

FACULDADES INTEGRADAS ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

*TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA
PÚBLICA*

Fabício Keidy Arakaki

Presidente Prudente / SP

2002

FACULDADES INTEGRADAS ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

*TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA
PÚBLICA*

Fabício Keidy Arakaki

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Pedro Anderson da Silva.

Presidente Prudente / SP

2002

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Nome do orientador:

Dr. Pedro Anderson da Silva

Nome do 1º Examinador:

Dr. Jefferson Fernandes Negri

Nome do 2º Examinador:

Dra. Maria de Lourdes Thomaz

Presidente Prudente,

O fim do Direito é a Paz; o meio de atingi-lo, a luta. Enquanto o Direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça – e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo -, não poderá prescindir da luta. A vida do Direito é a luta – uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.

Rudolph von Ihering.

...a proteção em si mesma, consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam.

Cândido Rangel Dinamarco.

Aos meus pais, Arnaldo Riotoku Arakaki e Meire Missae T. Arakaki, pelos imensuráveis esforços despendidos para minha formação humana, social e cultural.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e familiares, por todo o apoio;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro Anderson da Silva, agradeço a confiança depositada ao me aceitar como seu orientando;

Ao Prof. Dr. Jefferson Fernandes Negri, meus agradecimentos pelo pronto atendimento quando convidado a compor a minha banca examinadora;

À Prof. Dra. Maria de Lourdes Thomaz, pela oportunidade de estágio e composição da banca examinadora;

Ao Prof. Dr. Eduardo Gesse;

Aos meus amigos;

Por fim, a todos aqueles que estiveram ao meu lado no transcurso dessa jornada acadêmica, meu muito obrigado.

Fabício Keidy Arakaki

RESUMO

A introdução no estatuto processual civil da antecipação de tutela (Lei nº 8.952/94) possibilita a concretização do direito à efetividade da jurisdição pela atenuação do fator tempo como obstáculo à realização da justiça.

O presente trabalho objetiva o estudo da antecipação de tutela nas ações em que a Fazenda Pública é a parte demandada.

Pela natureza e amplitude da discussão, o tema foi abordado pelo método dedutivo, buscando pela compreensão geral do instituto, assim como sua aplicação no caso concreto.

Para melhor assimilação do instituto em face do Poder Público, inicialmente, coube a análise sobre sua natureza jurídica, apresentando os aspectos semelhantes e diferenciais da tutela cautelar, assim como seus requisitos.

Numa segunda etapa, elegeu-se a antecipação de tutela como instituto harmonizador entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica e dissecados foram os obstáculos legais que têm sido opostos à aplicação do instituto ora referido contra a Fazenda Pública.

Neste contexto, os resultados da pesquisa apontam para a superação de todos os óbices e para a admissão da antecipação de tutela frente ao Poder Público, inclusive em determinadas hipóteses que impliquem o pagamento de quantia certa.

Conclui-se que a antecipação de tutela pode ser utilizada como mecanismo de defesa contra as ingerências indevidas do Poder Público na esfera individual.

ABSTRACT

The introduction in the Civil Action By-laws elicits the anticipated tutelage (Law 8.952/94) making the real right of venue possible by the mitigation of the time factor as an obstacle to obtain the right justice.

This project feasibility researches the anticipated tutelage in the lawsuits where the Public Treasury is the defendant.

In the study of the project, for its nature and wide discussion of the topic, was used the deductive method, understanding the general comprehension of the By-law as well as live cases

For better assimilation of the By-law facing the Public Power, at first, the study researched about its judicial nature, presenting some similar and different aspects of the caution tutelage, as well as its requirements.

On the second hand it has been concluded that the caution right is nevertheless an harmonic institute between the principles of the jurisdiction's efficiency and the legal security focusing the legal obstacles that have been opposing the application of the institute above mentioned against the Public Treasury.

In the context the results of the research has approved the caution right where the Public Treasury is the defendant, concluding that all the obstacles are no more preventing the usage of the institute facing the government, also it's concluded that the application of the institute can be used where there are sum certain payment too.

It's finally concluded that the caution right can be used as a protection against the Public Treasury's improper influences in the individual situations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. TUTELA ANTECIPADA	
1.1. Intróito	12
1.2. Antecedentes	14
1.3. Conceito e natureza jurídica do instituto	16
1.3.1. Aspectos comuns da tutela antecipada e da medida cautelar	17
1.3.2. Aspectos diferenciais entre a tutela antecipada e a tutela cautelar	18
2. CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	
2.1. Requerimento da parte	20
2.2. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação	20
2.3. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	23
2.4. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	24
2.5. Perigo da irreversibilidade	26
3. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA	29

4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	
4.1. A Fazenda Pública e suas prerrogativas	31
4.2. O obstáculo do reexame necessário	32
4.3. O óbice constitucional do Art. 100 da CF/88	36
4.4. As limitações à antecipação de tutela impostas pela Lei nº 9.494/97.....	44
5. A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	50
CONCLUSÕES	53
BIBLIOGRAFIA	57

INTRODUÇÃO

O movimento chamado “Reforma do CPC”, pela Lei nº 8.952/94, introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto denominado “Antecipação da tutela”.

Está disciplinado no artigo 273 do Código de Processo Civil e, em seu *caput*

encontram-se os requisitos genéricos, e nos incisos I e II, os requisitos específicos. No § 2º, o chamado “requisito” negativo, que serão analisados no decorrer do trabalho.

Abordaremos a natureza jurídica da tutela antecipada, demonstrando as diferenças e os aspectos comuns com a tutela cautelar.

O centro da atenção do presente trabalho está na antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, por sua natureza burocrática e prerrogativas em juízo.

Falaremos dos principais óbices à sua concessão contra o Poder Público, enfocando as obrigações em que este é condenado a pagar quantia certa, implicando a saída de numerário dos cofres públicos.

Em princípio, mediante a natureza e amplitude da discussão, abordaremos o tema pelo método dedutivo, buscando pela compreensão geral do instituto, assim como a sua aplicação no caso concreto.

1. TUTELA ANTECIPADA

1.1. INTRÓITO

O sistema processual brasileiro vem, de tempos para cá, passando por uma série de modificações legislativas, movimento que convencionou chamar-se de “reforma do CPC”: uma série de alterações tópicas do álbum processual civil – na dicção de Cândido Dinamarco, um conjunto de “mini-reformas”¹ -, sem implicar confecção de um novo código.

Com o advento da Lei nº 8.952, de 13,12,94, o art. 273 do CPC ganhou a seguinte redação:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3.º – A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o

¹ A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, p. 29.

processo até final julgamento.

§ 6.º – *A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002)*

§ 7.º – *Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.” (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002)*

A antecipação da tutela, inserida no Livro I do CPC (processo de conhecimento), é reconhecida como o instituto de maior avanço nesse processo de reforma.

O instituto processual da tutela antecipada surgiu da necessidade de uma mais célere prestação jurisdicional do Estado, uma vez que a tutela definitiva encaminhava-se por demais morosa, tendo em vista que o procedimento ordinário necessita de um enriquecido conjunto de atos propiciadores de uma verdade material suficiente (cognição exauriente) para a solução do litígio. Visa a afastar os males do tempo sobre o processo, acelerando-se os efeitos desse, buscando-se um “processo de resultados”.

Como se sabe, nosso direito pertence à família da *civil law*, de origem romano-germânica, onde a segurança jurídica sempre foi extremamente valorizada, consistindo em um de seus principais pilares. Uma das regras características deste sistema processual está expressa no art. 583, do Código de Processo Civil, que estabelece: “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”.

Assim, tradicionalmente, nosso sistema sempre foi extremamente protetor do direito de defesa do demandado, o que resultou na disciplina de solução de litígios, salvo raras exceções, através do procedimento comum, no qual a cognição exercida pelo órgão jurisdicional é plena e exauriente. Como regra geral, contra a sentença proferida após tal cognição, há a possibilidade de interposição de recurso dotado do efeito suspensivo, o que retira toda força executiva imediata do provimento jurisdicional. E mesmo após o julgamento do recurso, quando a

sentença proferida for de natureza condenatória, ainda há necessidade dessa sentença ser efetivada através de um novo processo (apenas as sentenças meramente declaratórias e as sentenças constitutivas se exaurem na própria sentença, não havendo processo de execução).

No entanto, com os novos valores advindos com o mundo contemporâneo, tornou-se extremamente necessária a transformação e a agilização da prestação jurisdicional, compatível com as demandas e a velocidade do mundo atual.

Neste sentido, o instituto da antecipação da tutela, ao valorizar a posição do autor da ação, pode ser entendido como uma das soluções de ordem técnico-legislativa criadas em função do crescimento verificado na demanda pela prestação jurisdicional.

No entanto, muitas são as resistências ao novo instituto, em face dos conceitos e princípios já estratificados no pensamento jurídico dominante.

Como veremos adiante, a criação do referido instituto se deu de forma ampla, não pretendendo o legislador restringir o seu uso para quaisquer pessoas. Não o excepcionou contra a Fazenda Pública, ou contra quem que seja. O ideal objetivado é que o réu desprovido de razão não saia lucrando com o tempo e que, preenchidos os seus pressupostos, o juiz conceda imediatamente a tutela requerida².

1.2. ANTECEDENTES

A introdução da tutela antecipada pela Lei 8.952/94 no Código de Processo Civil não significou novidade absoluta, certo que ela já existia, mesmo sem essa denominação, em disposições esparsas da legislação processual.

