativo, por que não reformar estas realidades

também? Há que se cogitar de mudanças efetivas para que essa disparidade de tratamento processual não cause espécie. Ainda que se conclua que, realmente, deve haver um tratamento processual peculiar para com a Fazenda Pública, como reflexo do fato de o Estado tutelar o interesse coletivo, não resta a menor dúvida quanto à necessidade destas modificações.

Dessa forma, cumpre discutir em que grau e com base em quais critérios essa diversidade de tratamento deve ser efetuada. Um exame mais detido do assunto revela um certo casuísmo no tocante às prerrogativas. Talvez essas prerrogativas tenham sido criadas sem muita cautela, sem muita meditação. Talvez sua justificativa dentro do ordenamento não seja assim tão evidente. O que se verifica nos casos concretos é que o desequilíbrio entre a Fazenda Pública e o particular, em juízo, é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas, ou, pelo menos, algumas delas.

É freqüente a discussão acerca da morosidade do Poder Judiciário e da necessidade de sua imediata reforma em função disso. A morosidade tem inúmeras causas, como o excesso de recursos na lei adjetiva, falta de aparelhamento e má estruturação orgânica e material do próprio Poder Judiciário.

E, no que diz respeito às ações que são promovidas em face do Estado, há mais um item a acrescentar: justamente as prerrogativas, que multiplicam o tempo para que se atinja uma solução. O desfecho de uma ação ajuizada em face do Estado é muito mais demorado que o desfecho de uma ação

promovida em face de um particular. Isso é ainda mais preocupante num contexto de morosidade judicial. Essa é uma das razões pelas quais a justiça está muito fragilizada e desacreditada.

Não restam dúvidas de que o tema é demasiadamente complexo. A prolação de uma solução justa relaciona-se com o tempo usado pelo Poder Judiciário para decidir. É de se sublinhar que a decisão é justa não só por sua essência e consistência, mas também porque é temporalmente eficaz, conforme o que já restou assentado na primeira parte desta monografia. O tempo para se obter uma solução no Poder Judiciário é, pois, componente da justiça dessa solução e, nas ações promovidas em face do Estado, isso, absolutamente, não existe. Não se pode falar de justiça na solução das ações ajuizadas em face do Estado, sob esse aspecto, porque a morosidade é insuportável para o cidadão.

Na prática, como se sabe, por vezes é o próprio Estado que, lançando mão de suas prerrogativas, busca procrastinar o desfecho da ação o máximo possível. Urge, pois, repensar a respeito dessa justiça que tarda e também falha. E falha por diversas razões, precipuamente, porque tarda. Se as prerrogativas processuais da Fazenda Pública vêm contribuindo para esse retardamento, para o adiamento da prestação jurisdicional, já não mais podem prevalecer. Daí, senão a modificação destas prerrogativas, ao menos sua adaptação para atender à realidade vigente.

Dentro dessa idéia de que o interesse público não tem sido atendido com o exercício dessas prerrogativas ou de algumas delas, tem cabimento aquela lição que é muito lembrada por certos administrativistas. Cuida-se

da distinção entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”, segundo a qual o interesse público autêntico é o interesse público primário, o interesse da própria coletividade. O interesse público secundário, que é o interesse próprio da Administração Pública do ente do Estado não pode prevalecer, senão quando em conformidade com o interesse público primário.

Nessas condições, para o Estado, enquanto pessoa, pode interessar retardar o máximo possível o desfecho de uma ação. Ainda mais se for vencido em primeiro e segundo graus. Tal circunstância, que pode ser interesse público secundário, não corresponde ao interesse público primário. O interesse público autêntico é que o Estado, em sendo condenado, deve honrar a decisão judicial. Esse é o comportamento que deve ser prestigiado.

Depois dessas colocações, vale lembrar algumas prerrogativas, as quais vêm sendo criadas nos últimos anos e que, em razão disto, são tratadas separadamente das acima denominadas tradicionais.

Ultimamente, em especial após a Constituição Federal de 1988, começou-se a questionar a própria constitucionalidade dessas prerrogativas à vista da idéia de isonomia.

Não obstante, o legislador, na contramão, acabou ampliando as prerrogativas processuais da Fazenda Pública mesmo sob a atual Constituição Federal. Nos últimos anos, basicamente a partir de 1992, colhem-se alguns exemplos de prerrogativas que foram ampliadas, de encontro à tendência de

se questionar e repensar se essas prerrogativas devem ser mantidas desta forma, à luz do atual texto constitucional. É de se ressaltar, ainda, que a maioria dessas ampliações vem sendo instituídas por **medidas provisórias**! Antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, que vedou, expressamente, a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas à direito penal, processual penal e processual civil, certa corrente jurisprudencial vinha entendendo que medida provisória não podia tratar de matéria tributária, penal e processual, por força do princípio da reserva legal. De qualquer forma, quase todas as prerrogativas que adiante se mencionarão foram instituídas por medidas provisórias. Algumas já convertidas em lei, mas outras ainda persistem como medidas provisórias, sendo continuamente reeditadas!

A primeira que se traz à colação é a que resultou da medida provisória nº 1.570/97, convertida, posteriormente, na Lei nº 9.494/97, que trata dos impedimentos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública e muito mencionada por força da ação declaratória de constitucionalidade nº 04/DF. Depois, a Lei nº 8.437/92, que exige a oitiva prévia, em setenta e duas horas, para a concessão de liminares em mandado de segurança coletivo e ação civil pública promovidas em face do Estado.

Ambas as regras estabelecem restrições que já existiam na legislação do mandado de segurança para a concessão de liminares contra o Poder Público, bem como as ampliam, generalizando-as para quaisquer ações. Essa oitiva prévia que se exige seja realizada no prazo de setenta e duas horas para que o Poder Público possa se manifestar sobre o pedido de concessão de liminar em

ação civil pública e mandado de segurança coletivo é, no mais das vezes, absolutamente adequada, acreditamos. Note-se, porém, que mesmo que a lei imponha este comportamento ao juiz, ele não deverá ser observado quando a espera dessas setenta e duas horas colocar em risco o direito. Nesses casos, a liminar deve ser deferida, independentemente daquela oitiva, sob pena de inconstitucionalidade. **Observe-se.**

O reexame necessário foi estendido também para as autarquias e fundações públicas pela Lei nº 9.469/97, em seu artigo 10º, como já mencionado. Antes dessa lei, o artigo 475 do Código de Processo Civil suscitava, para alguns, certas dúvidas quanto à incidência do necessário reexame da matéria para as autarquias, já que se referia apenas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Com a recente reforma do Código de Processo Civil, tal questão resta superada.

Na mesma Lei nº 9.469/97 há outra prerrogativa nova em seu artigo 5º, parágrafo único. Esse dispositivo autoriza a intervenção das pessoas jurídicas de direito público em quaisquer causas cuja decisão possa lhes gerar reflexos patrimoniais, ainda que indiretos, independentemente da demonstração do interesse jurídico. Essa previsão não faz sentido porque se não há interesse jurídico não é possível qualquer modalidade de intervenção.

Não obstante, todo advogado da União Federal deve ser intimado, pessoalmente, em qualquer ação que atue, mesmo que não se trate de execução fiscal. Isto decorre do artigo 6º, **caput**, da Lei nº 9.028/95, que trata da

Advocacia Geral da União. O parágrafo 3º deste artigo 6º, acrescentado por uma medida provisória que ainda pende de aprovação pelo Congresso Nacional (medida provisória nº 1.906-8, de 27 de agosto de 1999), estende a necessidade dessa intimação pessoal aos advogados ou procuradores dos órgãos vinculados à Advocacia Geral da União. Observa-se que a mesma tendência de ampliar o reexame necessário levou também à ampliação da intimação pessoal, que antes era circunscrita às pessoas políticas. Agora, no âmbito federal, a intimação pessoal vale para todos os entes de direito público.

Dentre essas novas disposições, consta, outrossim, o artigo 19 da medida provisória nº 1.863-52, de 26 de agosto de 1999, que traz algo salutar nesse quadro de prerrogativas. Embora dirigido apenas ao âmbito administrativo federal, esse artigo 19 autoriza a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que não exista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre matérias sobre cuja inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal já decidiu, ou ainda nos casos de matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro da Fazenda.

Por meio dessa regra, procura-se evitar recursos em matérias que, malgrado não declaradas inconstitucionais por decisões com eficácia **erga omnes**, já estão pacificadas no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, não havendo porque rediscuti-las em processos novos.

O parágrafo 1º do artigo 19 da medida provisória nº 1.863-52/99 dispõe que “nas matérias de que trata este artigo, o procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá manifestar-se expressamente o seu desinteresse em recorrer”. O parágrafo 2º, por sua vez, tem a seguinte redação: “A sentença, ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório”, o que é evidente, porque se se dispensa de recorrer, não teria sentido os autos subirem pelo reexame necessário. Deve ser aplaudida esta iniciativa neste quadro em que se agravam e aprofundam as diferenças entre as partes processuais.

b) Atributos dos bens integrantes do acervo patrimonial da Fazenda Pública:

Via de regra, os bens que compõem o acervo patrimonial da Fazenda Pública são imprescritíveis, indisponíveis, impenhoráveis e não sujeitos à oneração.

Segundo **HELLY LOPES MEIRELLES**, a imprescritibilidade dos bens públicos é consectária de sua inalienabilidade, na medida em que ninguém possui o poder de adquiri-los por intermédio do instituto do usucapião.

A despeito dessa característica, que agora é reputada dogma do Direito Administrativo brasileiro, até a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, era explícita em admitir a aquisição da propriedade de bens públicos (terras devolutas)

rurais por intermédio da prescrição aquisitiva, de modo que, no lapso temporal que intermediou entre a entrada em vigor daquele diploma legal até o advento da atual Lei Fundamental, é juridicamente possível, contemporaneamente, o reconhecimento da prescritibilidade dos bens estatais, uma vez que a sentença proferida no bojo de processo decorrente do regular exercício da ação de usucapião possui eficácia preponderantemente declaratória de uma situação jurídica pré-existente, e não constitutiva de uma nova relação jurídica de direito material entre os litigantes.

Não obstante as divergências doutrinárias acerca da existência de direito adquirido com base na Lei nº 6.969/81 em face do texto constitucional que veda, aprioristicamente, a aquisição por usucapião de terras públicas⁴², a verdade é que o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal reza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, compreendendo-se o termo “lei” como qualquer fonte normativa enumerada em seu artigo 59, além do próprio texto constitucional.

Por sua vez, a indisponibilidade dos bens públicos, de acordo com os ensinamentos de **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, “significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que

⁴² Conforme artigos 183, parágrafo 3º, e 191, parágrafo único, ambos da Constituição Federal de 1988.

também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a **intentio legis**⁴³.

Em outras palavras, a indisponibilidade de certos bens ou interesses decorre, via de regra, de sua titularidade plúrima, na medida em que, malgrado afeto ao acervo patrimonial de alguma pessoa jurídica (ou centro autônomo de relações jurídicas, como o condomínio em planos horizontais, espólio, nascituro etc), em virtude da relevância ou interesse social, histórico, patrimonial ou cultural que sobre ele paira, o ordenamento jurídico obstaculiza a sua alienação ou renúncia, a não ser nos exatos limites e circunstâncias previstos em lei.

Acerca da indisponibilidade dos bens pertencentes à Fazenda Pública, afigura-se oportuno trazer à colação os seguintes julgados, assentes nas ementas abaixo consignadas:

**COBRANÇA – FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL –
INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO –
PENA DE CONFISSÃO E PRESUNÇÃO DA VERDADE**
– Na relação jurídica entre a Administração e o administrado, prevalecendo o princípio da indisponibilidade do interesse público e da formalidade dos atos e contratos, não se aplicam as regras da presunção da verdade e da confissão ficta. (TJRO – AC

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, p. 33.

