

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

**ASPECTOS POLÊMICOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA
FAZENDA PÚBLICA**

RONALDO JEFFERSON FERNANDES PEREIRA

Presidente Prudente/SP
Outubro/2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

ASPECTOS POLÊMICOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA
FAZENDA PÚBLICA

RONALDO JEFFERSON FERNANDES PEREIRA

**Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jesualdo Eduardo
de Almeida Júnior.**

Presidente Prudente/SP
Outubro/2002

**ASPECTOS POLÊMICOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA
FAZENDA PÚBLICA**

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

**Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior
Orientador**

**Luís Eduardo Sian
Examinador**

**Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinadora**

Presidente Prudente, 5 de dezembro de 2002

Brevidade, economia e remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha.

Paulo Batista

RESUMO

Cuida-se de obra destinada à análise sistemática do instituto da Tutela Antecipada, inovação trazida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, notadamente, no que concerne à tormentosa celeuma sobre a admissibilidade e os limites a que estaria sujeita a concessão da medida antecipatória nas ações intentadas em face da Fazenda Pública.

O autor faz uma abordagem dos entraves doutrinários e legais que parte da doutrina e da jurisprudência pátrias consideram como sendo verdadeiros óbices à aplicação do instituto em face da Fazenda Pública.

Enfrentando esses pretensos óbices um a um, o autor procura demonstrar que, uma vez caracterizado o risco de dano irreparável na demora da prestação jurisdicional e, presentes os demais requisitos legais, em face do caso concreto, deve o magistrado deferir a tutela antecipada ainda que esteja ocupando o pólo passivo da relação processual a Fazenda Pública, para que o direito daqueles que buscam o poder judiciário seja adequadamente tutelado, e como forma de se prestigiar os princípios da proporcionalidade e da efetividade da jurisdição, bem como assegurar a igualdade processual.

ABSTRACT

One refers to an work designed to the systematic analysis of the institute of anticipated judicial provision, innovation brought by Law n° 8.952, of December 13th., 1994, that altered sections 273 and 461 of the Civil Process Code, and especially designed to analyse the vexatious clamour on being or not admissible the anticipated judicial provision and the limits its concession would be submitted to, in the lawsuits filed against government.

The author makes an approach of the doctrine and legal impediments, that part of the brazilian doctrine and jurisprudence consider like true obstacles to the application of the institute against government.

Facing up to these alleged obstacles, one by one, the author tries to demonstrate that, once characterized the risk of an irreparable injury caused by tardiness in granting to the aggrieved party the jurisdictional assistance, and when the other legal requirements are present in a concrete case, the judge must grant the anticipated judicial provision, though the government is the defendant in the case, in order to protect adequately the right of those who seek the judicial system and as a form of assigning prestige to the canones of proportion and efficacy of the jurisdiction, as well as to assure the equity of the legal proceedings.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. VISÃO CONTEMPORÂNEA DO PROCESSO	12
2.1 Origens do Processo.....	12
2.2 Acesso à Ordem Jurídica Justa.....	18
2.3 A Instrumentalidade.....	21
2.4 A Efetividade.....	23
3. DA TUTELA ANTECIPADA.....	26
3.1 Considerações Iniciais.....	26
3.3 Análise da Tutela Antecipada no Direito Estrangeiro.....	29
3.3.1 Na França.....	29
3.3.2 Na Itália.....	30
3.3.3 Na Alemanha.....	32
3.3.4 Na Grécia.....	32
3.3.5 Nos Estados Unidos e na Inglaterra.....	33
3.3.6 Em Portugal.....	34
3.3.7 No Uruguai.....	35
3.3.8 Na Argentina.....	36
3.4 Justificativa Político-Jurídica do Novo Instituto.....	36
3.5 Tutela Jurisdicional Antecipada e a Reafirmação da Efetividade da Constituição e do Prestígio da Função Jurisdicional.....	38
3.6 A Antecipação de Tutela como Harmonização entre os Princípios da Efetividade da Jurisdição e da Segurança Jurídica.....	39
3.6 Conceito e Natureza Jurídica.....	40
3.7 Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Diferenças e Semelhanças.....	44
3.8 Disciplina Legal.....	47
3.9 Requisitos para Concessão.....	48
3.9.1 Requisitos Genéricos.....	49
3.9.1.1 Regularidade do Processo e Condições da Ação.....	49
3.9.1.2 Necessidade de Requerimento da Providência e a Outorga “Ex Officio”.....	49
3.9.1.3 Prova Inequívoca e a Verossimilhança da Alegação.....	55
3.9.1.4 O Perigo da Irreversibilidade à Luz do Princípio da Proporcionalidade.....	57
3.9.2 Requisitos Específicos.....	60
3.9.2.1 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação.....	60
3.9.2.2 Abuso do Direito de Defesa ou o Manifesto Propósito Protelatório do Réu.....	61
3.9.2.3 A Tutela Antecipada da Parte Incontroversa.....	63
3.10 A Concessão da Tutela Antecipada nas Diversas Modalidades de Sentença.....	63
3.10.1 Nas Ações Condenatórias.....	64