² Como nos ensina Luiz Guilherme Marinoni “não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o magistrado compreenda que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos ‘novos direitos’ e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade ética e social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providências cautelares” (Marinoni, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p.15)

Anteriormente à vigência dessa Lei, já era possível, em determinados casos específicos, a antecipação da providência que se buscava, uma vez que já era previsto nas liminares proferidas em mandado de segurança, em ações cautelares, em ações civis públicas, em ações possessórias (destinadas a coibir ameaça à posse ou a repelir esbulho quando praticado a menos de ano e dia), em determinadas medidas constitucionais (como o habeas corpus, a ação direta de inconstitucionalidade, etc.), e em algumas outras medidas de natureza assemelhada, como nos alimentos provisionais nas ações de família, nas ações relativas à locação, entre outros casos.

Portanto, a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil nada mais fez do que regular, de modo generalizado e sistemático, o uso do instituto da antecipação de tutela, que até então era empregado em casos excepcionais. A grande inovação, com a introdução do instituto da antecipação de tutela, foi sua generalização (diferente dos casos acima descritos, situações determinadas e específicas), pois em qualquer processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos legais, passa a ser possível a aplicação do instituto da antecipação de tutela.

Vale dizer que o antecedente mais próximo desse instituto encontra-se insculpido no artigo 84, §3º, do CDC, datado de 11.09.90, que diz: “*Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu*”.

A importância maior que talvez tal instituto tenha trazido é o fato de o inciso II, do artigo 273, do CPC, não exigir a presença do *periculum in mora*, bastando, nesse caso, apenas que fique caracterizado qualquer comportamento reprovável do réu. Assim sendo, com tal instituto, em qualquer processo de conhecimento, seja ele ordinário ou sumário, é possível lhe ser atribuída a antecipação do provimento de mérito.

Resgata-se, pois, ao menos em parte, a idéia de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, atribuindo, via reflexa, ao Poder Judiciário, o respeito que lhe é devido, sustentáculo imprescindível do Estado de Direito.

1.3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

O conceito de antecipação de tutela, sendo construção doutrinária, varia de acordo com o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema. Dentre as várias definições existentes, destaca-se a de Luiz Guilherme Marinoni³, segundo a qual a antecipação de tutela é uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo, eliminando uma das vantagens que o réu dispõe contra o autor, que consiste no próprio tempo de solução do litígio. Para Humberto Theodoro Jr., a antecipação de tutela seria um direito subjetivo processual que confere à parte o poder de exigir a tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou⁴.

De forma quase unânime, a doutrina tem entendido que a natureza jurídica da tutela antecipada nada tem de cautelar, posto que se trata de adiantamento dos efeitos do provimento que se busca no mérito da causa, tratando de antecipação satisfativa da prestação jurisdicional pretendida.

Nelson Nery Júnior assinala, com propriedade, que:

*“(...) tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é 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 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 ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente, impropriamente denominada “cautelares satisfativas”, que constitui em si um contradictio in terminis, pois as cautelares não satisfazem; se a medida é satisfativa é porque, ipso facto, não é cautelar”.*⁵

A diferença entre ambos é bastante clara se considerarmos que a medida cautelar visa assegurar o efeito prático de um processo principal, enquanto que a tutela antecipada, por seu turno, se constitui na própria providência requerida, que

³ Marinoni, Luiz Guilherme. A antecipação de tutela. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

⁴ Theodoro Jr., Humberto. Tutela antecipada in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 188.

⁵ Nery Júnior, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

pode ser deferida no todo ou em parte, tendo havido, inclusive, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça⁶ nesse sentido.

1.3.1. ASPECTOS COMUNS DA TUTELA ANTECIPADA E DA MEDIDA CAUTELAR

Mesmo havendo entendimento dominante de que a tutela antecipada e a tutela cautelar não se confundem, existem, entre esses dois institutos, alguns aspectos comuns.

O primeiro deles, é o caráter de provisoriedade de ambos os institutos, valendo dizer que nenhum deles declara, constitui, condena ou executa, sendo que, no ensinamento de Victor Martins *“os efeitos por elas gerados circunscrevem-se exclusivamente ao processo e ao plano dos fatos, ao mundo fenomênico, não atingem o mundo jurídico para declarar, criar, modificar, ou extinguir direitos, ou impor definitivamente a quem quer que seja determinada prestação”*⁷.

Temos, ainda, o aspecto sumário da cognição, posto que, em ambos os casos, o juiz, ao apreciar o pedido, há de levar em conta a aparência, e não a certeza do direito do direito tutela. Embora o artigo 798 do CPC requeira a ocorrência do “fundado receio” e o artigo 273 do CPC, exija “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, o que se prestigia, é o *fumus boni iuris*.

O juízo de aparência também se faz presente, posto que o juiz, nesse momento, não está definindo a questão, não está dizendo o direito. Está, apenas, decidindo de forma provisória, de acordo com as circunstâncias que lhe são apresentadas.

Tanto a tutela cautelar como a antecipação da tutela, prevêm a revogabilidade e modificabilidade, encontrando-se tais previsões, nos artigos 273, § 4º, 805 e 807, todos do CPC.

⁶ “A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal. Enquanto o pedido de antecipação de tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a medida cautelar deve ser pleiteada em ação separada, sendo vedada a cumulação de pedidos principal e cautelar num único processo.” (STJ – 2ª T., Proc. Resp. n. 60.607 – SP, Rel. Min. Ademar Maciel – DJU de 04.09.97, pág. 49.929).

⁷ Marins, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar in Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 564.

A possibilidade de justificação prévia também é comum a ambos. Com efeito, no procedimento cautelar existe previsão expressa (artigo 804 do CPC), sendo que o artigo 273 do CPC, nada diz a respeito, sendo, pois, omissis. Contudo, é possível que se conclua, da possibilidade de justificação prévia, eis que “*no que diz respeito à demonstração do periculum in mora, não há diferença significativa entre proteção cautelar e proteção antecipatória*”, como leciona Victor Martins⁸, valendo-se dos ensinamentos de Babosa Moreira. Também é esse o entendimento de Nelson Nery Júnior⁹ e de Antônio Cláudio da Costa Machado¹⁰, sobre a possibilidade de haver a audiência de justificação. Ressalva, porém, João Batista Lopes, que a medida poderá, em casos excepcionais, ser concedida *inaudita altera parte*, para evitar a frustração do próprio direito ou lesão irreparável¹¹.

Tanto um instituto, quanto o outro, exigem a possibilidade de reversibilidade pois, não seria aceitável que o juiz determinasse a prática de providência irreversível, o que causaria, certamente, prejuízo ao réu (salvo quando o indeferimento da medida puder traduzir lesão grave e irreparável, frente aos valores maiores consagrados no nosso sistema jurídico).

Por fim, nenhum dos dois institutos produz coisa julgada material, vez que são concedidos mediante cognição sumária.

1.3.2. ASPECTOS DIFERENCIAIS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Antes de traçarmos as diferenças existentes entre tutela antecipada e tutela cautelar, nos valem, mais uma vez, da diferenciação desses institutos, onde tutela antecipada consiste em prover, antes da decisão de mérito, no todo ou em parte, os

⁸Marins, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar in Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 567.

⁹“se para a concessão da medida liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia”. (Nery Júnior, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 58).

¹⁰“... parece-nos que frente à disciplina global da tutela antecipatória que é integrada por certo pelo § 3º do art. 461, está autorizada pelo sistema a invocação analógica deste último dispositivo para permitir ao juiz realizar audiência de justificação prévia no âmbito da outorga da providência genérica do art. 273”.

(Machado, Antônio Cláudio da Costa. Tutela antecipada. 3 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 273).

¹¹ Lopes, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 84.

efeitos práticos de uma sentença, ao passo que a tutela cautelar objetiva resguardar a tutela que se busca no processo.

O primeiro elemento diferenciador desses dois institutos é a *autonomia processual*, que segundo Victor A. A. Marins¹², é "ponto marcante" no perfil da tutela acautelatória, pois trata-se a tutela cautelar de processo funcional e estruturalmente autônomo, posto que não é retirada sua autonomia, mesmo estando ele vinculado a um processo satisfativo (processo principal). Na antecipação de tutela, não existe esta autonomia, valendo lembrar que, por se tratar de uma decisão interlocutória, está intimamente vinculada a um pedido, que busca ser antecipado.

Na ótica de Marins, existe ainda o princípio da *congruência*, que se consubstancia na vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e a sentença, de observância imprescindível para a antecipação da tutela, mas dispensável no que respeita a tutela cautelar, prevalecendo, na tutela cautelar, o princípio da *fungibilidade*.

O elemento *urgência*, em que pese figurar em alguns casos de antecipação de tutela não é comum à tutela cautelar, posto que, no inciso II, do artigo 273, não trata deste aspecto. O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu nada têm a ver com a questão de urgência. A urgência, para a tutela cautelar, é elemento essencial para a sua concessão.

Por fim, temos o *abuso do direito de defesa* e o *manifesto propósito protelatório do réu*, que são casos específicos para a antecipação da tutela, não figurando no rol de possibilidades que ensejem a tutela cautelar.

¹² Marins, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar in Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 566.

2. CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.1. REQUERIMENTO DA PARTE

A antecipação da tutela pode ser concedida pelo juiz que, a requerimento da parte, se convença da verossimilhança da alegação, mediante a existência de prova inequívoca, devendo haver, ainda, a existência de um dos incisos do artigo 273, do CPC. Assim, é imperiosa a conjugação de um dos incisos com o *caput* do artigo 273 do aludido código, para que seja deferida a antecipação.

O requerimento, para tanto, pode vir contido na peça inicial (quando fundado no inciso I, do artigo 273), ou pode ser requerido no curso do processo. Não é cabível o requerimento da tutela antecipada, na peça inicial, fundada no inciso II, do artigo 273, porquanto tal possibilidade só pode ser apurada após o oferecimento da contestação.

Parte pode ser o autor da ação, o litisconsorte necessário ou facultativo, ou o terceiro, quando, depois de intervir, assume posição equiparada à da parte (por exemplo, o assistente qualificado do art. 54 do CPC, o substituto processual, o oponente, na oposição, o denunciante, etc.), o devedor nos embargos à execução ou ainda o próprio réu, nas reconvenções e nas ações dúplices em que, de certa forma, adquire a posição de autor.