00.002928-9 – C.Esp. – Rel. Des. Sansão Saldanha – J. 18.04.2001)

EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS – ITR – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – FAZENDA PÚBLICA – INÉRCIA DO EXEQÜENTE – DESCABIMENTO – INTERESSE PÚBLICO – INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA – 1. Em face do princípio da indisponibilidade dos direitos da Fazenda Pública, é indispensável a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública para a prática dos atos processuais, a teor do disposto no art. 25 da Lei de Execuções Fiscais. 2. Sentença reformada. 3. Remessa oficial provida. (TRF 3ª R. – REO 441.791 – 4ª T. – Rel. Juiz Manoel Álvares – DJU 25.02.2000 – p. 1407)

FAZENDA PÚBLICA – REVELIA – IMPOSSIBILIDADE – A indisponibilidade dos interesses públicos impede que se produzam contra a Municipalidade os efeitos da revelia, razão por que insustentável é a sentença que, por isso, julga antecipadamente a lide. (TJMG – AC 000.160.412-3/00 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Aluizio Quintão – J. 16.03.2000)

EMBARGOS DO DEVEDOR – APELAÇÃO – EFEITO DEVOLUTIVO – ARTS. 515, § 1º, E 516 DO CPC – CERTIDÃO EXPEDIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS – REJEIÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL – PREVALÊNCIA DO JULGAMENTO TÉCNICO – PRESCINDIBILIDADE DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À EXECUÇÃO – PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA COBRANÇA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO CONFERIDA PELO ARTIGO 71, PARÁGRAFO 3º, DA CARTA MAGNA – PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS À COBRANÇA FORÇADA – Ocorrendo omissão no **decisum** monocrático relativa às matérias discutidas nos autos é passível de ser sanada, em segundo grau de jurisdição, ante o efeito devolutivo do apelo, declarado no artigo 515, parágrafo 1º, do Digesto Processual Brasileiro, além do disposto no artigo 516 do mesmo Diploma Legal. A rejeição, pela Câmara Municipal, de parecer prévio do Tribunal de Contas acerca das contas prestadas pelo Prefeito, não enseja a desconstituição do título executivo, já que tal julgamento possui natureza nitidamente política,

enquanto a decisão do Tribunal de Contas caracteriza-se pela análise técnica e imparcial das contas ou da legalidade dos atos administrativos, tendo por fundamento a vigilância da execução de planos prospectivos de ingresso e gastos na satisfação das necessidades públicas e regulação econômica e social através da atividade financeira. Inexiste nos dispositivos da Lei Complementar Estadual 33/94, regra que imponha, como requisito de procedibilidade da execução dos julgados do Tribunal de Contas, a notificação prévia do responsável quando não mais em exercício de cargo ou mandato eletivo, sendo perfeitamente lícito o manejo da ação de execução pelo Ministério Público para a reparação do descontorno com que foi tratado o dinheiro público. O prazo para se apreciar as contas dos órgãos públicos é de natureza administrativa, não ensejando os efeitos da prescrição, **máxime em se atentando ao princípio da indisponibilidade do interesse público**, em que se qualifica como próprio da coletividade, não se encontrando à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriável, impondo-se o dever de controle de gastos que tenham ocasionado prejuízo ao erário, em favor de determinado agente público. A Lei Complementar Estadual 33/94 dispõe em seu artigo 23, inciso V, que compete ao representante do Ministério Público promover

a execução dos julgados do Tribunal de Contas, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento, não se confundindo mencionado dever com a representação judicial da Fazenda Pública, afigurando-se, destarte, a atuação como **custos legis**, sendo parte legítima para a execução de título executivo decorrente de decisão do Tribunal de Contas de que resultou imputação de débito. Em se tratando de vícios que atingem atos praticados por agentes políticos, pela utilização indevida do dinheiro público, ocasionando enriquecimento de determinado agente, em detrimento do erário, em face da impossibilidade de sua convalidação e em decorrência de sua gravidade, implica inexistência do ato e, conseqüentemente, em imprescritibilidade, consoante a norma do artigo 37, parágrafo 5o, da Constituição da República de 1988. A decisão do Tribunal de Contas, a que se refere o inciso II do art. 71 da Constituição da República, tem a natureza de título executivo, consoante o parágrafo 3o, do art. 71 da Carta Magna, não podendo exigir-se, para a cobrança de multa ou restituição de numerário indevidamente, empregado pelo agente público, ou outro que tenha recebido dinheiro público para determinada finalidade, condicionada à prestação de contas, a submissão ao processo de conhecimento. Presentes se encontram os requisitos do artigo 586,

caput, da Lei Adjetiva, em certidão em que se constata possuir, por si só, força executiva, consoante preceito articulado no artigo 76, parágrafo 3o, da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigo 71, parágrafo 3o da Constituição Federal de 1988 e artigo 75 da Lei Complementar Estadual 33/94, pelo que ao devedor incumbe pagar o valor recebido indevidamente, acarretando prejuízo aos cofres públicos, sendo que para se desconstituir o referido título, mister se faz que se produza defesa e prova concretas e contundentes, capazes de afastar a liquidez, certeza ou exigibilidade do título. **(TAMG – AC 0294279-2 – 3ª C.Cív. – Relª Juíza Jurema Brasil Marins – J. 03.05.2000 - grifei)**

Já, a impenhorabilidade dos bens públicos “decorre de preceito constitucional que dispõe sobre a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública, *sem permitir a penhora de seus bens*”.⁴⁴ Dada a relevância do tema, a execução contra o Estado será analisada em capítulo estanque.

Por fim, no que diz respeito à não oneração dos bens públicos, consoante o escólio de **HELLY LOPES MEIRELLES**, “desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração

⁴⁴ **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 481.

de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real que não contasse com a execução direta da coisa onerada deixaria de satisfazer seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria, de modo algum, garantia real⁴⁵. Demais disso, de acordo com o mesmo publicista, "até do ponto de vista político seria desaconselhável, por vexatória e embaraçosa para a Administração, a execução pignoratícia ou hipotecária de bens do seu patrimônio".

c) Prerrogativas processuais da Fazenda Pública:

Conforme o já assinalado nas considerações iniciais deste Capítulo, o Estado, quando em Juízo, desfruta de certas prerrogativas processuais que visam, sobretudo, a salvaguardar, de um modo geral, o próprio interesse público.

Assim, passamos, agora, a elucidar, de maneira pormenorizada, cada uma das prerrogativas processuais de maior relevo, encontradas no estatuto processual civil vigente.

1. O artigo 27 do Código de Processo Civil:

Estabelece o artigo 27 da lei adjetiva que "as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou Fazenda

⁴⁵ In op. cit. p. 482.

Pública serão pagas, a final, pelo vencido”.

FAZENDA PÚBLICA – ADIANTAMENTO DE DESPESAS
– CONDUÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA –
DESNECESSIDADE – ART. 27 DO CPC – Por demandar
"a prestação jurisdicional no predominante interesse
comum e na defesa do patrimônio de todos", à Fazenda
Pública, enquanto parte na relação processual, é
dispensado tratamento diferenciado no que tange à
desnecessidade de adiantar as despesas
correspondentes aos atos processuais que requerer,
consoante o artigo 27 do CPC, cujas disposições restam
perfilhadas no âmbito da Lei nº 6.830/80 (Execuções
Fiscais) e da Lei Estadual nº 12.427/96 (Regimento de
Custas) (TJMG – AG 99.900/3 – 4ª C.Cív. – Rel. Des.
Caetano Carelos – J. 27.11.1997)

Consoante **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, “a
prestação da tutela jurisdicional é serviço público remunerado, a não ser nos casos
de miserabilidade, em que o Estado concede à parte o benefício da ‘assistência
judiciária’ (Lei nº 1.060, de 05.02.50). Por isso, tirante essa exceção legal, ‘cabe às
partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo’ (art.
19)”⁴⁶.

⁴⁶ **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1., p.78.

As despesas dos atos processuais a que alude o artigo 27 do Código de Processo Civil compreendem as custas e todos os demais dispêndios realizados com os atos processuais. Constituem-se “custas” todas as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos em decorrência da prática de um determinado ato processual e pertencem ao gênero dos tributos, na modalidade taxa, porque representam uma remuneração a um determinado serviço público **uti singulis** prestado no bojo de um determinado processo judicial. Já, por sua vez, “despesas” são todos os “demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, **caput**)”⁴⁷.

Não se sujeitam, pois, ao ônus da antecipação de preparo, a Fazenda Pública e o Ministério Público, compreendendo-se, no amplo conceito de “Fazenda Pública”, além das pessoas políticas, as autarquias, uma vez que estas “gozam de isenções de custas processuais - Lei nº 6.032/74, art. 9º. Por terem os mesmos privilégios da Fazenda Pública quando em juízo, as referidas autarquias só estão obrigadas ao ressarcimento das custas e das despesas processuais à parte contrária, a final, se vencidas na demanda – CPC, art. 27” (TFR – 5º R., Ac. unânime da 2ª T., p. 09/06/95, AI nº 4.142-RN, Rel. Juiz José Delgado).

2. O artigo 188 do Código de Processo Civil:

De acordo com o artigo 188 do aludido **codex**, “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte

⁴⁷ **Idem, ibidem.**

for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”⁴⁸.

É de se ressaltar que “não há distinguir, na aplicação do art. 188 do CPC, entre os casos nos quais o Ministério Público funciona como parte e os em que atua como **custos legis**, se nestes sua função é tão importante senão mais do que naquelas” (Ac. unâm. da 1ª T. do STF de 10/06/1983, no RE nº 93.531-SP, Rel. Min. Oscar Dias Corrêa; in RJT 106/1036; RT 578/253).

Por outro lado, “as autarquias, incluídas que estão na expressão ‘Fazenda Pública’, beneficiam-se do privilégio estatuído no art. 188, CPC” (Ac. unâm. da 2ª T. do STJ de 08/03/1995, no REsp. nº 58.689-PR, Rel. Min. Américo Luz).

Constituindo-se em um privilégio que deve ser interpretado restritivamente, o cômputo diferenciado de prazos, a teor do que dispõe o artigo em comento, apenas deve ser aplicado às hipóteses a que alude, sendo descabida, por conseguinte, a sua extensão às demais fixações de prazos, sejam legais, sejam judiciais. Assim, a título exemplificativo, não se computa prazo em dobro para a apresentação de contra-razões recursais.

No mais, com o fito de se obviar o entendimento segundo o qual o dispositivo ora em comento não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, em virtude de sua incompatibilidade com o princípio da isonomia, insculpido no **caput** do artigo 5º da Lei Fundamental, de toda a conveniência trazer-se à

⁴⁸ É de se ressaltar que já não mais vigora a Medida Provisória nº 1774-20, de 14 de dezembro de 1998, que havia estendido o privilégio do cômputo em dobro do prazo para o ajuizamento de ação rescisória.

colação os argumentos assentes no v. acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 97.03.039047-1-SP, relatado pelo Exmo. Desembargador Federal⁴⁹, Dr. **ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS**, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **in verbis**:

“Ementa oficial: Constitucional: a norma constitucional da igualdade e o art. 188 do CPC. Norma processual que defere prazos maiores à Fazenda Pública e ao Ministério Público para contestar ou recorrer, **discrimen** embasado em finalidades encampadas no sistema constitucional positivo. Norma processual de ordem pública. Validade. Recepção pela Constituição Federal de 1998 (sic). I – A exata compreensão de norma legal em face da norma constitucional da igualdade é aferível ao lume de dois elementos: fator discriminador e finalidade da norma. II – A norma legal é válida quando o elemento **discrimen** guardar correlação lógica e concreta em função de uma finalidade perseguida pelo sistema constitucional positivo. III – O dispositivo processual que defere prazos maiores à Fazenda Pública e ao Ministério Público para contestar ou recorrer é de ordem pública. Sua inobservância determina a nulidade dos atos processuais subseqüentes. IV – Ante a conformidade do art. 188 do CPC à norma constitucional da igualdade (CF, art. 5º), é de se reconhecer a validade da norma processual, recepcionada que foi pela Constituição Federal de 1998 (sic). V – Agravo provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, decide a 2ª T. do TRF da 3ª Região, por v.u., dar provimento ao agravo de

⁴⁹ Entendo que a auto-designação de “Desembargadores Federais”, adotada pelos magistrados dos Tribunais Regionais Federais, é imprópria e não guarda consonância com a Constituição Federal de 1988 porque o seu artigo 107, **caput**, intitula-os, simplesmente, de juizes, reservando o **nomen juris** de Desembargadores, apenas e tão-somente, aos magistrados integrantes dos Tribunais de Justiça dos Estados Federados.

instrumento, nos termos do voto do Sr. Desembargador Federal-relator, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei. São Paulo, 11 de maio de 1999 – ARICÊ AMARAL, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Des. Federal Aricê Amaral (relator): O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS agrava de instrumento da decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Piracicaba-SP, reproduzida a f., que fixou o prazo de 15 dias para o ora recorrente contestar ação ordinária, sob o fundamento de inconstitucionalidade do art. 188 do CPC.