3.10.2 Nas Ações Constitutivas.....	64
3.10.3 Nas Ações Declaratórias.....	66
3.10.4 Nas Ações Executivas Lato Sensu e Mandamental.....	69
3.11 Procedimento na Antecipação da Tutela.....	70
3.11.1 Legitimidade para Requerer a Providência.....	70
3.11.2 Momento da Antecipação: Possibilidade de Concessão Liminar da Antecipação da Tutela "Inaudita Altera Parte".....	72
3.11.3 Competência.....	77
3.11.3.1 A Competência para apreciação da Tutela Antecipada Até a Prolação da Sentença.....	78
3.11.3.2 Competência para apreciação da Tutela Após a Prolação da Sentença.....	79
3.12 Possibilidade de Revogação do Provimento.....	82
3.13 Execução do Provimento Antecipatório.....	83

4. DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....88

4.1 Considerações Iniciais.....	88
4.2 Os Privilégios Processuais da Fazenda Pública.....	88
4.3 A Necessária Proteção do Indivíduo.....	90
4.4 Os Entraves Legais e Doutrinários à Aplicação do Instituto da Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública.....	91
4.4.1 O Panorama Normativo das Restrições à Efetividade dos Provimentos Jurisdicionais em Face do Poder Público.....	91
4.4.1.1 A Lei 9.494/97 e as Limitações da Tutela Antecipada em Face do Poder Público.....	93
4.4.1.2 A Antecipação de Tutela e Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4.....	96
4.4.2 O Reexame Necessário.....	100
4.4.3 Os Requisitos Específicos do art. 273 Vistos como Entraves à Concessão da Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública.....	103
4.5 Tutela Antecipada Contra a Fazenda Pública nas Obrigações de Pagar Quantia Certa: O Precatório e as Alterações Advindas Emenda Constitucional n.º 30.....	105
4.6 A Antecipação de Tutela Específica em Face da Fazenda Pública.....	112
4.7 A Antecipação da Tutela para Suspensão do Crédito Tributário: Da Súmula 212 do STJ à Lei Complementar 104/01.....	117

5.

CONCLUSÃO.....	122
----------------	-----

6.

BIBLIOGRAFIA.....	126
-------------------	-----

1 - INTRODUÇÃO.

O processo civil consiste num complexo de normas e princípios que regem o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

O direito processual civil, nesse quadro, funciona como um instrumento de exercício da função jurisdicional com o fim específico de dirimir os conflitos de natureza civil, de direito comercial, de direito público não-penal além daqueles que não caibam a outros ramos especializados do direito processual.

Ao exercer a jurisdição o Estado desempenha uma função instrumental, que visa peremptoriamente a pacificação social. Essa instrumentalidade nada mais é do que uma relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com a necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Nessa ótica, a instrumentalidade alerta à necessidade da existência de um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa, com a consciência de que o processo constitui-se num instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado, devendo, portanto, ser afastado qualquer óbice seja de natureza política, econômica ou social à efetividade da prestação jurisdicional e ao processo justo.

Na Constituição nascem as regras fundamentais da diretriz processual, sem as quais o legislador ordinário não teria condições de delimitar seu campo legislativo. Assim, o direito processual está diretamente ligado ao direito constitucional, não só em face da hegemonia que o direito constitucional mantém sobre todos os outros ramos do direito, mas principalmente porque, o processo é uma função do Estado e, portanto, é na Constituição que estão traçados os atributos e limites dessa função.