Para que se possa adentrar nas condições necessárias para a antecipação da tutela, se faz necessário entender e distinguir, antes de mais nada, as hipóteses tratadas nos incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Ambas as hipóteses, além dos pressupostos genéricos (prova inequívoca e verossimilhança da alegação), possuem pressupostos particulares próprios.

2.2. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Traduzindo-se de forma literal, a palavra inequívoca diz respeito a algo certo, seguro, correto, que não dá margem a erro ou engano. Ocorre que, entretanto,

prova alguma é inequívoca, porque simplesmente não há prova que transmita certeza absoluta de um fato ou de um acontecimento, valendo dizer que, qualquer juízo sobre fatos no processo é juízo de verossimilhança e não de certeza.

Isso porque a prova, enquanto escrita, pode ser falsa, mesmo se tratando de escritura pública, como já julgou o Superior Tribunal de Justiça¹³.

Já quanto à prova testemunhal, também existe a probabilidade da incerteza, posto que esta pode ser maculada, eis que o depoente pode não estar dizendo a verdade ou, no caso de várias testemunhas, podem estas estarem enganadas quanto ao que esclarecem ou não terem compreendido corretamente o acontecimento sobre o qual testemunham, gerando, também nesse caso, equívoco quanto aos fatos.

Também uma sentença não é prova inequívoca, posto que, se assim fosse, não caberiam recursos ou mesmo a propositura de ação rescisória fundada em prova falsa, situação prevista no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, seria forçoso concluir que prova inequívoca, revestida de absoluta certeza, não existe, o que impediria, portanto, a antecipação de tutela, se interpretado de modo restritivo o significado da expressão "prova inequívoca". O que na verdade, pretendeu o legislador, foi considerar como prova inequívoca aquela que, ante aos fatos expostos, fosse suficiente para a formação de juízo de probabilidade, capaz de antecipar a medida buscada.

A prova inequívoca a que alude o legislador, não é aquela que seja suficiente para a prolação da sentença¹⁴, pois se assim fosse, não estaria se concedendo a tutela pretendida, e sim, julgando antecipadamente o mérito da causa, conforme previsão do artigo 330, inciso I, do código processual em vigor, entendimento esse defendido por Luiz Guilherme Marinoni¹⁵ e por Estevão Mallet, que vai além, dizendo que *"... se a sentença pode fundar-se, até mesmo, em ausência completa de prova, decidindo o juiz apenas com apoio nas regras sobre ônus da prova, dizer que prova inequívoca é a prova suficiente à prolação da*

¹³ "A prova plena referida pelo artigo 134, do Código Civil diz respeito ao ato jurídico documentado na escritura pública, nada refletindo no conteúdo das declarações feitas pelas partes, que pode ser verdadeiro ou não." (STJ – 2ª T., Proc. Resp. n. 36.174-SP, Rel. Min. Ari Pangencler – DJU de 21.10.96, pág. 40.227).

¹⁴ "De qualquer forma, prova inequívoca não é aquela suficiente para o acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado." (Bedaque, José Roberto. Antecipação da tutela jurisdicional in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 236).

¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67/68.

sentença equivale a incluir, no conceito de prova inequívoca, a hipótese de ausência de prova, o que soa exorbitante."¹⁶.

De toda sorte, sempre prevalecerá o princípio insculpido no artigo 131 do CPC, onde se atribui plena liberdade ao magistrado para a apreciação da prova.

Interessante, ainda, a análise do requisito de "convencimento da verossimilhança da alegação", que, paralelamente a este, existe a necessidade de haver a discutida prova inequívoca. Isso porque, sendo a prova "inequívoca", o certo seria concluir que não há possibilidade de erro, de engano ou de incerteza sobre o que se busca, sendo imperioso, portanto, conceder a tutela buscada, na medida em que tal prova inequívoca, de acordo com sua denominação, seria suficiente para tanto.

Seria, pois, o convencimento da verossimilhança da alegação, frente a tal situação, letra morta, onde a prova, por ser inequívoca, revestida de tamanha certeza, já seria suficiente para a concessão da antecipação.

O que ocorre, na verdade, como já observado anteriormente, é que a expressão "prova inequívoca", a bem da verdade, é aquela suficiente para a formação de juízo de probabilidade, e não a prova revestida de certeza absoluta, o que permite, dessa forma, dar continuidade ao estudo do *caput* do artigo 273 do CPC, analisando-se, agora, a questão do convencimento da verossimilhança da alegação feita.

A verossimilhança da alegação não pode apenas estar lastreada no alinhamento de opiniões acerca da questão tratada nem, tampouco, a busca de se encontrar solução para o caso pode tornar incerto o direito. Aliás, o artigo 126, do CPC, é claro ao dizer que não se exime o julgador de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, o que, em outras palavras, implica dizer que tal situação não pode obstaculizar a antecipação da tutela. *"Em consequência, ainda que controvertida a interpretação propugnada pelo requerente da tutela antecipada, se o juiz a tiver por acertada deverá deferir o pedido, não cabendo, em virtude da assinalada controvérsia, acoimar-se de inverossímil a alegação."*¹⁷.

¹⁶ Mallet, Estevão. Tutela antecipada no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 54.

¹⁷ Ob. Cit. P. 58.

Observou Pontes de Miranda que "*a certeza e liquidez de um direito não podem depender de não haver dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é que subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de consciência e de convicção dos juizes, e não da relação jurídica.*"¹⁸. Assim, a norma jurídica não pode se tornar duvidosa só por se constituir em discussão doutrinária.

Na ótica da processualística contemporânea, juízo de verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade, pouco mais do que o óbvio, sendo que para Calamandrei, verossimilhança vem a ser um grau de convencimento superior à possibilidade e inferior à probabilidade. O fato de a lei ter vinculado o convencimento da verossimilhança da alegação à prova inequívoca, é sinal de que a probabilidade identificada na verossimilhança não significa, de forma alguma, um grau mínimo da provável realidade da alegação. Ao contrário. Tem-se que na tutela antecipada, o grau de probabilidade que decorre da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo. Certo é, pois, que a antecipação da tutela exige probabilidade e esta há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

Feitas estas considerações acerca das exigências contidas no *caput* do artigo 273, do CPC, passaremos, a seguir, a analisar os incisos de tal artigo.

2.3. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

A exigência contida no inciso I, do artigo 273, do CPC "...fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;", é semelhante, em termos, ao disposto no § 3º, do artigo 461 do mesmo código "...havendo justificado receio de ineficácia do provimento final...", que cujo parágrafo também fora introduzido no Código de Processo Civil por força da Lei 8.952, de 13.12.94.

A concessão da tutela antecipada, no caso previsto no inciso I, do artigo 273, justifica-se apenas quando se torna imprescindível para evitar a ocorrência de

¹⁸ Miranda, Francisco C. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Rio de Janeiro: Forense, 1995, tomo V, p. 363.

dano irreparável ou de difícil reparação. Não é possível que a medida seja deferida com vistas à possível vantagem que poderá advir da entrega, ainda que precária, da prestação jurisdicional buscada. Assim, o propósito de tal inciso é a necessidade, e não a utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor. Conclui-se, assim, que a simples demora da demanda não é motivo justificável para se conceder a autorização da tutela, evidentemente.

Assim é que o perigo que possa justificar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser cristalinamente demonstrado, não sendo suficiente para a antecipação, o mero temor, desacompanhado de elementos que corroborem para com as assertivas deduzidas no pedido. Portanto, se existir o perigo, este deve ser provado, sob pena de não ser deferida a antecipação. Nesse aspecto, deve haver, por parte do magistrado a quem caberá a decisão da concessão, ou não, da antecipação da tutela, cognição exauriente da alegação, não podendo se valer, apenas, de apreciação sumária do alegado.

Imperioso, também, seja estabelecida a relação de causa e efeito entre a demora na emissão do provimento e os prejuízos que possam decorrer de tal demora, sob pena de faltar interesse processual para o requerimento da medida, já que esta não é apta para evitar consumação de danos. Importante, ainda, que a medida se lastreie em perigo atual, e não em perigo passado, o que resultaria na impossibilidade de antecipação.

2.4. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO DO RÉU

Antes de mais nada, é preciso notar que o texto do inciso II, do artigo 273, prevê a ocorrência de duas situações distintas entre si, quais sejam, "abuso do direito de defesa" ou "manifesto propósito protelatório do réu", e dessa forma, devem ser analisadas separadamente, buscando uma melhor interpretação de cada situação.

Analisando o abuso do direito de defesa, também somos forçados a entender qual o sentido correto da palavra "defesa". Teria lhe sido emprestado o significado de contestação ou simplesmente, de resposta? Para Calmon de Passos,

Carreira Alvin e Cândido Rangel Dinamarco, a palavra "defesa" estaria relacionada à contestação, e não à resposta. Sustentam essa opinião, justificando tanto o inciso III do artigo 14, como o inciso I, do artigo 17, referindo-se ao termo "defesa" no sentido de razões dedutíveis pelo réu contra a pretensão do autor, razões que encontram na peça contestatória, o seu veículo formal, segundo o disposto no artigo 300, do CPC.

Superado o conceito de "defesa", passemos ao estudo do "abuso do direito de defesa", primeira das situações elencadas no inciso II, do artigo 273, do CPC.

Parece-nos que abuso do direito de defesa, nesse sentido, seria a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários e, porque não, impertinentes. No estudo desse assunto, encontramos a opinião de Calmon de Passos, que ensina que: *"Talvez a melhor maneira de definir o abuso do direito seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso."*¹⁹.