O agravante alega, em síntese, que o art. 188 da Lei Processual Civil foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Argumenta que a prerrogativa deferida no citado preceito processual à Fazenda Pública não fere o princípio da isonomia estabelecido na Lei Maior.

Sustenta que, em face da desigualdade de condições entre os litigantes nas causas em que a Fazenda Pública figura como parte, afigura-se indubitosa a validade da norma processual que lhe deferiu tratamento diferenciado a maior para contestar ou recorrer.

Pugna, assim, pela reforma do ato agravado.

O agravado respondeu às f.

O MM. Juiz **a quo** prestou informações (f.).

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Des. Federal Aricê Amaral (relator):
Cuida-se, **in casu**, saber se o art. 188 do CPC guarda compatibilidade com a norma instituinte do princípio da isonomia, esculpida na primeira parte do art. 5º da CF.

A Lei Maior em seu art. 5º dispõe:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

A seu turno, o art. 188 do CPC preceitua:

“Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

O desate da questão posta carece ser apreciado ao lume da cláusula constitucional relativa à igualdade perante a lei.

O conceito de igualdade concebido por Aristóteles na Antiguidade e desenvolvido entre nós por Ruy Barbosa, traduz fórmula correta e insuperada: “A lei deve tratar desigualmente as pessoas desiguais, na proporção em que se desiguam”.

A expressiva formulação barbosiana, contudo, não é suficiente à verificação se determinada norma legal acha-se ou não positivada em observância ao cânone constitucional da igualdade.

Daí por que a exata compreensão da norma legal diante do princípio da isonomia cabe ser apurada e resolvida à luz de dois elementos: a) fator discriminador; b) finalidade da norma.

O elemento **discrimen** não é autônomo em relação ao elemento finalidade. Isoladamente, o primeiro não tem o condão de fornecer o critério de validade ou não da norma legal. Indispensável, pois, que sua potencialidade jurídica repouse numa correlação lógica e concreta aferível em face do elemento finalidade, ou seja, em razão de interesses perseguidos pelo sistema constitucional positivo.

Em fecundo estudo sobre a temática, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

“O ponto modular para o exame da correlação de uma regra em face do princípio da isonomia reside na existência ou não de correlação

lógica entre o fator erigido em critério de **discrimen** e a discriminação legal decidida em função dele” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Ed. RT, 1978, p. 47).

Destarte, a norma legal é válida, e, assim, conforme a Constituição, quando o fator **discrimen** nela estatuído estiver acobertado por nexos lógico concreto em face de uma finalidade encampada no Texto Constitucional.

É de rigor, então, verificar se o art. 188 do CPC acha-se positivado segundo os critérios identificadores de sua validade ante a norma constitucional de isonomia.

No caso, o traço desigualador contido na norma legal refere-se ao tratamento processual diferenciado atribuído à Fazenda Pública para contestar ou recorrer, decorrente de desigualdade reconhecida pelo legislador ordinário.

Diga-se, de imediato, que o **discrimen** inscrito na norma processual esteia-se em fundamentação lógica e concreta abrigada em finalidades reconhecidas pelo sistema constitucional vigente.

Com efeito, a Fazenda Pública, entidade representativa da defesa de interesses indisponíveis do Estado, submete-se a regime jurídico próprio.

De forma perceptível, **icto oculi**, a Fazenda Pública não

pode ser considerada como um litigante comum. Sua funcionalidade imediata se faz em prol da **res publica**, e de forma mediata em favor da sociedade e do indivíduo. Isso a torna merecedora de proteção especial e, assim, de tratamento processual diferenciado para contestar ou recorrer. Inafastável, pois, que a Fazenda Pública desempenha atividade voltada à defesa de interesses públicos indisponíveis.

Afigura-se, assim, inquestionável que o art. 188 do CPC trata-se de norma de ordem pública. Logo, de aplicação obrigatória.

Tal entendimento justifica-se, ainda, ante a indubitosa complexidade da atuação do aparelho estatal no mundo contemporâneo. Afigura-se, assim, indubitoso que o bom e regular andamento de expedientes na esfera administrativa exige tramitação adequada e segura, não passível de ser ultimada às pressas e a curto prazo.

Emerge, assim, à evidência que a Fazenda Pública, em suas operações administrativas, não tem condições de funcionalidade material e temporal iguais àqueles hospedadas pelo litigante comum.

Demais disso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV e LV, assegura à parte ré o direito de contestar, sob os auspícios do princípio da ampla defesa.

A Fazenda Pública, para que possa oferecer uma defesa completa e efetiva, carece de informações e de elementos probatórios a serem

coletados em diversas unidades, mediante procedimento administrativo regular. Isso, por óbvio, não pode ser obtido num breve lapso temporal.

Forçoso, pois, se reconhecer que o privilégio legal deferido ao ente público para contestar ou recorrer com prazo maior não se ressentir de eiva, vez que o **discrimen** deferido à Fazenda Pública guarda inteira harmonia com finalidades prestigiadas pelo sistema constitucional positivo.

Sendo inquestionável a validade da norma contida no art. 188 do CPC, é de se concluir que o citado preceito processual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1998 (sic).

Por último, sublinhe-se que o entendimento suso expandido se encontra albergado em julgados do C. STF e do E. STJ, como anotado por Theotônio Negrão no *Código de Processo Civil*, 30. ed., Saraiva, 1999, p. 253:

“Art. 188:3. Mantém-se o benefício estabelecido pelo art. 188 do CPC, mesmo após o advento da Carta Política de 1988 (STJ – 2ª Seção, AR 250-MT, AgRg, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.1990, p. 7.317). No mesmo sentido: STF – 1ª T., RE 181.138-2-SP, Min. Celso de Mello, j. 06.09.1994, conheceram e deram provimento, v.u., DJU 12.05.1995, p. 13.019, STJ 187/127”

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento do INSS.

É o voto.”

3. O artigo 475 do Código de Processo Civil:

Dispõe o artigo 475 do Código de Processo Civil que “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º. Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”⁵⁰.

De acordo com o princípio do duplo grau de jurisdição, é concedido à parte sucumbente o direito processual de recorrer para o órgão jurisdicional que detenha a competência recursal, a fim de que a matéria decidida

⁵⁰ A redação do artigo 475 do Código de Processo Civil foi modificada com a entrada em vigor da Lei Federal nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Assim era a antiga redação do artigo 475 do Código de Processo Civil: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra a União, o Estado e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

seja reexaminada e novamente julgada. Cuida-se de um direito concedido à parte vencida, que dele poderá valer-se ou não, sendo os recursos postos à disposição dos sucumbentes todos voluntários uma vez que a exercibilidade do princípio está na dependência da vontade da parte vencida almejar submeter a causa a reexame pelo órgão hierarquicamente superior.

MOACYR AMARAL SANTOS, referindo-se ao dispositivo ainda antes da mencionada alteração, como os julgados que a seguir se trará à colação, leciona que “visando, porém, ao resguardo de certos interesses de ordem pública (interesses de família, da União, do Estado, ou do Município e da Fazenda Pública), a lei, no art. 475 do Código de Processo Civil, prescreve a exigibilidade do cumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição, sempre que aqueles interesses não tenham prevalecido na sentença. **Isso se dá apenas relativamente à sentença**” (grifei)⁵¹.

Postas essas considerações, é de se observar que apenas as sentenças, ou seja, os atos pelos quais o juiz põe termo ao processo, adentrando ou não no mérito da demanda, é que se submetem ao necessário reexame da matéria como condição objetiva de sua eficácia, e não as decisões interlocutórias, que possuem a aptidão legal para a produção de efeitos desde o momento de sua publicação, mesmo que, de qualquer forma, venham a ser proferidas em dissonância com o interesse da Fazenda Pública⁵².

⁵¹ **SANTOS**, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª Ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000, v. III, p. 99.

⁵² AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO DESDE LOGO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESCRIÇÃO NÃO ALEGADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO – OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO –

Por outro lado, apenas as sentenças definitivas⁵³ proferidas em processo de conhecimento é que se sujeitam ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não se aplicando a regra em comento aos atos judiciais que encerram o processo de execução ou cautelar.

Com efeito, o escopo do processo executório não é a obtenção de uma sentença que acolha ou rejeite uma pretensão externada pelo demandante, mais sim a efetivação de atos que invadam, coercitivamente, o patrimônio do devedor com o intuito da realização de uma prestação de direito material, representada em um título executivo. Sendo a Fazenda Pública a integrante do pólo ativo da relação processual executiva, não é dado cogitar-se da existência de decisão definitiva que contrarie o interesse público que representa, pois, de duas a uma, ou a execução se encerra com base em uma das hipóteses do artigo 794 do Código de Processo Civil, quando então houve a realização da

DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA – PRESSUPOSTOS PRESENTES – POSSIBILIDADE – ART. 475 DO CPC – INAPLICABILIDADE – EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO – ART. 100, DA CF – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRESTAÇÃO CONTINUADA – PRESCINDIBILIDADE – EFEITO VINCULANTE DA ADC – Nº 4 – INAPLICABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – A prescrição, embora seja questão de ordem pública, deve ser objeto de apreciação prévia na instância de 1º grau, pois o Juiz a quo não encerrou a prestação jurisdicional. Assim, a emissão de juízo em sede recursal constituiria em indisfarçável supressão e inversão da ordem constitucional das instâncias, o que é característico do sistema jurídico brasileiro em vigor. Defere-se a antecipação de tutela se presentes os seus pressupostos legais. O art. 475, II, do CPC, não desautoriza o deferimento da tutela antecipada, seja porque sujeita somente as sentenças de mérito e não as decisões de caráter provisório, como é o caso das liminares e da tutela antecipada, seja porque o privilégio nele assegurado, oriundo da prevalência do interesse público sobre o particular, tem o condão unicamente de isentar o Poder Público da necessidade de recorrer, pois o inconformismo é presumido. No caso de obrigação de fazer infungível, que se satisfaz por meio de prestações continuadas seu cumprimento não se efetiva mediante expedição de precatório, mas com simples inclusão dos agravados na folha de pagamento de pensionistas do Estado de Mato Grosso do Sul, (inteligência do art. 461 do CPC). A vinculação da decisão da Suprema Corte não alcança o instituto da tutela antecipada, porquanto esse efeito é endereçado às sentenças definitivas de mérito, consoante dispõe o art. 102, § 2º, da Carta Constitucional de 1988. (TJMS – AgRg 72.102-8/01 – Campo Grande – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – J. 29.03.2000)

⁵³ PROCESSO CIVIL – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – REMESSA EX OFÍCIO – I- É pressuposto do duplo grau, nos termos do art. 475, II, do CPC, a sucumbência da Fazenda Pública. II- Remessa de que não se conhece. (TRF 1ª R. – REO 01000330601 – GO – 3ª T. – Rel. Juiz Candido Ribeiro – DJU 15.12.2000 – p. 44)

pretensão de direito material do ente público, seja porque o devedor satisfizes sua obrigação ou obteve, por transação ou qualquer outro meio a remissão total da dívida ou, em último caso, quando o Estado renunciou expressamente ao seu crédito, inexistindo, neste caso, qualquer substituição de vontade por imposição jurisdicional, ou quando o processo extinguiu-se em virtude de um dos casos do artigo 267 do mesmo estatuto processual, quando, então, prejuízo nenhum existiu para as partes porque a adveniência de sentença terminativa não obstaculiza, salvo a hipótese do inciso V do aludido artigo, a repositura de nova ação, inclusive com o mesmo pedido e causa de pedir. Já, integrando a Fazenda Pública o pólo passivo da relação processual executiva, também não é dado cogitar-se da aplicação do artigo 475 do Código de Processo Civil porque ou a pretensão de direito material do credor funda-se em título executivo judicial, onde já foi observada a regra do duplo grau de jurisdição obrigatório, ou funda-se em título executivo extrajudicial, que possui eficácia absolutamente idêntica à sentença judiciária transitada em julgado.

Observe-se que o inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil apenas incidirá em se tratando de dívida ativa da Fazenda Pública perseguida por intermédio do processo regulado pela Lei nº 6.830/80, quando o julgador acolher os embargos à execução fiscal opostos pelo devedor, reconhecendo a inexistência de relação de débito-crédito entre as partes.