A Constituição estrutura os poderes do Estado e asseguram os direitos fundamentais. Nestes encontramos aqueles inerentes à postulação dos direitos individuais que falam de perto ao direito processual, como o tratamento igualitário das partes no processo (art. 5º, inciso I), o que garante o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), o contraditório (art. 5º LV), entre outros.

No desenvolvimento deste trabalho, mereceu destaque a previsão normativa do acesso à justiça. Todavia, não basta a simples proclamação deste acesso, ou seja, reconhecer a admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo; é preciso algo mais amplo, é necessária a existência de mecanismos que efetivamente viabilizem o acesso à justiça ao maior número de pessoas possível, e que estas pessoas possam defender seus direitos adequadamente, através de julgamento justo.

Essa preocupação do Legislador pátrio em viabilizar uma forma célere de distribuição de Justiça, é facilmente abstraída do eminente processo de reforma da legislação processual civil.

Para esse mister, adotou-se uma política de simplificação dos ritos e procedimentos do processo. Especial atenção foi atribuída à questão da efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo criando-se mecanismos de agilização da máquina judiciária.

Dentre estes mecanismos recentemente inseridos na sistemática processual brasileira, destaca-se dentre outros institutos a Antecipação de Tutela preceituada no artigo 273, do CPC, que veio permitir, de forma ampla e pormenorizada, a tutela antecipada do direito subjetivo material.

Pois bem. O presente trabalho se prestou à análise do instituto da Tutela Antecipada que, enquanto fenômeno processual, procura viabilizar uma conciliação entre os principais aspectos antagônicos da jurisdição: o atendimento pleno ao princípio do devido processo legal, que requer um considerável lapso temporal e a completa efetivação do direito de forma célere, atendendo à expectativa da paz social.

Ao introduzir esse instituto no ordenamento jurídico nacional, o Legislador condicionou sua aplicação à existência de prova inequívoca, ao convencimento da verossimilhança da alegação e, alternativamente, à verificação da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, à ocorrência de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, ou ainda, à existência da parcela incontroversa do pedido.

Ocorre que, enquanto estudioso da Ciência do Direito, tenho me deparado com divergências, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, quanto à possibilidade de concessão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

Com o advento da Lei 9.494/97, a questão tornou-se ainda mais aviltante e, nem mesmo após a manifestação do Supremo Tribunal Federal por meio da ADC nº 4,

chegaram a doutrina e jurisprudência a um consenso, existindo ainda hoje, posições divergentes quanto à admissibilidade e os limites da concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

O presente trabalho, sem a pretensão de exaurir o assunto, destinou-se à abordagem dos aspectos polêmicos e atuais da controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a admissibilidade da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, que se mostra de inegável interesse prático e acadêmico.

Para alcançar o fim almejado, a presente obra foi dividida em três capítulos.

O capítulo 1 faz uma abordagem superficial porém necessária da evolução do direito processual civil. Neste capítulo foram analisados a origem e evolução do processo civil dando um especial enfoca para as novas tendências do processo civil moderno.

No capítulo 2 foi realizada uma análise sobre a origem e justificativa do instituto da tutela antecipada, bem como uma abordagem genérica, porém, indispensável, sobre os principais aspectos deste instituto, cotejando-os com as recentes alterações processuais advindas das Leis n.ºs 10.352 e 10.444.

Por fim, no capítulo 3 destina-se a um estudo específico da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Neste capítulo, busca-se enfrentar os entraves legais e doutrinários levantados por parte da doutrina como impeditivos à admissão da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

2 - A VISÃO CONTEMPORÂNEA DO PROCESSO.

2.1 - Origens do Processo.

Há muito se chegou à conclusão de que os conflitos de interesse deveriam ser submetidos a julgamento perante a autoridade pública. Com o afastamento da autotutela¹⁵⁰ que evolui para a autocomposição¹⁵¹ até chegar a jurisdição,¹⁵² se fez necessário regulamentar a atividade da administração da Justiça. Surgiram com isso, as primeiras normas processuais, que se limitaram, no início, à aplicação das sanções penais e à composição dos litígios civis.

Somente a partir do mundo clássico greco-romano que o direito processual civil passou a ganhar foros científicos, desvinculando-se de preconceitos religiosos e superstições.

O processo observava a oralidade e o princípio dispositivo aparecia como regra dominante, tocando o ônus da prova às partes e, só excepcionalmente, se permitia a iniciativa do juiz em questões probatórias. Conheciam-se, nessa época, as provas testemunhais e documentais, fazendo-se restrições ao testemunho de mulheres e crianças.