Passando para o estudo da segunda parte do inciso II, do artigo 273, do CPC, podemos fazer a seguinte ilação: se consideramos que o "abuso do direito de defesa" seja o exercício exorbitante do direito de contestar, podemos considerar que "propósito protelatório do réu" nada mais é que qualquer outro ato não relacionado à contestação, que tenha por escopo o retardamento do processo.

Definindo a idéia de "manifesto propósito protelatório", citamos o pensamento do Prof. Costa Machado: *"manifesto propósito protelatório do réu é a intenção clara do demandado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é revelada pela utilização exorbitante do direito de resposta, que não a contestação e do direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário. Acerca do direito de resposta, chamamos a atenção para o fato de que ele é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só de suas modalidades com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção,*

¹⁹ Passos, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18.

impugnação ao valor da causa, denunciação, etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação."²⁰.

Finalizando a abordagem do inciso II, do artigo 273, do CPC, apresentamos um conceito de Calmon Passos, que bem diferencia "abuso de direito" de "propósito protelatório": "A par do abuso de direito, também pode fundamentar a antecipação a comprovação nos autos de que há, por parte do réu, manifesto propósito protelatório. No já mencionado art. 17, fala-se em provocar incidente manifestamente infundado; é uma hipótese capaz de configurar intuito protelatório. Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar; inclusive quem, no curso da demanda, provoca incidentes infundados, além do abuso do direito, revela propósito manifestamente protelatório. Também quem opõe resistência injustificada ao andamento do processo exterioriza manifesto intuito protelatório. Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse instituto é manifesto quando desprovido do ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática."²¹.

2.5. PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE

Ao dispor, o § 2º, do artigo 273, do CPC, que "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.", a Lei impôs mais um requisito a ser cumprido por quem requeira a antecipação. Dessa forma, para ver atendido seu pedido, deverá, o autor, atentar para a existência de prova inequívoca e *periculum in mora* (quando seu pedido se fundar no inciso I, do artigo 273), ou de prova inequívoca e abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (quando sua pretensão se baseie no inciso II, do artigo 273), como também demonstrar ao juiz – e também convencê-lo – de que a alteração da medida é possível de reversão.

²⁰ Machado, Antônio Cláudio da Costa. A reforma do processo civil interpretada. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 25.

²¹ Ob. Cit. p. 25.

No que diz respeito à natureza da irreversibilidade, a grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de uma irreversibilidade fática, encontrando-se, nessa corrente, grandes juristas, tais como Ernani Fidelis dos Santos²², Carreira Alvin²³, Ovídio A. Baptista da Silva²⁴, entre outros.

Para Teori Albino Zavaski, tal dispositivo insculpido no § 2º, do artigo 273, do CPC, consiste no "princípio do núcleo essencial" e, no seu entender, *"antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo."*²⁵.

Mesmo com tais considerações, importante observarmos que existem casos em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito (v. g. litígios envolvendo planos de saúde, em que as empresas se negam a cobrir as despesas hospitalares em razão do tipo de doença; ou no suposto credor que necessita do dinheiro para realizar operação urgente, que não pode aguardar o final do processo)²⁶. Nesses casos, como observa Ovídio Baptista, "se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima."²⁷.

De se registrar, por fim, os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸:

²² "A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior." (Santos, Ernani Fidelis dos. Novos perfis do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27).

²³ "No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão num determinado sentido comporta decisão em sentido contrário -, mas da conseqüência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar." (Alvin, Carreira. A antecipação da tutela na reforma processual in A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 74).

²⁴ "Leia-se 'irreversibilidade dos efeitos', não irreversibilidade do provimento, como consta nesse parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis." (Silva, Ovídio A. Batista da. A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual in A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142).

²⁵ Zavaski, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

²⁶ Bedaque, José Roberto. Antecipação da tutela jurisdicional in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 238.

²⁷ Ob. Cit. p. 142.

²⁸ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 542-543.

“A tutela antecipatória deve ser reversível, isto é, as conseqüências de fato ocorridas como decorrência da decisão proferida devem ser reversíveis, no plano empírico.

Essa reversibilidade que exige a lei pode ser in natura, o que é sempre preferível. O que se deseja é que seja possível a volta ao status quo ante, que haja reposição do estado das coisas tal qual estas existiam antes da providência.

Considera-se, todavia, reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido.

Sabe-se, porém, que isto nem sempre ocorre. Há danos que, rigorosamente, não são substituíveis por pecúnia.

Pense-se, por exemplo, na destruição de um imóvel urbano. A indenização pode se prestar a custear a reconstrução de outro equivalente. Isto não ocorreria se se tratasse de imóvel cuja construção datasse de 1906.

Só em casos como estes, e em mais graves, é que se considera que o dano seria irreversível a ponto de evitar a concessão da medida.

Ainda assim, em certos casos, há que aplicar o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devem-se ponderar os valores em jogo, e, em função dessa ponderação, eventualmente, chegar-se a conceder a antecipação.

Assim, ainda que se trate de imóvel de valor histórico, se, ao que tudo indica, está ameaçando ruir e representa perigo a pessoas, deve-se sacrificar um direito provável em detrimento de um direito improvável, e conceder a medida, apesar de inexistir reversibilidade no plano empírico.

O princípio da proporcionalidade é a resposta (uma das respostas...) que se pode dar à tentativa de se solucionar a equação rapidez-segurança, gerada pela possibilidade de que medidas concedidas com base em fumus não fiquem presas à necessidade de reversibilidade.”

3. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A Constituição Federal arrola uma série de princípios processuais, que podem ser resumidos pelo princípio geral do “devido processo legal”. Destes princípios, dois interessam a esse estudo, pois, sob determinado aspecto, contrapõem-se: o princípio da efetividade da jurisdição e o princípio da segurança jurídica.

Como bem define Teori Albino Zavascki, o “direito” à efetividade da jurisdição corresponde ao conjunto de direitos e garantias que asseguram ao indivíduo, meios eficazes (no sentido de propiciar ao demandante vitorioso a concretização fática de sua vitória) e expeditos (no sentido de que o resultado se dê em prazo razoável) para o exame de sua demanda trazida à apreciação do Estado-juiz, sendo corolário direto do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal²⁹.

Uma vez que o Estado veda a autotutela, deve, por conseqüência, tutelar de forma efetiva os conflitos trazidos ao seu conhecimento. Assim, quando a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da inafastabilidade jurisdicional, o que se assegura não é meramente um acesso formal à Justiça, mas sim um acesso que proporcione uma tutela adequada e tempestiva de direitos.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, o mesmo possui previsão expressa no artigo 5º, inc. LIV da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em outras palavras, o litigante demandado apenas poderá ver-se privado de sua liberdade, ou de seus bens, caso respeitados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Embora possa parecer que a introdução da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico tenha privilegiado o princípio da efetividade jurídica, em detrimento da segurança jurídica, entendemos que o posicionamento doutrinário mais plausível com a convivência dos princípios fundamentais é aquele que

²⁹ Zavascki, Teori Albino. ob. cit., p. 64.

observa na antecipação de tutela um instrumento de compatibilização ou harmonização entre os princípios da efetividade jurisdicional e da segurança jurídica³⁰, pois os princípios e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, já que apresentam, com frequência, tensão entre si, em face da natural restrição resultante da convivência das liberdades.

Assim, em nosso sistema, antes da prevalência do princípio da efetividade da jurisdição frente ao princípio da segurança jurídica, o que se observa é que, na tentativa de harmonizar tais princípios, nas situações em que o risco da demora na prestação jurisdicional possa acarretar situação de injustiça, a fórmula encontrada foi a via das medidas de caráter provisório. Assim, nesses casos, não se dá a supressão do princípio da segurança jurídica, mas sua relativização, com o objetivo de tornar possível a tutela, que se não fosse antecipada, pereceria³¹.

³⁰ Nesse sentido: Theodoro Jr, Humberto. Tutela antecipada. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, p. 189-192; e Zavascki, Teori Albino, Antecipação de tutela, p. 65-68.

³¹ Zavascki, Teori Albino. p. 66.

4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

4.1. A FAZENDA PÚBLICA E SUAS PRERROGATIVAS

A expressão “Fazenda Pública”, em seu sentido processual (adequado ao presente trabalho), refere-se à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. A esses entes, a doutrina acrescenta as autarquias, que também são pessoas jurídicas de direito público, e consideradas como uma continuidade (*longa manus*) do próprio ente estatal. As fundações públicas, para aqueles que admitem a sua existência³², também incluem-se no conceito de “Fazenda Pública”, dado o seu caráter autárquico.

Sendo o Estado uma organização burocrática de alta complexidade, que, de forma simultânea, de interesses direcionados às mais variadas áreas, o tratamento diferenciado destinado à Fazenda Pública não compromete o princípio constitucional da isonomia.

Assim, a Fazenda Pública, quando é parte em ação judicial, desfruta de tratamento especial, que se traduz em determinadas prerrogativas, que não são reconhecidas aos particulares. Estas prerrogativas causam um desnivelamento entre as partes dentro do processo, e têm sido consideradas legítimas pela doutrina e jurisprudência dominantes.

A Fazenda Pública goza de várias prerrogativas no campo processual, como, por exemplo, o juízo privativo (no âmbito federal este juízo privativo beneficia não apenas a União e as entidades autárquicas, mas também as empresas públicas, a teor do artigo 109, inc. I, da Constituição Federal de 1988); prazos (que em favor da Fazenda Pública são mais dilatados, conforme arts. 188 e 277 do Código de Processo Civil); pagamento de despesas judiciais (a teor do art. 27 do Código de Processo Civil, as despesas decorrentes de atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão apenas pagas ao final, pelo vencido, que fica também dispensada de preparo dos recursos, segundo art. 511 do Código de

³² A existência de fundações com personalidade pública não é pacífica na doutrina, cf. di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 371.