Não obstante, de acordo com iterativo, mando e pacífico entendimento jurisprudencial, malgrado os embargos à execução, regulados pelos artigos 741 **usque** 745 do Código de Processo Civil, possuam a natureza jurídica de processo de conhecimento incidental, a sentença nele proferida, não se sujeitará ao

reexame necessário do artigo 475, vigorando, na hipótese, a regra do artigo 520, inciso V, da aludida lei adjetiva tão-somente⁵⁴.

⁵⁴ EMBARGOS À EXECUÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA – DESCABIMENTO – I – A lei deve ser interpretada de modo a que nenhum de seus dispositivos seja tido como supérfluo. Quisesse o legislador submeter ao duplo grau obrigatório as sentenças proferidas fora da fase de cognição, não teria ressalvado as sentenças proferidas em sede de execução (art. 475, III, do CPC). II – Por outro lado, os Tribunais Pátrios são uníssonos no sentido de que não cabe remessa necessária em face de sentença que julga liquidação por cálculo aritmético (Lei nº 6.071/74). A sentença proferida nos embargos à execução nada mais é do que substitutiva daquela que antes da Lei nº 8.898/94 julgava os cálculos do Contador. É, portanto, de subsistir o entendimento segundo o qual não cabe reexame necessário da sentença proferida nos embargos do devedor. III – Cabe, ainda, investigar o interesse jurídico prevalentemente protegido pela lei, que, nesta hipótese, é o da rapidez na execução. O risco de se produzir uma injustiça na liquidação de sentença é bem menor do que o risco da injustiça produzida pela demora excessiva na execução, em virtude da possibilidade exacerbada de recursos. Aquele risco é ainda menor se se tiver em vista o regime de pagamento por precatório. IV – Em prol desse entendimento pesa ainda a regra de que os privilégios processuais devem ser interpretados restritivamente, em homenagem ao princípio da igualdade processual, de inspiração constitucional. V – Agravo regimental improvido. (TRF 2ª R. – AgRg-AC 99.02.00408-3 – (189.789) – 3ª T. – Relª Juíza Maria Helena – DJU 07.11.2000 – p. 117)

AGRAVO INTERNO – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO – ART. 475, II DO CPC – PRECEDENTES – JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA DAS TURMAS INTEGRANTES DA TERCEIRA SEÇÃO – DESPICIENDA ARGUMENTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – I – Conforme uníssona jurisprudência das Turmas integrantes da Terceira Seção: É de rigor o recebimento da apelação interposta contra sentença que julgou improcedente embargos à execução apenas em seu efeito devolutivo, *ex vi* do art. 520, V, do CPC, prosseguindo-se a execução provisória contra a fazenda pública nos termos do art. 730.. Precedentes: REsp 226.228/RS, DJ 28.02.2000, REsp 233.695/SC, DJ 21.02.2000. II – Desta forma, despicienda a pretensão de reforma do julgado, cuja presunção se ampara em precedente isolado desta Corte, o qual restou superado, tendo em vista a hodierna e uníssona jurisprudência da Terceira Seção. III – Agravo regimental desprovido. (STJ – AGRESP 204806 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 04.06.2001 – p. 00203)

AGRAVO REGIMENTAL – PREVIDENCIÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – 1. A sentença proferida em sede de embargos à execução não está sujeita ao reexame necessário, por força do disposto no inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil, que o restringe, no processo de execução, à "sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, VI)." 2. O inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil rege o duplo grau obrigatório no processo de conhecimento. 3. Longe de incompatíveis as disposições dos artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, ajustam-se à perfeição, na exata medida em que o reexame necessário, no processo de execução, é restringido pelo inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil apenas à hipótese de "sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI)" e o inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil suprime o efeito suspensivo à apelação da sentença que "rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes", exurgindo manifesta a relação norma especial – norma geral que se estabelece entre as disposições legais processuais em questão. 4. E tanto mais evidentes se fazem a sustentada restrição do reexame necessário, no processo de execução, e a relação norma especial – norma geral que se estabelece entre os artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, quanto se tem presente que a alusão "(artigo 585, inciso VI)", na disposição inserta no inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil, determina que se a recolha como a hipótese legal da sentença que julgar improcedente, não, a execução, mas, sim, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, o que, mais uma vez, põe na luz da evidência a sua pertinência exclusiva ao processo de execução e, neste, a restrição do reexame necessário aos embargos à execução de dívida ativa, quando julgados improcedentes e, pois, contra a Fazenda Pública. 5. Pedido manifestamente

Por outro lado, tratando-se de processo cautelar, de acordo com a disposição expressa do inciso IV do artigo 520 do Código de Processo Civil, a sentença nele proferida terá a aptidão legal para a produção de efeitos **in continenti**. Tratando-se o processo cautelar do meio hábil a obviar o **periculum in mora** e a garantir complexivamente o interesse de agir do requerente em um processo principal (de conhecimento ou de execução), seria ilógico condicionar a produção de efeitos da medida cautelar deferida pelo julgador ao necessário reexame da matéria, quando então, em virtude da **dilatio temporis** necessária para o exercício do duplo grau de jurisdição, o direito invocado pelo demandante já

improcedente. Agravo regimental improvido." (STJ – AGRESP 258112 – SC – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 23.10.2000 – p. 208)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – APELAÇÃO – EFEITO DEVOLUTIVO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – IMPROPRIEDADE – A remessa **ex officio**, prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil, providência imperativa na fase de conhecimento, sem a qual não ocorre o trânsito em julgado da sentença, é descabida em fase de execução de sentença. – É de rigor o recebimento da apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução apenas em seu efeito devolutivo, **ex vi** do artigo 520, V, do CPC, prosseguindo-se a execução provisória contra a Fazenda Pública nos termos do artigo 730. – Recurso ordinário desprovido. (STJ – ROMS 11028 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 04.06.2001 – p. 00253)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA – ART. 475, II, CPC – DESCABIMENTO – EFEITO DEVOLUTIVO – ART. 520, V, CPC – A sentença que julga os embargos à execução de título judicial opostos por autarquias e fundações não está sujeita ao reexame necessário art. 475, II, do CPC, tendo em vista que a remessa **ex officio, in casu**, é devida apenas em processo cognitivo, não sendo aplicável em sede de execução de sentença, por prevalecer a disposição contida no art. 520, V, do CPC. Precedentes. Recurso desprovido. (STJ – RESP 304762 – SC – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 04.06.2001 – p. 00237)

PROCESSUAL CIVIL – REMESSA NECESSÁRIA – DECISÃO MONOCRÁTICA – ARTIGO 557 DO CPC – POSSIBILIDADE – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SUJEIÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO – DESCABIMENTO – Pode o relator, amparado no artigo 557 do CPC, decidir monocraticamente a apelação e a remessa necessária, sem incorrer em violação ao duplo grau de jurisdição. É descabida a sujeição ao reexame necessário, regido pelo artigo 475, inciso II do CPC, da sentença proferida em sede de embargos à execução opostos por autarquia, devendo prevalecer a regra contida no artigo 520, inciso V do CPC. Orientação jurisprudencial firmada pela Egrégia Corte Especial do STJ. Recurso improvido. (STJ – RESP 319291 – PB – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 27.08.2001 – p. 00236)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – ARTS. 475, II E 520, III E V, DO CPC – LEI 9.469/97 – I – A via do recurso especial não se presta à alegação de maltrato a dispositivos constitucionais. II – O duplo grau previsto pelo art. 475, II, do CPC com a extensão que lhe deu o art. 10 da Lei 9.469/97 é aplicável apenas às sentenças da fase de conhecimento, enquanto o art. 520, III e V o é em sede de execução de sentença. III – Recurso conhecido, mas desprovido. (STJ – RESP 267756 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.02.2001 – p. 00222)

poderia haver perecido.

Por fim, mister se faz, por oportuno, esclarecer que o artigo 10 da Lei nº 9.469/97 estendeu às autarquias e fundações públicas os benefícios atinentes ao cômputo diferenciado de prazos (artigo 188 do Código de Processo Civil) e a imposição do reexame necessário regulado pelo artigo ora em testilha, já não mais vigorando, portanto, a Súmula 620 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

4. O parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1.533/51:

De igual forma ao artigo 475 do Código de Processo Civil, o parágrafo único do artigo 12 da Lei do Mandado de Segurança impõe o duplo grau de jurisdição obrigatório para as sentenças concessivas da segurança requerida pelo impetrante, diferenciando, contudo, do dispositivo constante do estatuto processual pelo fato de não condicionar a eficácia do **decisum** ao necessário reexame da matéria, de modo que a sentença proferida no **mandamus** possui a aptidão legal para a produção de efeitos desde logo⁵⁵.

⁵⁵ PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – REEXAME NECESSÁRIO – CABIMENTO – ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 1.533/51 – A sentença concessiva de mandado de segurança está sujeita a reexame necessário, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, mesmo na hipótese de impugnação de ato emanado de dirigente de sociedade de economia mista, não se tratando de aplicação do art. 475, do Código de Processo Civil. – Recurso especial conhecido. (STJ – RESP 280292 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 04.06.2001 – p. 00269)

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – LEI 1.533/51, ART. 12, PAR. ÚNICO – 1. O reexame necessário das sentenças concessivas de Mandado de Segurança decorre da legislação específica: Lei nº 1.533/51, art. 12, parágrafo único, afastando-se incidência da regra do CPC, art. 475, de aplicação apenas subsidiária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – RESP 253723 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 27.11.2000 – p. 180)

Não obstante, de acordo com os artigos 5º, parágrafo único, e 7º, ambos da Lei nº 4.348/64, as sentenças proferidas em mandados de segurança que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que importem na outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional submetem-se ao necessário reexame da matéria como condição objetiva de sua eficácia.

5. O artigo 14 da Lei nº 7.347/85:

Segundo o artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública, “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”. Assim, deduz-se que a sentença proferida em sede de ação civil pública possui a aptidão legal para a produção de efeitos **in continenti**, não se sujeitando à regra do artigo 475 do Código de Processo Civil, uma vez que a norma especial afasta a incidência, **in casu**, da norma geral.

6. A Fazenda Pública demandada em processo de execução:

Dentro deste capítulo atinente às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, mister se faz tecer algumas considerações acerca do peculiar procedimento de execução a que se sujeita o Estado.

Conforme ressaltado alhures, sobre os bens integrantes do acervo patrimonial da Fazenda Pública para os atributos, constitucionalmente

impingidos, da imprescritibilidade, indisponibilidade, impenhorabilidade e não sujeição a qualquer modalidade de oneração.

Tal adjetivação, como não poderia deixar de ser, implica na idealização de uma sistemática diferenciada no **modus exequendi** dos débitos estatais, na medida em que a extensão do mandado executivo a que alude o artigo 652 do Código de Processo Civil aos processos de execução em que figura a Fazenda Pública como integrante do pólo passivo da relação processual encontraria sérias empecos à norma constante do artigo 100 da Constituição Federal.

Assim, em consonância com os ditames do aludido preceito constitucional, que logo a seguir será analisado com maior cautela, aplica-se o procedimento específico, regulado pelos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, que tratam, justamente, da forma de execução dos débitos pecuniários por quantia certa em face das pessoas jurídicas de direito público, com vistas à compatibilização da realização da pretensão de direito material do credor (transferência patrimonial) com as normas que impõem a impenhorabilidade dos bens pertencentes ao Estado.

Não obstante, com o intuito de uma análise mais detida sobre o tema, passamos a cindir o tema nos tópicos abaixo enumerados:

De acordo com o artigo 730 da referida lei adjetiva, “na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em dez (10) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-

se-ão as seguintes regras: I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

6.1. Conceito de título executivo:

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, com a maestria que lhe é peculiar, preleciona que título executivo “é o ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequada as medidas de execução forçada para a atuação da vontade da lei. Ainda quando o ingresso em juízo seja necessário para obter o bem almejado, só se tem legítimo acesso às vias executivas quando a pretensão estiver amparada por título executivo”⁵⁶.

Assim, a par das discussões acadêmicas atinentes à natureza jurídica do título judicial, por uns reputados como documento e, por outros, verdadeiro ato jurídico, desconsiderando-se a forma pela qual se exteriorizam, relevante se faz a assimilação de que o título executivo, ao lado do inadimplemento voluntário da obrigação de direito material pelo devedor, é o meio hábil a tornar adequada a via processual executiva ao credor, conferindo-lhe legítimo interesse processual para a propositura de ação de execução em juízo, cujo processo correlato, seria, sem ele, liminarmente, extinto, de acordo com os artigos 267, incisos I e VI, 295, inciso III, e 598, todos do Código de Processo Civil.

⁵⁶ **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 456.

Com efeito, consistindo o interesse de agir na utilidade potencial de o exercício da atividade jurisdicional ser apto a conferir algum benefício jurídico ao demandante e ao próprio Estado (uma vez que lhe interessa a rápida aplicação da lei ao caso concreto, com vistas à composição da lide), deduz-se que o aludido interesse processual origina-se do sincretismo da necessidade concreta do processo e da adequação da via processual eleita com o provimento jurisdicional postulado.

Conseqüentemente, acaso intentasse o credor valer-se das vias executivas desapossado de título hábil a torná-la adequada, seria reputado carecedor de uma das condições da ação, com os corolários já explicitados.

6.2. Títulos executivos que possibilitam a promoção de ação de execução em face da Fazenda Pública:

Controverte a doutrina acerca da admissibilidade dos títulos executivos extrajudiciais como fonte legitimadora da propositura de ação de execução em face da Fazenda Pública.

VICENTE GRECO FILHO, procedendo a uma interpretação meramente literal do **caput** do artigo 100 da Constituição Federal conclui pela inadmissibilidade do embasamento de execução em título extrajudicial, uma vez que o legislador constituinte, ao determinar que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal far-se-ão exclusivamente

virtude de sentença judiciária transitada em julgado, afasta quaisquer outros títulos executivos, senão a própria sentença definitiva já não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Todavia, salvo melhor juízo, essa orientação não pode prosperar porque, como é cediço, de acordo com o vigente Código de Processo Civil, o título executivo extrajudicial equivale à sentença condenatória transitada em julgado, na medida em que ambos, intrinsecamente, possuem a mesma carga executiva emergente e conferida pela coisa julgada.

A par disso, nota-se que o aludido estatuto processual apenas procedeu à diferenciação entre as duas modalidades de títulos por ocasião do estabelecimento das matérias deduzíveis em sede de embargos do devedor, conforme depreende-se do cotejo de seus artigos 741 e 745.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, com a proficiência que lhe é peculiar, neste aspecto, bem esclarece que "se é certo que a força executiva dos títulos extrajudiciais é a mesma da dos títulos judiciais, menos exato não é que, nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, a cognição é completa e ampla (art. 745), ao reverso do que sucede com aquela baseada em título judicial, que é restrita e limitada, e não atinge, de modo direto, o direito reconhecido na sentença, a não ser quando tenha havido causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença (art. 741)"⁵⁷

⁵⁷ **MARQUES**, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Atualizada. Campinas: Millennium Editora, 1998, p. 44.

Tal entendimento pela admissibilidade do embasamento de execução contra a Fazenda Pública em título extrajudicial encontra respaldo, inclusive, na vertente doutrinária encabeçada por **PONTES DE MIRANDA, CELSO NEVES, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR** e outros.

Demais disso, o próprio princípio da isonomia, insculpido no **caput** do artigo 5º da Constituição Federal, corrobora tal entendimento, uma vez que, podendo o Poder Público criar, unilateralmente, os seus próprios títulos executivos extrajudiciais para a propositura da ação regulada pela Lei nº 6.830/80, nada mais justo admitir a propositura de demanda executiva em face da Fazenda Pública embasada em título extrajudicial adveniente de negócio jurídico constituído **secundum legem**.

Afora essas considerações, há quem entenda que a Constituição Federal, ao aludir, precipuamente após o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, à sentença judiciária trânsita em julgado, pretendeu restringir a propositura de execução, e subsequente expedição de precatórios, apenas diante de título executivo que guarde a máxima certeza acerca da existência de relação de débito-crédito, adveniente da segurança jurídica obtida ao cabo do procedimento pelo qual se desenvolveu o processo de conhecimento, atendidos os princípios do contraditório e ampla defesa, como meio de resguardo ao dinheiro público.

Tal frágil proposição reside na equivocada interpretação da “certeza”, atributo indispensável aos títulos executivos, exigida pela norma

constante do **caput** do artigo 586 do Código de Processo Civil.

Segundo **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, "nem o mais idôneo de todos os títulos executivos, que é a sentença civil condenatória passada em julgado, seria capaz de atestar a existência do crédito no momento da execução: o lapso que medeia entre sua prolação possibilita a extinção do crédito pelo próprio adimplemento, por prescrição, novação **etc**"⁵⁸.

Assim, a certeza exigida pelo artigo 586 da lei de ritos denota, apenas, a ausência de dúvidas sobre os elementos da relação jurídica de direito material, ou seja, a definição dos sujeitos (credor e devedor) e a natureza da relação jurídica de direito material e do seu objeto, e não a certeza quanto à existência do crédito no momento do ajuizamento da ação executiva.

6.3. A regra do artigo 100 da Constituição Federal:

Dispõe o artigo 100 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000:

CF, Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica

⁵⁸ In *Execução Civil*, cit., p. 489.

de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§1º-A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§2º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do

credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§3º. O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§4º. A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§5º. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular do precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

O termo "precatório" possui etimologia dúbia e, ao que tudo indica, sua origem advém do latim **precatio**, que denota súplica, petição ou rogo.

Todavia, dentro da sistemática constitucional e processual

civil brasileira, a acepção de precatório diverge da de suas origens etimológicas, na medida em que corresponde a uma verdadeira requisição, ou seja, ordem emanada da autoridade judiciária competente para que uma determinada pessoa jurídica de direito público inclua a anotação de um determinado débito em seu orçamento e venha, no prazo constitucionalmente assinalado, a satisfazê-lo, de acordo com a “ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos”.

No que diz respeito ao crédito ao prazo para a satisfação dos débitos consignados nos precatórios expedidos, a Constituição Federal determina que, caso apresentados até o dia 1º de julho, o pagamento dê-se até o final do exercício seguinte, com os valores monetariamente atualizados.

6.4. A regra do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000:

O artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, ao acrescentar o artigo 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituiu uma moratória à satisfação dos precatórios judiciais advenientes de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, que poderão ser liquidados, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos.

Como se vê, malgrado a duvidosa constitucionalidade do aludido preceito normativo, exurgido do poder constituinte derivado conferido pela Lei Fundamental ao Poder Legislativo Federal, o Estado impôs, unilateralmente, uma

dilação exacerbada de prazo para o cumprimento do comando insculpido no artigo 100 da Constituição Federal, atinente ao pagamento dos débitos judiciais, reconhecidos por sentenças judiciais transitadas em julgado, ou outros títulos com eficácia executiva análoga (v.g. demais títulos executivos extrajudiciais).

Em que pese às abalizadas opiniões em sentido adverso, o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000 contrasta com a garantia insculpida nos incisos XXXV do artigo 5º da Constituição da República porque impõe entraves injustificados à eficácia prática dos provimentos jurisdicionais, na medida em que a **dilatio temporis** maximizada para a satisfação dos precatórios implica, de maneira indireta, em violação ao princípio da adequada e oportuna prestação da tutela jurisdicional, princípio este que decorre da inafastabilidade da proteção judiciária contra qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo, no caso, violado pela própria conduta estatal.

É indubitável que os princípios acima referidos aplicam-se às atividades jurisdicionais de todas as naturezas, ou seja, cognitivas, executivas ou cautelares, de modo que a utilidade do ajuizamento de ação de execução em face da Fazenda Pública resta deveras comprometida e prejudicada, pois não se concebe que o credor tenha de aguardar mais de uma década para que a sua pretensão de direito material, reconhecida por decisão final prolatada em prévio processo de conhecimento (cujas morosidade de tramitação em todas as instâncias, inclusive as extraordinárias, comumente, extrapolam outros cinco ou seis anos), seja realizada pelos atos executórios desenvolvidos no bojo da atividade **juris satisfativa**.

Não obstante, a par das considerações acima alinhavadas, poder-se-ia objetar que a moratória constitucional instituída pela Emenda nº 30/2000 seria legítima porque solucionaria (ou ao menos postergaria a solução) para a complexa questão da falta de recursos para o atendimento de todos os encargos públicos, atinentes ao exercício da porção de competência distribuída pela Carta Magna à todas as pessoas políticas integrantes da Federação.

Todavia, nesse passo, à luz do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, não cabe ao Poder Judiciário dar a solução.

De toda a conveniência que se traga à baila excerto de julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, examinando questão análoga sobre fontes de custeio para as despesas públicas, teceu as seguintes considerações, que bem se adequam, **mutatis mutandis**, ao caso e servem para repelir totalmente estes argumentos:

“(…) A indagação, todavia, e com a devida vênias dos que entendem que, em contrário, não é daquelas que incumbe ao Judiciário responder, menos ainda tocando-lhe prestar colaboração à autarquia-ré ou ao Estado, na ereção ou construção de teses ou salvaguardas orçamentárias precipuamente destinadas, em última análise, a ‘driblar’ ou contornar situações que o legislador constituinte – bem ou mal – e, hélas, desavisadamente criou.

A Constituição foi feita para ser obedecida.

Seus erros – o que se alinha por mero amor ao debate acadêmico – devem ser reparados e/ou aperfeiçoados se efetivamente detectados, por quem de direito e através das vias próprias...” (cf. Apelação Cível nº 195.040-1).

Todavia, como os Tribunais não vêm questionando a legitimidade da norma do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, conforme depreende-se da coletânea de farto repertório jurisprudencial⁵⁹, de toda a

⁵⁹ PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – 1. O pagamento atualizado do débito trabalhista junto à Fazenda Pública é hoje imperativo constitucional expresso (nova redação ao art. 100, § 1º, da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000). Inequivoco, pois, que se impõe a atualização do crédito trabalhista junto à Fazenda Pública até a data do efetivo pagamento, sob pena de satisfação incompleta. 2. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 149728 – 1ª T. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 29.06.2001 – p. 654)

PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – 1. O pagamento atualizado do débito trabalhista junto à Fazenda Pública é hoje imperativo constitucional expresso (nova redação ao art. 100, § 1º, da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000). Inequivoco, pois, que se impõe a atualização do crédito trabalhista junto à Fazenda Pública até a data do efetivo pagamento, sob pena de satisfação incompleta. 2. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido. (TST – RR 398031 – 1ª T. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 04.05.2001 – p. 422)

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – SÚMULA Nº 193 DO TST – PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – 1. A Súmula nº 193 do TST, ao limitar a atualização do débito judicial das pessoas jurídicas de direito público até a data do pagamento do valor principal da condenação, é incompatível com a nova redação do art. 100, § 1º, da Constituição da República introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000. 2. Rezando a Constituição Federal que os precatórios serão pagos “até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente” (art. 100, § 1º, da CF/88), inequívoco que se impõe a atualização do crédito trabalhista junto à Fazenda Pública até a data do efetivo pagamento, sob pena de satisfação incompleta. 3. Cancela-se a Súmula nº 193 do Eg. TST.” (TST – IUJRR 149728 – TP – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 16.02.2001 – p. 553)

PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO – Após a edição da Emenda Constitucional nº 30, publicada no D.O.U de 14-9-2000, resta inócua qualquer discussão em torno da possibilidade de atualização dos valores dos precatórios judiciais, após 1º de julho. Efetivamente, dispõe o § 1º do art. 100 da Constituição Federal, em sua nova redação, que “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”. Recurso de revista não conhecido.” (TST – RR 389857 – 2ª T. – Rel. Min. Conv. Alberto Luiz Bresciani Pereira – DJU 16.03.2001 – p. 741)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO – SEQÜESTRO – 1. Mandado de segurança impetrado por Município contra seqüestro em conta-corrente de valor atualizado do débito. 2. Consignando o Precatário valor expresso em forma de índice oficial (TRDs), sem qualquer insurgência do Impetrante no mandado de segurança, não há direito líquido e certo à cassação da

ordem de seqüestro de quantia equivalente ao valor em pecúnia relativo à data em que se daria o pagamento. 3. O pagamento atualizado do débito trabalhista junto à Fazenda Pública é hoje imperativo constitucional expresso (nova redação ao art. 100, § 1º, da Constituição da República introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000 – de aplicação imediata aos processos em curso). 4. Recursos de ofício e ordinário aos quais se nega provimento. (TST – RXOFROMS 620503 – TP – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 09.02.2001 – p. 369)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO – ORDEM DE SEQÜESTRO – ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 78 DO ADCT – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30 DE 13-09-2000 – Tratando-se de precatório pendente quando da promulgação da EC nº 30/2000, é permitido o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação do crédito, desde que vencido o prazo para pagamento, ou seja, se não integralmente resgatado o débito até o final do exercício seguinte à sua inclusão no orçamento (art. 78 do ADCT, introduzido pela EC mencionada). Esse dispositivo tem aplicação imediata aos processos em curso. Remessa de ofício e recurso ordinário desprovidos. (TST – RXOFROMS 540507 – Seção Administrativa – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 16.03.2001 – p. 675)