Processo Civil); procedimento próprio para a execução de créditos em favor da Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80); possibilidade de obtenção de medida liminar na ação de arresto sem justificção prévia (art. 816, inc. I do Código de Processo Civil).

Podem ainda ser citadas como prerrogativas processuais da Fazenda Pública: o reexame necessário ou duplo grau obrigatório das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475, inc. II, do Código de Processo Civil); o procedimento próprio para execução das condenações da Fazenda Pública em pagamento de quantia certa (art. 100 da Constituição Federal e art. 730 do Código de Processo Civil); e o regime próprio quanto às decisões proferidas contra si em caráter provisório (liminares e antecipação de tutela).

Essas três últimas prerrogativas citadas têm sido apontadas como os principais óbices à admissão do instituto da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

No entanto, a doutrina mais recente tem demonstrado que tais óbices são superáveis, uma vez que a antecipação de tutela, como instituto prestigiador do princípio da efetividade do processo, não deve sofrer tamanha restrição.

Como o Estado é parte demandada em parcela expressiva dos processos trazidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais (basta verificar-se o número de feitos que tramitam perante as Varas da Fazenda Pública, no âmbito estadual, e também perante a Justiça Federal), defender-se, *a priori*, a impossibilidade de aplicação da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública é, em outros termos, negar a possibilidade de uma tutela célere e adequada quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação jurídica processual, mesmo naqueles feitos que satisfaçam os pressupostos legais para a antecipação de tutela.

4.2. O OBSTÁCULO DO REEXAME NECESSÁRIO

Um dos maiores obstáculos que têm sido colocados, por parte expressiva da doutrina, à aceitação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, é o que diz respeito à eficácia da decisão, em função do disposto no artigo 475, inc. II, do

Código de Processo Civil, que prevê o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

“Art. 475. Está sujeito 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, n. 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 avoca-los.”

Parte da doutrina³³ apresenta como argumento para superar o obstáculo imposto pelo artigo 475, inc. II do CPC, o fato de que este dispositivo legal referir-se-ia, de maneira expressa, à *sentença*, e não à decisão interlocutória. No entanto, tal argumento é insuficiente e poderia levar a falsas conclusões.

Como demonstra Luiz Guilherme Marinoni³⁴, esta justificativa poderia levar a o raciocínio, equivocado, de que o artigo 475, inc. II, do CPC, impediria a execução imediata de sentença contra a Fazenda Pública, mas não impediria esta execução imediata em face de tutela antecipada.

Entender-se que o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, após o advento do instituto da tutela antecipada, impediria a sua imediata execução, não condiz com o nosso ordenamento jurídico, pelo mesmo motivo de que não se pode falar em impossibilidade de antecipação de tutela proferida contra particular de cuja sentença final possa ser interposta apelação recebida no duplo efeito.

Por outro lado, seria um absurdo se o sistema processual impedisse a efetivação imediata de uma sentença contra a Fazenda Pública, originada através de cognição plena e exauriente, fundada em juízo de certeza (ainda que sujeita a

³³ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela (obra coletiva), p. 552; Lopes, João Batista. Tutela antecipatória e p art. 273 do CPC in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela (obra coletiva), p. 214-215.

³⁴ A antecipação da tutela, p. 212.

reapreciação pelo tribunal), e permitisse essa efetivação imediata através de simples medida liminar, proferida em sede de tutela antecipada, originada através de cognição sumária, fundada em mero juízo de verossimilhança³⁵.

Assim, não basta afastar o artigo 475, inc. II do CPC através de uma simples interpretação restritiva do dispositivo legal, pois isto poderia levar à conclusão absurda de que o menos (cognição sumária em juízo de verossimilhança) seria mais efetivo que o mais (cognição plena e exauriente em juízo de certeza).

Vale lembrar que os efeitos da sentença ainda não recorrida, proferida contra a Fazenda Pública, igualam-se aos efeitos da sentença proferida contra o particular na qual foi interposta apelação com efeito suspensivo. Embora o recebimento da apelação com o duplo efeito, em nossa sistemática processual, ainda seja a regra, tal fato não pode impedir a aplicação da tutela antecipada, sob pena de se tornar inócuo o instituto da tutela antecipada.

Assim observou Hugo de Brito Machado:

“tal privilégio não consiste no direito ao duplo grau de jurisdição mas apenas na dispensa de iniciativa recursal da Fazenda Pública (...) A obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em se tratando de sentença contra a Fazenda Pública, apenas significa que, vencida esta, considera-se a apelação sempre interposta, para proteger o ente público contra eventual inércia de seus representantes judiciais. Os efeitos da sentença proferida contra a Fazenda são exatamente os mesmos produzidos por uma sentença contra a qual foi interposta a apelação (...) Vê-se, portanto, que a prevalecer o argumento segundo o qual não é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em face do duplo grau de jurisdição, tem-se de entender também incabível a antecipação de tutela em qualquer caso, posto que sempre poderá ocorrer a interposição da apelação. Interposta esta, a sentença somente poderá ser executada depois de confirmada pelo tribunal.”³⁶

O legislador, quando criou o instituto da tutela antecipada, procurou harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica.

³⁵ Alvim J. E. Carreira. Tutela antecipada na reforma processual in A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 157-155.

³⁶ Machado, Hugo Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário in Revista Dialética de Direito Tributário, nº 5, São Paulo: Oliveira Rocha, 1996, p. 45.

Como o recebimento da apelação, em seu duplo efeito, não impede a antecipação de tutela e a execução imediata da sentença proferida contra o particular, da mesma forma, a sentença proferida contra a Fazenda Pública não pode afastar a possibilidade de antecipação de tutela, pois os seus efeitos são exatamente os mesmos.

Aceitar-se o contrário significa inviabilizar o instituto da antecipação de tutela. Não se pode admitir que a possibilidade de submissão ao duplo grau de jurisdição impeça a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional, sob pena de perecimento de direitos.

Como define Teori Albino Zavascki³⁷:

“o reexame necessário há de ser compatibilizado com a decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências decorrentes”.

Outro argumento para afastar o reexame necessário como óbice à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, é o que estabelece uma comparação com as medidas liminares em mandado de segurança.

Assim ensina Nelson Nery Jr.³⁸:

“O Mandado de Segurança já tem, hoje, regime jurídico que permite a antecipação do provimento de mérito por meio de liminar, sem que ninguém tivesse contestado até hoje essas eficácias, sob o argumento de que a liminar teria de ser confirmada pelo tribunal. O Poder Público tem de cumprir as liminares dadas em Mandado de Segurança, como verdadeiras medidas antecipatórias dos efeitos de mérito da segurança.

Mutatis mutandis o sistema da tutela antecipatória é em tudo e por tudo semelhante ao do Mandado de Segurança, quando neste último há liminar antecipatória. O que se fazia no Mandado de Segurança em hipóteses restritas, ampliou-se com a introdução, no processo de conhecimento tout court, da tutela antecipatória genérica.”

³⁷ Antecipação da tutela, p. 160.

³⁸ Nery Jr., Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipatória in Aspectos Polêmicos ... Obra citada, p. 391.

De fato, é nítida a natureza antecipatória das liminares concedidas em mandado de segurança, onde são antecipados os efeitos do julgamento do mérito da segurança. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, nas ações de conhecimento, é muito semelhante à liminar em mandado de segurança.

Não obstante, jamais foi contestada a eficácia das medidas liminares em mandado de segurança, sob o argumento de que estas deveriam sujeitar-se ao reexame necessário – previsto especificamente na Lei nº 1.533/51, em seu artigo 12 - e serem confirmadas pelo tribunal. Não há, portanto, que se confundir reexame necessário com óbice ao cumprimento provisório da sentença ou com obstáculo à efetivação da antecipação de tutela.

4.3. O ÓBICE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 100 DA CF/88

Assim dispõe o referido dispositivo da Carta Política de 1988:

“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 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.”

O precatório é a fórmula através da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias para o pagamento de execução de ordem judicial. Há apenas a solicitação, uma vez que o nosso ordenamento jurídico não prevê a possibilidade de execução forçada contra a Fazenda Pública, mas apenas o cumprimento voluntário de decisões pela Administração Pública.

Tal instrumento foi idealizado por ser o Estado um devedor atípico, uma vez que está livre do mecanismo da penhora. Assinala Milton Flaks que o

precatório é fórmula genuinamente nacional para a execução de créditos contra a Fazenda Pública, que não encontra paralelo no direito comparado³⁹.

Como o dispositivo mencionado refere-se apenas à sentença, existem dois posicionamentos doutrinários distintos quanto ao ato judiciário que possibilita a emissão do precatório. O primeiro posicionamento doutrinário afirma que a emissão do ofício precatório requisitório de pagamento apenas ocorreria com a prolação de uma sentença, uma vez que o referido artigo 100 da CF/88 faz menção à “sentença judiciária”, e não a “decisão interlocutória”⁴⁰, o que inviabilizaria a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública nas obrigações de pagar quantia certa.

O posicionamento oposto defende que não se referindo o artigo 100 da Constituição Federal de 1988 à “decisão interlocutória”, esta estaria totalmente excluída do regime de precatórios⁴¹.

No entanto, ficamos com o entendimento de Antônio Cláudio da Costa Machado:

“Quanto ao argumento de que apenas a sentença, e não uma decisão interlocutória, pode servir de título executivo contra a Fazenda Pública, algumas colocações se impõem. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que se é verdade que, dentre os títulos judiciais arrolados no art. 584 do CPC (dos quais depende a execução de qualquer pessoa, Estado ou particular), não se encontra qualquer referência à decisão antecipatória. Logo, por meio de um raciocínio legal simplista como este, não caberia execução provisória, fundada na decisão do art. 273, nem contra o Estado (CF, art. 100), nem contra qualquer particular (CPC, art. 584). Em segundo lugar, por outro lado, se admitirmos que a decisão antecipatória é título executivo especial, ou excepcional, não vemos nenhum motivo para que não se possa reconhecer tal especialização, ou excepcionalidade, tanto à luz do art. 584 do CPC, que só fala de ‘sentença’ (incs. I a IV), como à luz do art. 100 da Constituição. E para corroborar o argumento, observe-se que também na regulamentação da execução provisória só se encontra a referência à ‘sentença’ (arts. 587 e 588), enquanto que nas regras que disciplinam a execução contra a Fazenda

³⁹ Flaks, Milton. Precatório judiciário na Constituição de 1988. Revista de Processo, Vol. 58, p. 84.

⁴⁰ Conte, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela in Revista dos Tribunais, n° 718, p. 21.

⁴¹ Wambier, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela e desapropriação indireta in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela (obra coletiva), op. cit. , p. 291.

nenhuma alusão existe ao tipo de ato judicial que pode fundamentar a instauração do processo executivo (arts. 730 e 731).”

E conclui:

“... a única e legítima ilação interpretativa que se pode fazer a partir do termo ‘sentença’, no texto do art. 100, caput, da Constituição, é a de que o nosso sistema jurídico não admite a execução contra a Fazenda fundada em título extrajudicial – tese que é corroborada pela própria existência da regra do art. 475. Além do mais, não esqueçamos que não existe no mencionado art. 100 qualquer referência a trânsito em julgado, como requisito do título executivo, o que é mais indicativo de que a execução provisória contra a Fazenda não está proibida pelo texto constitucional”.⁴²

Assim, para o autor que se ampara em lições de Hugo Brito Machado, a sentença se prestaria a instruir o requisitório de precatório; o numerário respectivo seria colocado à disposição do juízo e, em sendo julgados improcedentes os pedidos, retornaria aos cofres públicos.

Nelson Nery Jr.⁴³ entende ser admissível a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, com a restrição de que, nas condenações em dinheiro, seja respeitado o sistema constitucional dos precatórios (art. 100 da CF e art. 730 do CPC), o que, ao que parece, se assemelha ao entendimento de Antônio Cláudio da Costa Machado, no sentido de se instruir o precatório com a decisão antecipatória.

Esta também é a posição adotada por João Batista Lopes⁴⁴:

“Conquanto admissível, a antecipação da tutela não poderá fugir às peculiaridades da execução contra a Fazenda Pública, o que, em termos práticos, obsta a plena eficácia da antecipação.

⁴² Tutela antecipada, p. 618.

⁴³ Procedimentos e tutela antecipatória. In: Aspectos polêmicos... Obra citada, p. 391.

⁴⁴ Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: Aspectos polêmicos... Obra citada, p. 214.

De qualquer modo, o autor beneficiado com a antecipação terá, com a expedição do precatório, primazia na ordem cronológica, o que, em certo sentido, também é satisfação do direito.”

Sem maiores argumentos e no mesmo sentido posiciona-se Humberto Theodoro Jr.⁴⁵.

A maioria da doutrina parece se dirigir a aceitar a concessão da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública; o ponto crucial reside na forma de se compatibilizar o seu deferimento com o artigo 100 da Constituição Federal.

Reputamos razoável acatar a decisão que antecipa a tutela como instrumento hábil a instruir o requisitório de precatório (o que por si só já implicaria uma diminuição no tempo de espera na ‘fila’ dos precatórios), por conciliar adequadamente a ordenação das despesas públicas, que se assegura por intermédio do artigo 100 da CF, e a efetividade buscada pelo artigo 273 do CPC.

No entanto, vale destacar o estudo realizado por Cássio Scarpinella Bueno sobre a jurisprudência dominante no STJ, que demonstra uma inclinação pela maior instrumentalização da execução contra o Poder Público até o instante do levantamento do depósito.

Tal entendimento baseia-se em dois fatores: a ausência de prejuízo na instrumentalização da execução e a lentidão da execução contra a Fazenda Pública.

Assim, para Scarpinella:

“Diante dessa tendência jurisprudencial que tem se formado no STJ, desde que tomemos como base o ratio daquelas decisões, é possível entendermos a admissão da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do caput do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos seus incs. I e II do CPC.” E mais adiante: “A antecipação, neste caso, poderia significar o início, desde logo, à quantificação do bem perseguido pelo autor da ação, instrumentando-se a execução provisória, como regra, até a expedição do precatório e seu depósito no exercício seguinte ou no outro, dependendo da época de sua

⁴⁵ Tutela antecipada. In: Aspectos... Obra citada, p. 200.

apresentação (CF, art. 100, parágrafo 1º), mantendo aí depositado o valor até julgamento final da ação. Na hipótese de se verificar, in concreto, possibilidade de reversibilidade da concretização do pagamento do valor constante do precatório pelo particular – como, por exemplo, o desconto em folha; como prevê o art. 46 da Lei 8.112/91 -, não haveria qualquer óbice à concretização, em definitivo, da antecipação de tutela naquelas ações contra o Poder Público.”⁴⁶

Em situações extremas, como por exemplo: uma ação proposta contra a Fazenda Pública, com pedido de antecipação de tutela, onde uma pessoa, sem recursos financeiros, e com grave enfermidade, tenha necessidade de realizar, com urgência, tratamento apenas disponível em algum país do exterior, e acessível somente mediante o pagamento de determinada quantia. O pedido fundamenta-se no dever do Estado em prover saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal. Caso o tratamento não seja realizado, com a devida urgência, a pessoa não poderá sobreviver.

Ora, como defender-se, nesse caso, o respeito à ordem dos precatórios? Qual a razão de não se aceitar a aplicação do princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos em confronto?

Embora ainda não se tenha encontrado consenso sobre uma fórmula que seja apoiada em sólidos argumentos técnicos para a defesa da adoção de uma maior efetividade às decisões em tutela antecipada frente à Fazenda Pública, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários isolados, têm defendido, em determinados casos, uma maior efetividade a estas decisões concessivas de antecipação de tutela em face do Poder Público no que se refere à obrigação de pagar quantia certa.

Primorosa nesse aspecto, foi a seguinte decisão, prolatada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a admitir a dispensa do precatório:

INDENIZAÇÃO – Ato ilícito praticado por servidor estadual – Condenação da Fazenda do Estado – Liquidação da obrigação – Executada que abusou do direito de defesa opondo resistência ao andamento da execução da sentença que foi por demais retardada – Presente o fundando receio de dano

⁴⁶ Tutela antecipada e ações contra o Poder Público. In Aspectos polêmicos... Obra citada, p. 70-73.

irreparável ante o grave estado de saúde do exequente – determinação judicial para que a executada efetive depósito em dinheiro para garantir a assistência médica ao ofendido – Tutela antecipada caracterizada – artigo 273, I e II do Código de Processo Civil – Recurso não provido (TJSP – Agravo de instrumento nº 269.575 – 1 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Ribeiro Machado – 19.03.96 – V.U.)

Podendo o instituto da tutela antecipada ser entendido como um mecanismo importante de defesa do indivíduo contra ingerências do Poder Público, seria dispensável o ofício precatório naqueles casos em que, por exemplo, o indivíduo carecesse de qualquer outro instrumento de proteção de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, como o direito à saúde.

O artigo 100 da Constituição Federal, com o procedimento estabelecido no artigo 730 do Código de Processo Civil, não pode ser considerado como um dispositivo que prevalece em qualquer situação, independentemente dos princípios constitucionais ou bens jurídicos em conflito.

Na hipótese de colidência entre dispositivos constitucionais, deverá prevalecer aquela interpretação favorável aos princípios fundamentais – entre os quais se encontra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da jurisdição -, ainda que em prejuízo a determinados dispositivos, como é o caso do artigo 100 da CF/88.

Assim, em determinados casos, torna-se imperativo a não observância da ordem dos precatórios, especialmente quando o magistrado se defronta com uma situação em que a demora possa colocar em risco o direito à vida, direito fundamental protegido constitucionalmente pelo artigo 5º, caput, da CF/88.

O legislador pátrio, em consonância com os novos rumos do direito processual civil, primando pela efetividade da jurisdição e o acesso à justiça, editou recentemente as EC nº 30 e a Lei 10.259/2001, dispensando o precatório nos casos regulamentados por lei e possibilitando o seqüestro de numerário público suficiente no caso de descumprimento da decisão judicial.

A EC nº 30 deu a seguinte redação ao artigo 100 da Constituição Federal de 1988:

“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 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. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)

§ 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. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda 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. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)

§ 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. (NR) (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)

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

entidades de direito público. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)

§ 5º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, DOU 14.09.2000)”

A lei nº 10.259/01, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, apresentou, em seu artigo 17, o seguinte:

“Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1.º Para os efeitos do § 3.º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3.º, caput).

§ 2.º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

§ 3.º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1.º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 4.º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1.º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.”

Em face do exposto, entendemos que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública não poderá submeter-se ao regime dos precatórios, especialmente quando se verifica que altas autoridades no país pregam simplesmente o calote dos precatórios, em função do alto valor que representam nas contas públicas (o

Governo de São Paulo deve em precatórios cerca de R\$ 10 bilhões; a Prefeitura de São Paulo, R\$ 1.1 bilhão)⁴⁷.

Finalizando este tópico, transcrevo excerto de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal no Agravo de Instrumento nº 1227-3/98. em seu voto, o Desembargador relator Valter Xavier, da Primeira Turma Cível, apreciando recurso de decisão denegatória de pedido de antecipação de tutela formulado pelo Sindicato dos Médicos do Distrito Federal, em face da Fundação Hospitalar do Distrito Federal (fundação pública), para que esta reduzisse o desconto previdenciário com base na alíquota de 6% sobre a remuneração mensal, tece considerações interessantes, que merecem ser reproduzidas:

“(...) O Estado, atualmente, é um descumpridor das decisões judiciais. A dificuldade para um servidor receber qualquer crédito de que seja titular, mesmo portando uma sentença transitada em julgado, revela-se pelo amontoado de pedidos de intervenção federal, o que chega às raias do público e notório.