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – SÚMULA Nº 193 DO TST – PRECATÓRIO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – 1. A Súmula nº 193 do TST, ao limitar a atualização do débito judicial das pessoas jurídicas de direito público até a data do pagamento do valor principal da condenação, é incompatível com a nova redação do art. 100, § 1º, da Constituição da República introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000. 2. Rezando a Constituição Federal que os precatórios serão pagos "até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente" (art. 100, § 1º, da CF/88), inequívoco que se impõe a atualização do crédito trabalhista junto à Fazenda Pública até a data do efetivo pagamento, sob pena de satisfação incompleta. 3. Cancela-se a Súmula nº 193 do Eg. TST. (TRT 8ª R. – AP 01216/2001 – 4ª T. – Relª Juíza Francisca Oliveira Formigosa – J. 08.05.2001)

MANDADO DE SEGURANÇA – DENEGAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – Não obstante a Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, autorize, em seu § 4º, ao Presidente do Tribunal, em caso de restar vencido o prazo previsto no art. 78, do ADCT, bem como na hipótese de omissão no orçamento ou preterição ao direito de precedência, a determinação de seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação, tem-se que, no caso, a presente ação mandamental foi impetrada em 09 de maio de 2000, anteriormente, portanto, à promulgação da referida Emenda Constitucional. Assim, no momento da impetração, não despontava para o impetrante o direito líquido e certo a que se procedesse o seqüestro de recursos financeiros do executado, por conta de omissão no orçamento. O permissivo para que o seqüestro se efetivasse, pois, somente havia na hipótese de demonstração da preterição ao direito de precedência. Nada obsta, no entanto, atualmente, que o impetrante formule requerimento, com base na EC 30/2000, nos autos do precatório, objetivando o seqüestro de recursos do Município, para pagamento de seu crédito, com fundamento em omissão orçamentária. (TRT 19ª R. – Proc. 2000000114-63 – Rel. Juiz Ricardo Gomes de Barros – J. 19.04.2001)

PRECATÓRIO COMPLEMENTAR – ENTE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – ARTIGO 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO – Não configura ilegalidade a determinação de expedição de precatório complementar, na execução que se processa perante o Juízo **a quo**, em face da atualização de débito então reconhecido, desde que ouvida a executada como ocorre na hipótese em tela, mormente em face da nova redação dada ao § 1º do art. 100 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/00. (TRT 20ª R. – AP 0279/01 – (680/01) – Rel. Juiz Josenildo dos Santos Carvalho – J. 10.04.2001)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – SEQÜESTRO – ATUALIZAÇÃO – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30/2000 – 1. Mandado de segurança impetrado contra ato de Juiz Presidente do TRT da 13ª Região que determina o seqüestro de crédito trabalhista em valor desatualizado. Acórdão concessivo da ordem determinando o seqüestro da "quantia correspondente à atualização". 2. O pagamento atualizado do débito trabalhista junto à Fazenda Pública é hoje imperativo constitucional expresso (nova redação ao art. 100, § 1º, da Constituição da República introduzida pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, de aplicação imediata aos processos em curso). 3. Tratando-se de precatório pendente quando da promulgação da EC nº 30/2000, é permitido

conveniência que se teça, ainda que de maneira perfunctória, algumas considerações sobre os lindes da aludida moratória constitucional do pagamento dos precatórios judiciais.

Primeiramente, mister se faz a transcrição do dispositivo ora em estudo:

EC nº 30/2000, Art. 2º. É acrescido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 78, com a seguinte redação:

“Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como

o "seqüestro de recursos financeiros da entidade executada", suficientes à satisfação do crédito, independentemente de novo precatório, desde que vencido o prazo para pagamento, ou seja, se não integralmente resgatado o débito até o final do exercício seguinte (art. 78, § 4º, do ADCT da CF/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000). 4. Recurso de ofício a que se nega provimento. (TST – RXOFMS 414838 – TP – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 15.12.2000 – p. 826)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – SEQÜESTRO – CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS – ART. 100 E §§ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 78, § 4º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30/2000 – 1. Mandado de segurança impetrado contra seqüestro de verba em conta corrente destinada ao custeio da construção de rodovia estadual. 2. A preterição do direito de precedência do credor e, com muito maior razão, a não-inclusão em orçamento de verba constante de precatório, enseja a decretação de seqüestro da quantia necessária ao pagamento atualizado do débito da Fazenda Pública. 3. Tratando-se de precatório pendente quando da promulgação da EC nº 30/2000, é permitido o "seqüestro de recursos financeiros da entidade executada", suficientes à satisfação do crédito, independentemente de novo precatório, desde que vencido o prazo para pagamento, ou seja, se não integralmente resgatado o débito até o final do exercício seguinte (art. 78, § 4º, do ADCT da CF/88, com a redação da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000 — de aplicação imediata aos processos em curso). 4. Recursos de ofício e ordinário a que se nega provimento. (TST – ROMS 501411 – TP – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 15.12.2000 – p. 827)

CONSTITUCIONAL – PRECATÓRIO – FALTA DE PAGAMENTO – INTERVENÇÃO FEDERAL – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000 – Altera redação do art. 100 da CF/88 e acrescenta o art. 78 no ato das disposições constitucionais transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais. Pequeno valor – artigo 100, par. 3º, da CF. (TJRS – REP 70001686146 – TP – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – J. 04.12.2000)

INTERVENÇÃO – PRECATÓRIO – Não pagamento pelo Estado do Rio Grande do Sul no prazo devido. Pedido de intervenção federal no Estado. Representação prejudicada, face ao disposto no artigo 78 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/2000. (TJRS – REP 70001363993 – TP – Rel. Des. Elvino Schuch Pinto – J. 30.10.2000)

de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 10 (dez) anos, permitida a cessão de créditos."

"§1º. É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor."

"§2º. As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora."

"§3º. O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para 2 (dois) anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse."

“§4º. O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.”

Conforme depreende-se do dispositivo ora em comento, restam afastados da incidência da eficácia da norma instituidora da moratória constitucional, além dos débitos judiciais definidos em lei como de pequeno valor⁶⁰, os precatórios que derivem de “ações iniciais” promovidas até 31 de dezembro de 1999, os precatórios que são objeto do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os precatórios de natureza alimentar, os precatórios que já estavam com os recursos liberados ou depositados em juízo na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 30, os precatórios originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse (estes terão prazo de parcelamento de até dois anos).

De acordo com **LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA** e **EDUARDO TALAMINI**, “é discutível a constitucionalidade dessa última previsão” (relativa aos precatórios advenientes de processo de desapropriação) “eis que a rigor o crédito atinente à desapropriação de

⁶⁰ REPRESENTAÇÃO – INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO – Tratando-se de dívida de pequeno valor, a hipótese não se insere na Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000. Representação acolhida, por maioria. (TJRS – REP 70002163368 – TP – Rel. p/o Ac. Des. Tael João Selistre – J. 21.05.2001)

imóvel deveria ser pago de imediato (ressalvadas as exceções contidas no próprio texto original da Constituição, tais como os arts. 182, § 4º, III, e 184), nem sequer entrando no regime de precatórios. Só assim se respeitaria a garantia constitucional de indenização *justa e prévia* (CF, art. 5º, XIV), que é uma 'cláusula pétrea' que nem mesmo por emenda constitucional poderia ser revista (CF, art. 60, § 4º, IV). O STJ tem decisões no sentido de não submeter tal crédito ao regime de precatório. O STF, porém, já decidiu no sentido oposto (embora não se possa dar a questão por pacificada)⁶¹.

Postas essas observações, relevante que se investigue, nesse passo, o alcance da expressão "ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999", constante do **caput** do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30.

Com efeito, a indagação que pode ser oposta por ocasião da exegese do aludido dispositivo refere-se à qual modalidade de ação a que o legislador constituinte almejou referir-se, ou seja, se à ação de conhecimento ou à própria ação de execução em face da Fazenda Pública.

Ao que tudo indica, apesar da falta de técnica ao adjetivar o direito de invocar a tutela jurisdicional como "ação inicial", objetivou o legislador referir-se, salvo melhor juízo, às ações de conhecimento em que discutisse a lide e objetivasse um provimento condenatório, com vistas à ulterior propositura de ação de execução com base neste título. E a razão é lógica porque, se assim não fosse, haveria infundada distinção entre títulos executivos (**rectius**: atos ou fatos jurídicos

⁶¹ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso avançado de processo civil*. 4ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 2. "Processo de Execução", p. 376/377.

dotados de aptidão legal para tornar adequada a via executiva ao credor) de mesma natureza e confeccionados em idênticas circunstâncias fáticas, o que, em última análise, mais uma vez restaria violada a garantia constitucional da igualdade formal, imposta pelo **caput** do artigo 5º da Constituição Federal⁶².

Por fim, cabe ressaltar que, em caso de não satisfação das prestações anuais, iguais e sucessivas, monetariamente atualizadas à época do efetivo pagamento e acrescidas de juros legais, tais parcelas passam a servir para a liberação de dívidas tributárias vencidas ou vincendas (a título de compensação) ou, a escolha do credor, poderá ser requerido o seqüestro⁶³ de recursos financeiros para satisfazer a prestação.

6.5. As regras dos artigos 730 e 731 do Código de

Processo Civil:

Dispõe os dispositivos ora em enfoque:

CPC, Art. 730. Na execução por quantia certa contra a

⁶² Mesmo com base nessa premissa, é de se indagar acerca da sujeição dos créditos embasados em títulos executivos extrajudiciais à moratória da Emenda Constitucional nº 30. Acreditamos que os títulos extrajudiciais sujeitar-se-ão à referida moratória caso constituídos até 31 de dezembro de 1999, entendimento este que se impõe com vistas à observância da identidade ontológica entre os títulos executivos, sejam ou não constituídos no bojo de uma relação jurídica processual, que sempre é instrumental a uma relação jurídica material, estabelecadora de uma situação passiva e uma situação ativa frente a uma determinada prestação.

⁶³ De acordo com o peculiar entendimento de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, seguindo a esteira de minoritária corrente doutrinária, esse seqüestro não é voltado diretamente contra a Fazenda Pública, pois, sendo seus bens impenhoráveis, são também “insequestráveis”. **Data venia**, com o aludido entendimento não se pode comungar porque, malgrado o atributo da impenhorabilidade dos bens públicos advenha da Constituição Federal, é a própria Carta Política que, nessa situação de inobservância de suas disposições, afasta, momentaneamente, na hipótese, a impenhorabilidade para o necessário restabelecimento da ordem jurídica violada, dando primazia, neste ínterim, ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário, constante do inciso XXXV de seu artigo 5º.

Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 30 (trinta) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

CPC, Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Os aludidos artigos do Código de Processo Civil disciplinam o rito procedimental a ser observado por ocasião da instauração de processo de execução em que figure como integrante do pólo passivo a Fazenda Pública.

Assim, tratando-se de processo, de acordo com o princípio dispositivo consagrado nos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, mister se faz que haja o regular exercício do direito de ação por quem detenha título hábil a tornar adequada a via executiva, com vistas à persecução judicial de

crédito líquido, certo e prontamente exigível em face de determinada pessoa jurídica de direito público que, integre o pólo passivo da relação jurídica de direito material, que possua como objeto uma prestação de pagar uma quantia em dinheiro.

Dessa forma, afora os requisitos genéricos para o regular exercício do direito de ação, constantes do Livro I do Código de Processo Civil, deve o credor do Estado observar as condições específicas para o ajuizamento da ação executória, encontradas, basicamente, nos artigos 566, 580, 583, 586 e 614, todos da mesma lei adjetiva. Nos quatro primeiros dispositivos encontram-se regras atinentes à legitimidade **ad causam** ativa para a propositura da ação de execução, formas de caracterização do interesse de agir (inadimplemento voluntário e presença de título com eficácia executiva) e atributos determinados na obrigação de direito material representada no título executivo (liquidez, certeza e pronta exigibilidade).