Conseqüentemente, o periculum in mora, em se tratando de crédito contra a Fazenda Pública, ainda que pareça juridicamente um absurdo, na prática não o é. E o Poder Judiciário não pode fazer de conta que não vê, pois o pior cego é exatamente aquele que não quer ver.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo para afastar a incidência da Lei 9.494/97 e reconhecer a presença do periculum in mora no caso vertente (...).”

4.4. AS LIMITAÇÕES À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA IMPOSTAS PELA LEI Nº 9.494/97

A tentativa de limitar-se legalmente a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos contra a Fazenda Pública não é recente.

É fato notório que, em nosso ordenamento jurídico, sempre existiram normas impeditivas de liminares em sede de mandado de segurança e ação cautelar.

⁴⁷ Machado, Rubens Aprobato. Precatórios: devo, não pago in Folha de São Paulo de 13.08.1999. vide também Oliveira, Eduardo de. Dante declara moratória de precatórios in Folha de São Paulo de 13.08.1999.

Aliás, fácil é também perceber que tais normas sempre foram editadas de forma casuística, a fim de proteger certa conjuntura econômica pela qual passava o país⁴⁸.

Vejam os:

- a Lei nº 2.770/56, que suprime a concessão de liminares que visem a liberação de mercadorias ou coisas de procedência estrangeira – a norma veio para proteger a iniciante indústria automobilística nacional que tinha de competir de forma desigual com os carros importados;

- as conhecidas Lei nº 4.348/64 – que veda medidas liminares de reclassificação, equiparação de servidores públicos e concessão de aumentos ou extensão de vantagens – e Lei nº 5.021/66 – que dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens assegurados a servidor público em mandado de segurança – visavam a dificultar a discussão de reforma administrativa que se implantava à época;

- a Lei nº 7.969/89, que estendeu os efeitos do art. 5º, da Lei nº 4.348/64 às medidas cautelares – veio concomitante à discussão da URP de abril e maio de 1989;

- a Lei nº 8.076/90, resultante de sucessivas medidas provisórias – previu que no *mandamus* e nas cautelares que versassem sobre a reforma econômica implantada pelo Governo Collor, ficasse suspensa, até 15.9.92, a concessão de medidas liminares;

- a Lei nº 8.437/92, que disciplinou a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público – tentou reprimir as denominadas “cautelares satisfativas”.

Mais recentemente, veio a Medida Provisória nº 1.570/97 – editada sucessivas vezes, até o advento da Lei nº 9.494/97 -, disciplinando a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, estendendo ao instituto as conhecidas restrições do sistema. Tal norma teve como “pano de fundo” a manifestação do

⁴⁸ Dias, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. Revista de Processo nº 59, ano 15, jul/set, 1990, p. 126.

STF quanto à concessão para os servidores públicos civis dos 28,86%, concedido somente para os militares⁴⁹.

Em seu artigo 1º, dispôs este ato do Executivo:

“Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26.06.1964, no artigo 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9.06.1996, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.”

Em seu artigo 2º, também trazendo tema de relevo para o presente trabalho, acrescentou, esta Medida Provisória, um § 4º ao artigo 1º da Lei 8.437/92, que passou a ter a seguinte redação:

“§ 4º. Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”.

Ao estender ao instituto da antecipação da tutela as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico nacional a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu este ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública. Fosse descabida a aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual, certamente não haveria preocupação em disciplinar, regular ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público.

No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contém

⁴⁹ Bonfim, Benedito Calheiros. Inconstitucionalidade da MP restritiva de liminares. Revista Consulex – Ano I – nº 6 – jun/1997, p. 23.

os requisitos de urgência e relevância), quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais limitações impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão ao direito, mas também a “ameaça a direito”, demonstrando que as tutelas de urgência estão garantidas constitucionalmente).

Há também o posicionamento doutrinário que defende a constitucionalidade das restrições. Teori Albino Zavascki argumenta que, da mesma forma que é constitucional que o legislador possibilite a concessão da tutela provisória, baseada em cognição sumária, sem esgotar o direito ao contraditório e a ampla defesa, também seria constitucional que o legislador ordinário restringisse o poder do juiz em deferir medidas liminares, considerando que os direitos dos litigantes não são absolutos. Além disso, diz o autor que os direitos dos litigantes:

*“(...) em determinadas circunstâncias e sob certas condições, podem vir a sofrer restrição, seja pelo juiz que os aplica, seja pelo legislador que regulamenta o seu exercício. A relatividade desses direitos decorre, basicamente, da necessidade de propiciar, no campo prático, a convivência harmônica e simultânea de todos eles”.*⁵⁰

Já o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, ainda que em cognição sumária, pela constitucionalidade das restrições à antecipação de tutela. Em sessão plenária realizada em 16.04.1997, o Pretório Excelso concedeu liminar na ADIN nº 1576-1, exclusivamente para suspender a eficácia do preceito da Medida Provisória nº 1570 que impõe a prestação de caução para a concessão de medidas de urgência que possam gerar danos às pessoas jurídicas de direito público (art. 2º), tendo sido indeferido o pedido de suspensão cautelar dos demais dispositivos restritivos à concessão da tutela antecipada.

Posteriormente, com a conversão da Medida Provisória nº 1570 na Lei nº 9.494/97, o Presidente da República e as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ingressaram com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4, com o objetivo de obter provimento jurisdicional, junto ao Supremo

⁵⁰ Antecipação da tutela, p. 168.

Tribunal Federal, que impedisse a concessão, pelos demais órgãos do Poder Judiciário, de tutela antecipada nos casos disciplinados pela referida lei, uma vez que a ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte, em 11.02.1998, o pedido de medida cautelar, suspendendo, com efeito vinculante e eficácia *ex nunc*, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997. Assim, estariam inibidos, em princípio, os pedidos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

Cabe ressaltar que a disposição constitucional introduzida no artigo 102, § 2º, não previu a concessão de medida liminar em sede de ação declaratória de constitucionalidade, sendo discutível a possibilidade de se atribuir efeito vinculante a uma decisão realizada por cognição sumária. No entanto, o fato é que tal mecanismo totalmente atípico de controle de constitucionalidade possui a aceitação da nossa Suprema Corte, pelo menos em sua atual composição, o que torna impossível a concessão da tutela antecipada frente a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

No entanto, é plenamente defensável o entendimento de que o magistrado pode deixar de aplicar a norma declarada constitucional pelo STF, desde que o fundamento não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é o caso de sua não aplicação ao caso concreto, em vista das peculiaridades inerentes a este, que não se privariam ao comando da norma declarada constitucional.

O STF já apreciou questão semelhante quando julgou o pedido de suspensão cautelar da Medida Provisória nº 173/90, que proibiu a concessão de liminares que versassem sobre questões relativas ao “Plano Collor”, tendo o relator Min. Sepúlveda Pertence reconhecido que o controle de constitucionalidade apenas deveria ser realizado apreciando cada caso concreto:

“... creio que cada solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame de

constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, o julgue constitucional, porque abusiva.”⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, contudo, na ADIn nº 1.576-DF, de que foi relator o Min. Marco Aurélio, suspendeu liminarmente a vigência do art. 2º da referida medida provisória que dera nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, acrescentando o parágrafo 4º, nestes termos:

“Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público vir a sofrer dano, em virtude de concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”.

Ou seja: se o caso concreto exigir do magistrado a concessão da providência acautelatória ou antecipatória, a mesma deverá ser concedida em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A suspensão da eficácia do artigo 2º da mesma Medida Provisória, igualmente, significa que o caucionamento do juízo não pode resultar na impossibilidade concreta da prestação jurisdicional.

Assim ensina Cássio Scarpinella Bueno⁵²:

“Decisivamente, nem o art. 1º e nem o art. 2º da Med. Prov. 1.570/97 podem querer significar o descabimento de medidas acautelatórias ou antecipatórias (seja qual for o veículo processual empregado) generalizadamente só porque o requerimento é formulado em face da Fazenda Pública. Inversamente, naqueles casos que não tratam das matérias reguladas pelas Leis 4.348/64 e 5.021/66 e pelas outras leis que negam providência similar em mandado de segurança, ora estendidas à tutela antecipada pelo art. 1º daquele ato do Executivo, sua admissão não pode significar concessão arbitrária de ‘liminares’ contra o Poder Público. A atuação do magistrado na análise dos elementos condutores da tutela em cada caso concreto é sempre decisiva.” (grifo nosso)

⁵¹ ADIN 223-DF, in RTJ, v. 132, p. 571-607.

⁵² Tutela antecipada e ações contra o Poder Público. In Aspectos polêmicos... Obra citada, p. 94.

5. A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.

Por tudo o que foi exposto, concluímos pela admissão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Obviamente, o âmbito de aplicabilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública não é o mesmo em face das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, pelo *status* diferenciado que a Fazenda Pública possui, especialmente quanto às obrigações de pagar quantia certa, por conta do óbice imposto pelo artigo 100 da Constituição Federal.

Por exemplo, no campo tributário, a efetivação da ação de repetição de indébito, por implicar em saída de dinheiro do erário público, realizar-se-á, como regra, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios requisitórios de pagamento. A efetividade da antecipação da tutela, neste caso, resumir-se-ia à possibilidade de emissão do precatório a partir da decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada, quando o autor reservaria seu lugar na ordem sucessiva de pagamentos.

Mesmo em determinadas hipóteses de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de quantia, entendemos ser possível e necessária a concessão da tutela antecipada, independentemente de precatório judicial.

A proteção do interesse público não chega ao ponto de afastar, em toda e qualquer hipótese, a efetividade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública quanto às obrigações de pagar quantia certa, devendo ser sopesados, no caso concreto, os bens jurídicos em conflito.

Como bem ensina Cássio Scarpinella Bueno:

“A conscientização do acesso à justiça não pode, por definição, servir como óbice de seu acesso eficaz, sem agredir, também por esta razão, os princípios norteadores do Estado Social Brasileiro (...) O exame e as especificidades de cada caso concreto, com efeito, é que devem definir a necessidade de resguardo da afirmação de direito do particular...”⁵³.

⁵³ Tutela antecipada e ações contra o Poder Público, op. cit., p. 94.

Embora entendamos, através da aplicação dos princípios da proporcionalidade dos bens jurídicos em conflito e da isonomia, que seja possível a admissão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, é forçoso reconhecer que as formas implementação de decisões antecipatórias contra o Poder Público, considerando as dificuldades inerentes ao tema e aos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, carecem de elaboração de uma legislação específica e esclarecedora.

O instituto da tutela antecipada nas ações em que a Fazenda Pública figure como parte demandada, deve ser consagrado como importante mecanismo de defesa do indivíduo diante das ingerências do Estado, que interfere de modo intenso na esfera de atuação do particular.

O Poder Judiciário possui em tal instituto um instrumento precioso na busca da efetividade do processo.

Sua utilização em face da Fazenda Pública deve ser entendida como meio de proteção do indivíduo e de realização do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, através da prestação jurisdicional efetiva e adequada (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), que, por sua vez, é corolário de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, cabe transcrever decisão do TJSP que já se manifestou, de maneira expressa, em prol dessa admissibilidade ordinária de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

“Tutela antecipada – Ações contra o Estado – Admissibilidade – A antecipação de tutela inseriu-se como provimento interlocutório de antecipação de efeitos da tutela, não da tutela de mérito, que virá apenas ao final do processo – e, então, subordinada ao reexame, para reserva de formação de coisa julgada. A disciplina minuciosa e cuidadosa do instituto, inserida pela reforma de 1994 – CPC, arts. 273, §§ 1º a 5º, e 461, § 3º - estabeleceu-o não como provimento cautelar – como equivocadamente, chegou a entrever parte da doutrina inicial, impressionada com os termos da parte final do art. 273, caput e § 1º -, mas como instituto diverso, situado entre o provimento cautelar e o provimento de mérito. Instituto novo e, portanto, diverso, não é razoável que se interprete a luzes dos institutos

anteriores - cautelar e mérito – sob pena de se extinguir a novidade, em homenagem ao mais puro terror ao novo e à apologia do antigo, ainda que evidentemente insuficiente, este, no caso, à demanda das transformações experimentadas pelo sistema processual. Não há pois nenhum empecilho à aplicação do instituto da antecipação de tutela relativamente a ações contra o Estado, inclusive no tocante a recebimento de vencimentos, proventos e outras formas remuneratórias. Ao contrário: venha a antecipação de tutela em casos de direito cristalino desse tipo contra o Estado!” – grifo nosso. (TJSP – Ac. un. Da 9ª Câm. De Direito Público, de 19-3-97 – AI 27.786+5/1 – Rel. Des. Sidnei Beneti; in Coad – Nossos Tribunais 38/97, verbete 79.973).

CONCLUSÕES

1) No processo de reforma do Código de Processo Civil, reconheceu-se no instituto da tutela antecipada, o seu maior avanço na busca pela efetividade do processo.

2) Ressai a intenção do legislador em conferir maior efetividade ao processo, possibilitando ao julgador, mediante requerimento, aliado ao atendimento de pressupostos (prova inequívoca e verossimilhança), conjugados com algum dos requisitos legais listados (receio de dano ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório) antecipar ao autor os efeitos da tutela pleiteada na inicial.

3) Nosso sistema processual, tradicionalmente, sempre foi extremamente protetor do direito de defesa do litigante demandado, o que implicava em que a disciplina da solução dos litígios ocorresse apenas após realizada uma cognição plena e exauriente.

4) A antecipação da tutela traz um maior equilíbrio na distribuição do ônus do tempo no processo, onde se passa também a valorizar a situação do autor, que não mais precisa esperar a sentença definitiva para obter os efeitos da tutela final, ainda que provisoriamente.

5) O instituto da tutela antecipada difere da tutela cautelar.

6) A antecipação de tutela possui pressupostos genéricos indispensáveis: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, que devem ser interpretados não como prova de verdade absoluta, mas como prova segura, que aproxime o juízo de probabilidade da cognição sumária ao juízo de verdade da cognição exauriente.

7) O instituto possui dois pressupostos alternativos: o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, representando o primeiro o *periculum in mora*, e o segundo a utilidade da pretensão a ser assegurada no processo através de medida de natureza sancionatória.

8) Quanto à irreversibilidade, acompanhamos a doutrina dominante, que prevê que a reversibilidade fática comporta atenuações, não devendo ser interpretada de modo rígido.

9) A introdução da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico possibilita a harmonização entre os princípios da efetividade jurídica e da segurança jurídica, que apresentam, com freqüência, aspectos de colisão, que necessitam ser compatibilizados.

10) O sentido técnico-processual de “Fazenda Pública” se traduz como as pessoas jurídicas de direito público interno em juízo, e inclui a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações públicas.

11) A Fazenda Pública em juízo desfruta de tratamento diferenciado, que é legítimo, e explicável pela natureza dos interesses que defende e pela complexidade de sua estrutura burocrática.

12) Entre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública estão: o juízo privativo; prazos mais dilatados; procedimento próprio para execução de seus débitos; entre outras, sendo que três destas prerrogativas têm sido apontadas como óbices à admissão do instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública: o procedimento próprio para execução das condenações da Fazenda Pública em pagamento de quantia certa, o duplo grau de jurisdição obrigatório e o regime legal próprio a que se submetem as decisões proferidas contra a Fazenda Pública em caráter provisório.

13) O instituto da tutela antecipada, sob o foco do indivíduo em face do Poder Público, pode se transformar em eficiente mecanismo de defesa contra as ingerências indevidas deste na esfera particular.

14) A Lei nº 9.494/97, no intuito de determinar as hipóteses em que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não pode ser deferida, acabou por reconhecer, a *contrario sensu*, o cabimento da antecipação da tutela nas hipóteses que não foram previstas no texto legal.

15) As normas limitativas de uma efetividade maior às decisões proferidas contra o Poder Público, embora possam ser consideradas constitucionais, não devem ser aplicadas, necessariamente, em todos os casos, pois em se tratando de conflito de valores jurídicos igualmente relevantes, como a prestação jurisdicional efetiva e adequada, e a segurança jurídica e o risco de danos ao interesse público, esta aferição apenas poderia ser realizada no caso concreto, e não em abstrato, de

acordo com as peculiaridades a cada caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

16) Assim como o recebimento da apelação em seu duplo efeito não impede a tutela antecipada concedida em face de particular, da mesma forma, a tutela antecipada concedida em face da Fazenda Pública não pode impedir sua execução, pois os seus efeitos são exatamente os mesmos. Aceitar o contrário significa inviabilizar o instituto da tutela antecipada.

17) Jamais foi contestada a eficácia das medidas liminares em mandado de segurança, sob o argumento de que estas deveriam se sujeitar ao reexame necessário, embora seja patente a natureza antecipatória das medidas liminares concedidas em mandado de segurança.

18) Embora o entendimento de que a efetividade da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, nas condenações em pagamento, limitar-se-ia à emissão do precatório requisitório de pagamento desde logo, isto é, a partir da decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, reservando-se assim, ao autor, seu lugar na ordem sucessiva de pagamentos, ao invés de aguardar o trânsito em julgado da condenação da Fazenda Pública, não se pode deixar de reconhecer que a efetividade desse posicionamento ainda é muito limitada, especialmente naqueles casos em que a urgência da antecipação da tutela esteja relacionada à manutenção da vida.

19) Deve-se aceitar, também quanto aos precatórios, princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos em confronto, o que tornaria dispensável o ofício precatório naqueles casos em que o indivíduo carecesse de qualquer outro instrumento para proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida.

20) Embora entendamos, através da utilização dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, que seja possível a admissão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, inclusive em determinadas hipóteses que impliquem em pagamento de quantia certa, é forçoso reconhecer que as formas de implementação de decisões antecipatórias em face da Fazenda Pública carecem de uma legislação específica e esclarecedora.

21) O legislador pátrio, seguindo os novos rumos do processo civil, na busca de uma maior efetividade jurisdicional, editou a EC nº 30 e a Lei nº

10.259/2001, dispensando o precatório nos casos regulamentados por lei e possibilitando o seqüestro de numerário suficiente em caso de descumprimento da decisão judicial.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Carreira. “A Antecipação de Tutela na Reforma Processual” in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONFIM, Benedito Calheiros. Inconstitucionalidade da MP Restritiva de Liminares in: Revista Consulex – Ano I – nº 6 – jun/1997.
- CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela, Revista dos Tribunais nº 718.
- DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de Liminares in: Revista de Processo nº 59, ano 15, jul/set, 1990, p. 126.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- FLAKS, Milton. Precatório Judiciário na Constituição de 1988. Revista de Processo, Vol. 58.
- LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. 3 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MACHADO, Hugo Brito. Tutela Jurisdicional Antecipada na Repetição de Indébito Tributário in: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 5, São Paulo: Oliveira Rocha, 1996.
- MACHADO, Rubens Aprobato. “Precatórios: devo, não pago” in: Folha de São Paulo de 13/08/1999.
- MALLET, Estevão. Tutela Antecipada no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. A Antecipação da Tutela. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Eduardo de. “Dante Declara Moratória de Precatórios” in: Folha de São Paulo, 13/08/1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Ovídio Batista da. “A ‘Antecipação’ da Tutela na Recente Reforma Processual” in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada e Tutela Cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 742, Agosto, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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