Por sua vez, o artigo 614 do Código de Processo Civil, nomeadamente o seu inciso II, determina que o credor, além de requerer expressamente a citação do devedor, deverá instruir a petição inicial com a memória atualizada e discriminada de seu crédito, de acordo com a regra do artigo 604 do mesmo **codex**, que estipula que, dependendo a aferição do crédito de meros cálculos aritméticos, constituirá ônus processual do demandante a aferição precisa do valor representativo de sua vantagem pecuniária, demonstrando a metodologia adotada para a sua determinação, cuja regularidade material poderá, eventual e futuramente, ser impugnada pelo devedor por intermédio da ação de embargos.

Fixadas essas premissas, estando presentes os

pressupostos processuais e as condições da ação, determinará o juiz da execução a citação do ente fazendário para que, no prazo legal, venha a cientificar-se da demanda executória, bem como para que, querendo, oponha embargos à execução, caso presentes uma das hipóteses enumeradas nos artigos 741 ou 745 do Código de Processo Civil.

Observe-se que, diferentemente do que ocorre com as demais pessoas jurídicas de direito privado, não se procede à expedição de mandado executivo para o pagamento da quantia reclamada pelo credor no prazo de vinte e quatro horas ou para a nomeação de bens à penhora, dada a impossibilidade legal e jurídica da realização de constrição judicial sobre bens públicos.

Destarte, caso concorde o ente fazendário com os cálculos constantes da memória discriminativa da vantagem pecuniária perseguida ou caso venham os embargos eventualmente opostos serem julgados improcedentes pela autoridade judiciária, esta ordenará a imediata expedição de ofício requisitório ao Presidente do Tribunal competente para, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal, expedir precatório à entidade devedora. Nesse passo, observe-se que basta a rejeição em primeiro grau do pedido formulado por intermédio dos embargos do devedor para que seja, **in continenti**, requisitada a quantia, uma vez que a respectiva sentença, a teor do disposto no inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil, possui a aptidão legal para a produção de efeitos desde a sua publicação, não se sujeitando, por via de consequência ao duplo grau de jurisdição obrigatório regulado pelo artigo 475 do mesmo estatuto processual⁶⁴.

⁶⁴ Nesse aspecto, remetemos o leitor à nota de rodapé nº 54, supra. Os julgados foram proferidos em momento anterior à alteração do artigo 475 do CPC, não acarretando, porém, qualquer prejuízo na

Por fim, de acordo com o disposto no parágrafo segundo do artigo 100 da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30/2000) e com o assentado no artigo 731 do Código de Processo Civil, o inadimplemento da ordem cronológica de pagamento dos precatórios judiciais pela pessoa jurídica de direito público devedora, implicará no seqüestro da quantia necessária, a fim da satisfação do débito preterido⁶⁵.

V. O CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAS QUE EM TESE OBSTACULIZARIAM A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Não é difícil encontrar na doutrina e na jurisprudência pátria objeções à possibilidade legal e jurídica do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, com base nos artigos 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, em demandas em que a Fazenda Pública figure como integrante do pólo passivo da relação processual.

Em suma, àqueles que perfilham o entendimento pela inadmissibilidade de tal antecipação, os artigos 475 e 730 do Código de Processo Civil, este último regulando a disposição constante do artigo 100 da Constituição Federal, constituiriam a razão preponderante para afastar, em abstrato, a aplicabilidade plena do instituto da tutela antecipatória nessas hipóteses.

interpretação. Ressalte-se, por oportuno, que desse entendimento discrepam **ARAKEN DE ASSIS** e **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**. A ele, todavia, convergem os ensinamentos de **NELSON NERY JÚNIOR** e **ROSA MARIA ANDRADE NERY**.

⁶⁵ Acerca do seqüestro dos bens públicos como medida relativa à violação da ordem cronológica dos precatórios judiciais, remetemos o leitor ao cotejo da nota de rodapé nº 64, supra.

Com efeito, o artigo 475 do Código de Processo Civil, ao dispor que a sentença que desacolher a pretensão deduzida pelo Estado em juízo não será hábil a produzir quaisquer de seus efeitos até o julgamento nela constante ser submetido à análise pela superior instância, afastaria a possibilidade, em uma primeira análise, da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final por intermédio de simples decisão interlocutória, que, de acordo com a sistemática processual, possui a aptidão legal para a produção de efeitos desde a sua publicação. Assim, considerando que o ato culminante proferível em primeiro grau de jurisdição (sentença) é inábil a conferir o bem da vida propugnado pelo demandante conquanto não reexaminado pelo Tribunal, seria ilógico, para alguns doutrinadores, admitir tal possibilidade por intermédio da antecipação da tutela, que é deferível por intermédio de decisão que não põe termo à relação processual e, tampouco, adquire a autoridade de coisa julgada material.

A par disso, o artigo 730 do Código de Processo Civil, regulando a disposição constante do artigo 100 da Constituição Federal, constituiria noutra empecilho à admissibilidade do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública porque, por primeiro, apenas a sentença judiciária transitada em julgado, de acordo com a redação dada àquele dispositivo constitucional pela Emenda Constitucional nº 30/2000, seria hábil a tornar adequada a via executiva contra o Estado e, além disso, a pronta entrega do bem da vida perseguido pelo demandante poderia implicar na violação da ordem cronológica de pagamento dos precatórios judiciais.

Assim, de uma interpretação sistemática dessas disposições do próprio Código de Processo Civil, a conclusão inarredável seria a incompatibilidade do novel instituto da antecipação de tutela em face das pessoas jurídicas de direito público.

Não obstante, colacionam ainda os comentadores da legislação pátria, como argumento a afastar a possibilidade da antecipação da tutela, a norma constante do artigo 1º da Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que determina que se aplique “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”.

O artigo 5º e seu único parágrafo da Lei Federal nº 4.348/64, lei esta que, ao lado da Lei Federal nº 1.533/51, estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança, dispõe que “não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”. E o parágrafo do artigo em tela determina que os “mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

Por outro lado, o artigo 1º da Lei Federal nº 5.021, de 09 de junho de 1966, estatui que o “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a

servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”. Por sua vez, o seu parágrafo 4º determina que “não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

A Lei Federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, em seu artigo 1º, estabelece que “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. Já, o artigo 3º do referido diploma legal estatui que “o recurso voluntário ou **ex officio**, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional terá efeito suspensivo”. Por sua vez, o seu artigo 4º determina que “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho⁶⁶ fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra⁶⁷ o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. O parágrafo 1º deste último artigo estabelece que se aplica o disposto no seu **caput** à “sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação

⁶⁶ Leia-se: decisão.

⁶⁷ Leia-se: ações “promovidas em face” do Poder Público, e não “movidas contra”.

popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado”. Não obstante, o seu segundo parágrafo prescreve que o “presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias” e o seu último parágrafo determina que “do despacho⁶⁸ que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias”.

Assim, todas as restrições com relação aos provimentos jurisdicionais emitidos no bojo do mandado de segurança (Leis nº 4.348/64 e 5.021/66) e em processo cautelar (Lei nº 8.437/92) foram transplantadas para o instituto da tutela antecipada, previsto nos artigos 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Por fim, a conclusão que se poderia inferir da exegese dessa coletânea de diplomas legais, no sentido de que a tutela antecipada contra o Poder Público apenas não seria cabível nas hipóteses em que o primeiro artigo da Lei Federal nº 9.494/97 não veda aprioristicamente, é prontamente rechaçada pelos estudiosos do direito que não admitem a invocação dos artigos 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil contra o Estado, porque a tutela antecipada ainda encontraria obstáculos à sua concessão em função da sistemática processual, uma vez que a execução por quantia certa contra o Poder Público está estabelecida na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, de forma que o reexame necessário, a impossibilidade de expedição de precatórios provisórios, os prejuízos acarretados à Fazenda de modo irreversível pela inclusão no orçamento de dívida correspondente a precatório provisório seriam os argumentos a corroborar o

⁶⁸ Leia-se: decisão.

entendimento, com o qual não podemos comungar, do afastamento da aplicabilidade do instituto da antecipação da tutela contra os interesses patrimoniais da Fazenda Pública.

VI CONCLUSÃO - A ADMISSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL DEFERIDA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Assentadas as considerações tecidas por intermédio do presente estudo, que, à luz do constitucionalismo, buscou esmiuçar o real alcance do direito à adequada tutela jurisdicional, estatuído no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, a missão inicialmente abraçada de se corroborar a admissibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, por intermédio de decisão interlocutória em primeiro grau de jurisdição, deflui naturalmente e torna a impugnação das opiniões em sentido adverso uma tarefa de somenos complexidade, como, adiante, se verificará.

Com efeito, desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, avocou, outrossim, o dever de garantir a todos os jurisdicionados a prestação de uma tutela adequada às necessidades da vida em sociedade, de modo que o exercício da função jurisdicional reclamou adequar-se às exigências daqueles que já não mais podiam valer-se da autotutela.

Não basta assegurar ao Poder Judiciário a apreciação de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo. É necessário que se

proporcionem as condições e os meios necessários que atendam, de maneira pronta e eficaz, os interesses dos jurisdicionados.

Considerando que o equilíbrio entre a celeridade e a segurança jurídica é uma das facetas que configuram o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, equilíbrio este que vem sendo perseguido pelos estudiosos do direito processual, e tendo em vista, ainda, que o princípio constitucional da eficiência, que se aplica à Administração Pública em geral também se impõe ao Poder Judiciário e à ingerência das relações processuais a ele submetidas, torna-se indúvidoso que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, trazido à luz pela Lei Federal nº 8.952/94, que deu nova redação aos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, constitui-se em um dos desdobramentos teleológicos da garantia insculpida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, sendo que o direito subjetivo processual à fruição da tutela antecipadamente outorgada, preenchidos os seus requisitos legais, deve ser reputado como um dos direitos individuais de natureza constitucional.

Com base nessa premissa, qualquer medida legislativa que venha a obstaculizar, em abstrato, a concessão de medidas liminares, de natureza satisfativa ou não, nasce sem respaldo na Lei Fundamental, devendo, mesmo, ser expurgada, seja mediante o controle concentrado ou mediante o controle difuso e incidental de constitucionalidade, do ordenamento jurídico.

Assim, não obstante o Colendo Supremo Tribunal Federal já haja decidido, nos autos da Reclamação nº 1.696, que “cabe a tutela antecipada

contra o Poder Público, exceto quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público”, a norma do art. 1º da Lei Federal nº 9.494/97, que estabelece numerosas restrições à concessão de liminares em face da Fazenda Pública, remanesce, em linha de princípio, com a sua constitucionalidade duvidosa.

Todavia, tratando-se de orientação fixada pelo órgão maior do Poder Judiciário Nacional e considerando que o vício da tautologia argumentativa não se compadece com a segurança necessária que deve subsistir na interpretação do direito vigente, é de se aceitar a admissibilidade das restrições impostas pela Lei nº 9.494/97 como meio necessário a resguardar certos interesses maiores da Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da mútua cedência (também denominado de princípio da proporcionalidade) entre parcelas de eficácia de disposições de mesma hierarquia legal, porém antagônicas.

A base constitucional do instituto da antecipação da tutela jurisdicional é, pois, a primeira inteligência a ser estabelecida acerca da questão em enfoque, restando, por via de consequência, rechaçada a tese da inadmissibilidade incondicional da sujeição do próprio Estado, como pessoa jurídica, de seu âmbito de aplicabilidade.

Fixadas essas considerações, passemos, agora, à análise dos argumentos de índole eminentemente processual que, vulgarmente, são invocados como supedâneo à tese da impossibilidade legal e jurídica da execução (ou efetivação, como preferem certos estudiosos) da tutela antecipada em face de

entes de direito público.

O primeiro aspecto, nesse diapasão, reside no necessário reexame da matéria pela superior instância, na hipótese de eventual sentença desfavorável ao Estado, como condição objetiva de sua eficácia.

Sustentam, com arrimo na norma constante do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil (cf. a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/2001) que, se o julgamento, desfavorável aos interesses da Fazenda Pública, contido na sentença de primeiro grau, não tem o condão de irradiar os seus efeitos ao mundo fático senão depois de ratificado pelo Tribunal, a tutela antecipada, deferível por intermédio de decisão interlocutória, de igual forma, não poderia ser suficiente, por si mesma, a conferir ao requerente o bem da vida perseguido por intermédio do exercício do direito de ação.

Em que pese à verossimilhança do raciocínio, uma interpretação mais acurada e tecida de acordo com as técnicas ditadas pela hermenêutica é o suficiente para repelir tal proposição. Tratando-se a disposição do inciso I do artigo 475 do Código de Processo Civil de norma que excepciona a regra geral da prescindibilidade do duplo grau de jurisdição como condição necessária à eficácia do provimento monocrático, a sua interpretação deve cingir-se ao alcance ditado pela acepção tradicional ou “dicionarística” de cada verbete, sob pena de, a pretexto do elastério que se pretenda impor, haver a intromissão em esfera de competência afeta aos órgãos legiferantes.

Logo, o vocábulo “sentença”, consignado no **caput** do art. 475 do Código de Processo Civil, deve ser, de forma inarredável, entendido precisamente de acordo com a sua conceituação, indicada, aliás, pela própria lei adjetiva em testilha, mais especificamente em seu art. 162, parágrafo 1º, **in verbis**: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Como é cediço, os demais pronunciamentos judiciais, como as decisões interlocutórias, **verbi gratia**, não têm a força necessária para a extinguir o processo, tanto é que, como a sua própria denominação sugere, são atos judiciais proferidos no bojo procedimental e, malgrado deliberem acerca de um ponto controvertido ou duvidoso incidente, acolhendo ou rejeitando a pretensão deduzida por um dos litigantes, não esgotam o exercício do ofício jurisdicional do magistrado de primeiro grau, que deverá continuar a impulsionar o procedimento justamente com o intuito de se alcançar o seu ponto culminante (sentença).

Demais disso, como a decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional é fundada em mera cognição sumária e superficial, a sua ínfima carga de declaratividade obstaculiza a aquisição de autoridade de coisa julgada material, qualidade esta que apenas a sentença, via de regra, poderá vir a adquirir. Assim, a aplicação da regra do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil com relação às decisões interlocutórias é despicienda e ociosa.

Observe-se que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, recentemente, fixou o correto alcance da norma do art. 475 do

Código de Processo Civil em julgados assim ementados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO SUJEITA AO REEXAME NECESSÁRIO – As decisões interlocutórias não ensejam o reexame necessário pelo tribunal. (TJMG – AG 000.194.121-0/00 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Campos Oliveira – J. 01.02.2001)

TUTELA ANTECIPATÓRIA – ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO – COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO SUJEITA A REEXAME NECESSÁRIO – Os direitos previdenciários têm aplicação imediata, não se sujeitando às restrições da Lei 9.494/97. *Decisão que antecipa a tutela é interlocutória e, como tal, não sujeita ao reexame necessário do art. 475, II, do CPC.* (TJMG – AG 000.166.605-6/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Aloysio Nogueira – J. 07.12.2000 - *grifei*)

De igual forma, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região aplicou corretamente a norma do art. 475 do Código de Processo Civil no julgado cuja ementa segue transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE

TUTELA – FAZENDA PÚBLICA – RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – ART. 475, II DO CPC – INAPLICABILIDADE – 1. É possível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública se a matéria versada nos autos não estiver elencada no art. 1º da Lei nº 9.494/97, concernente a servidores públicos, com repercussões em sede financeira (reclassificações ou equiparações de servidores públicos; concessões de vantagens e pagamentos de vencimentos). 2. Tratando-se de decisão interlocutória não tem aplicabilidade o preceito contido no art. 475, II, do CPC, haja vista que este dispositivo refere-se expressamente às sentenças. 3. A execução da tutela antecipada deve ser feita de acordo com o sistema de execução provisória do CPC, art. 588. 4. O disposto no art. 273, § 3º, do CPC menciona apenas os incs. II e III do art. 588 do mesmo diploma legal, de sorte a deixar claro a desnecessidade de prestação de caução pelo requerente. 5. Agravo de instrumento improvido. (TRF 4ª R. – AI 2001.04.01.013323-2 – PR – 6ª T. – Rel. Juiz Nylson Paim de Abreu – DJU 04.07.2001 – p. 1121 - grifei)

Superadas as questões atinentes à incompatibilidade entre os arts. 273 e 475, inciso I, do Código de Processo Civil, passemos, agora, à análise do meio de efetivação da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública, respeitados os atributos da impenhorabilidade e indisponibilidade, que qualificam os bens integrantes de seu acervo patrimonial.

Para tanto, mister se faz distinguir entre as modalidades de prestação atinente ao objeto da obrigação de direito material que se pretenda ver realizada mediante o provimento antecipatório, bem como atentar-se à carga preponderantemente mandamental de que se reveste a decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Tratando-se a decisão que antecipa os efeitos práticos da tutela jurisdicional de provimento de natureza mandamental e tendo em vista, ainda, que o instituto processual regulado pelo arts. 273 e 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil constitui-se em espécie do gênero “tutela emergencial”, a sua execução (ou efetivação) de maneira nenhuma poderá sujeitar-se às delongas advenientes do tradicional processo de execução, disciplinado no Livro II daquela mesma lei adjetiva.

De fato, a penhora, a oportunidade para a oposição de embargos do devedor, a avaliação de bens e sua posterior submissão à hasta pública não se coadunam, em absoluto, com a urgência inerente ao provimento judicial que antecipa os efeitos da tutela. Se assim não fosse, os mecanismos processuais típicos para a persecução dos fins do processo de execução tornar-se-

iam fontes perenes de **periculum in mora** nessas hipóteses. Por outro lado, tratando-se o demandado de pessoa jurídica de direito público, a verdade é que a regra do art. 730 do Código de Processo Civil nem sempre se compatibilizará com a natureza emergencial do instituto da tutela antecipatória, como adiante se verá.

Com base nas premissas acima assentadas, cumpre, agora, analisar os meios de efetivação da tutela antecipadamente concedida, de acordo com a natureza da obrigação de direito material discutida em juízo.

Cuidando-se de obrigação de dar coisa certa ou incerta, intimar-se-á o ente público para o seu adimplemento voluntário ou, nos casos em que a escolha da coisa incerta couber à Fazenda Pública, para que esta proceda à sua especificação. Definida a coisa e não satisfeita voluntariamente a obrigação, ao demandante será entregue o bem móvel da obrigação mediante prévia busca e apreensão, ou será ele imitado em sua posse, em se tratando de bem imóvel.

Já, em se tratando de obrigação de fazer ou de não-fazer, sua efetivação deverá dar-se em conformidade com o disposto no parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, ou seja, mediante os mecanismos de coerção pessoal regulados pelo ordenamento jurídico, como a imposição de **astreintes** ou, em último caso, a sujeição da autoridade responsável à pena privativa de liberdade prevista no preceito secundário dos arts. 319 (prevaricação) ou 330 (desobediência) do Código Penal, para a realização **in natura** da prestação devida. Frustrada a oportunidade para o voluntário atendimento do comando judicial, a autoridade judiciária, **ex officio** ou a requerimento do demandante, determinará as medidas que

se fizerem necessárias para a consecução, às custas do demandado, do resultado prático que equivaleria à realização da prestação pelo próprio devedor, como, por exemplo, mediante a busca a apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial etc.

Por fim, no que atine às obrigações de pagar quantia certa (na verdade, tratam-se de obrigações de dar certo numerário a alguém, de acordo com o estipulado na obrigação de direito material correlata), a questão acerca da efetivação da decisão antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional envolve um panorama jurídico de maior complexidade, haja vista a colisão entre os interesses tutelados e resguardados pelos artigos 5º, inciso XXXV, e 100, ambos da Constituição da República.

De acordo com o que já restou assentado linhas acima, o direito à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional é um cânone do Estado Democrático e de Direito e, a par disso, a defesa do patrimônio público contra dilapidações desordenadas e sem uma efetiva canalização a um determinado interesse coletivo também não poderia deixar de ser um dos aspectos de maior preocupação do legislador constituinte.

Tanto é que a satisfação dos débitos judiciais por intermédio da sistemática dos precatórios constitui-se em um mecanismo justamente idealizado para a salvaguarda do patrimônio estatal contra despesas extraordinárias e repentinas que, acaso solvidas de imediato, implicariam no esvaziamento dos

recursos financeiros necessários para fazer frente às porções de competência distribuídas pela Lei Fundamental às pessoas políticas integrantes da Federação, consoante se depreende do cotejo das disposições constantes dos arts. 21 a 24, do parágrafo 1º do art. 25 e do art. 30, todos da Constituição Federal.

Dessa forma, a imposição de despesas extraordinárias e de liquidação imediata por intermédio de decisões judiciais poderia acarretar um colapso funcional do próprio Estado, ocasionando-se, por conseguinte, situações deveras catastróficas para a manutenção da ordem jurídica e política que paira sobre a sociedade.

Postas as linhas gerais dessa virtual incontornável questão que dá margem à hesitação e perplexidade entre os operadores do Direito, torna-se iniludível que o problema acaba pondo em *xeque* a autoridade e exeqüibilidade das decisões judiciais proferidos contra o próprio Estado como pessoa jurídica, de modo que a busca de uma conciliação entre a necessidade de pronta efetivação dos provimentos jurisdicionais de natureza emergencial e a morosa sistemática dos precatórios como meio necessário ao pagamento dos débitos oriundos daquelas decisões judiciais constitui-se, na verdade, no âmago das discussões volvidas ao equacionamento dos interesses envolvidos no problema.

Conseqüentemente, a proposição da inexorável subserviência da efetivação da tutela antecipada concedida contra a Fazenda Pública à sistemática dos precatórios, disciplinada no art. 100 da Constituição Federal e no art. 730 do Código de Processo Civil, não é, com a devida vênia dos

que entendem em contrário, a melhor solução para o impasse porque haveria o total esvaziamento do direito público subjetivo ao adequado socorro do Poder Judiciário nas hipóteses de violação à esfera juridicamente protegida dos indivíduos, máxime em situações emergenciais que reclamassem a pronta realização de determinada pretensão de direito material. Destarte, deferindo-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional justamente com o intuito de se obviar os deletérios consectários de um mal maior, não seria lógico e, tampouco, plausível, remeter o demandante ao cabo da fila dos precatórios.

Por outro lado, a tese que sugere a total disjunção dos precatórios nesses casos também não pode ser acolhida em sua integralidade porque, mais uma vez, a pretexto de maximizar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, estar-se-ia comprometendo a estrutura financeira do próprio Estado. Demais disso, é indúvidoso que tal postura poderia implicar no comprometimento da continuidade da prestação dos serviços públicos, caso admitida a possibilidade de inclusão no orçamento estatal de despesas extraordinárias e de imediata exigibilidade por intermédio de decisão que venha a antecipar os efeitos da tutela, sobretudo quando fundada em uma cognição sumária e superficial do suporte fático que, em tese, corroboraria o direito até então afirmado unilateralmente pelo demandante.

Diante do exposto, o silogismo que é dado inferir em face da problemática acima delineada é que, admitida, em abstrato, a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública, como decorrência da garantia constitucional da adequado, tempestivo e eficaz socorro do

Poder Judiciário em situações de violação ou ameaça de violação a direito subjetivo, competirá ao crivo discricionário do juiz, que será exercido prudente e motivadamente em cada caso, a aplicação do princípio da proporcionalidade, consistente na mitigação de parcela de eficácia de normas jurídicas antagônicas de idêntica hierarquia, com vistas a priorizar determinado interesse jurídico de um dos litigantes, afastando, sem receio, quando necessário, a sistemática do pagamento cronológico dos débitos judiciais a pretexto de se salvaguardar determinado bem jurídico individual ou transindividual que recebeu o agasalho do manto constitucional.



ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 15. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1991. Vol. III.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo in *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. Ada Pellegrini Grinover **et alii**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. III.

COSTA, Regina Helena. Artigo sobre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública in *Direito processual público – A Fazenda Pública em juízo*. Coord. por Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado* 19ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Execução civil*. 7ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1.

_____. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol. IX.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. atualizada. Campinas: Millennium Editora, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 21ª ed., atualizada por Arnaldo Wald, 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. melhorada. São Paulo: Saraiva, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Forense, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.

_____. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1996.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória *in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PLÁCIDO E SILVA, De. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998, t.1.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 2ª ed. revista. São Paulo: RT, 1980;

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19ª ed., atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela antecipada in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Tutela antecipada e tutela cautelar* in RT 742/42.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso avançado de processo civil*. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001, vol. 2.