O mais importante, contudo, no processo greco-romano, diz respeito à livre apreciação de prova pelo julgador, que exercia uma crítica lógica e racional, sem se ater a valorações legais prévias em torno de determinadas espécies de prova.

No processo romano, percebe-se nítida influência do processo grego-romano, principalmente no tocante à livre apreciação das provas que, em sua fase primitiva, tratava

¹⁵⁰ É a forma mais primitiva de solução de litígio, por meio da autotutela, as partes solucionam suas controvérsias de maneira direta, sem a intervenção de um terceiro estranho à lide. Para solução dos conflitos as partes se valiam de qualquer meio, inclusive a força bruta, representada pelo poder bélico e econômico. Hodiernamente, a autotutela é rechaçada pelo Direito Penal por meio do art. 345, exercício arbitrário das próprias razões, sendo, excepcionalmente, admitida no Direito Moderno, como por meio da legítima defesa da posse.

¹⁵¹ Com o tempo, a autotutela foi dando espaço ao surgimento de outra forma de solução dos conflitos, num sinal de avanço da civilização, mediante a ingerência de um terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelos conflitantes, como no caso da atual Arbitragem, forma integral e completa de autocomposição.

¹⁵² Com o desenvolvimento da noção de Estado, bem como da noção de Estado de Direito, chegou-se a conclusão de que a tarefa de solucionar a lide deveria ser tida como função do Estado.

o juiz como um árbitro, que decidia com critério pessoal, em tudo o que a lei não previa solução específica.

Foi, entretanto, no processo romano, que se admitiu pela primeira vez que a tarefa do julgador era uma função derivada da soberania do Estado e, desde então, o processo passou a ser tido como um “instrumento de certeza e de paz indispensável”,¹⁵³ nessa fase, porém, a sentença tinha validade somente perante as partes da relação processual e fundava-se apenas nas provas produzidas.

A evolução do processo civil romano expressa-se em três fases que, constituem as raízes do processo civil moderno.

O primeiro período, denominado período primitivo ou “legis actiones”, que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.c., o procedimento desenvolvia-se oralmente e compreendia duas fases: a primeira, desenrolava-se perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; a segunda, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença, aqui, as partes postulavam pessoalmente.

Num segundo período denominado formulário, a solução da lides não mais se restringia aos acanhados limites das “legis actiones”. Aboliram-se as ações da lei, ficando o magistrado autorizado a conceder fórmulas de ações que fossem aptas a compor toda e qualquer lide que se lhe apresentasse.

O procedimento, em linhas gerais, era o mesmo ao das “legis actiones”, entretanto, aqui, depois de examinada a pretensão do autor e ouvido o réu, caso concedesse a ação, o magistrado entregava ao autor uma fórmula escrita, encaminhando-o ao arbitro para julgamento. Nota-se, nessa fase, a existência de intervenção de um advogado e a observância dos princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório. Entretanto, a principal mudança observada nessa fase está na imposição, às partes, de observarem a sentença proferida pelo arbitro.

A terceira fase do processo romano foi denominada de “cognitio extraordinária”, e vigorou entre os anos de 200 e 565 d.c.. Nessa fase, a função jurisdicional passou a ser privativa de funcionários do Estado, desaparecendo os árbitros privados.

¹⁵³ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 1 v. p. 10.

O procedimento assumiu a forma escrita, compreendendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução, além do recurso.

Com a queda do império romano houve a imposição dos costumes e do direito germânico, que era muito rudimentar e, com isso, o direito processual europeu sofreu enormes retrocessos na marcha ascensional encetada pela cultura romana.

Sequer existia uma uniformidade de critérios, pois, entre os dominadores cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros.

Mais tarde houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos.

O processo era muito formal, e os meios de provas eram restritos as hipóteses legais, nenhuma liberdade cabia ao juiz, que tão-somente verificava a existência da prova. O valor de cada prova e a sua conseqüência para o pleito já vinha expressamente determinada pelo direito positivo. A prova, portanto, deixava de ser o meio de convencer o juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência.

Não se buscava a verdade real ou material¹⁵⁴, mas contentava-se com a mera verdade formal¹⁵⁵, isto é, a que se manifestava por meios artificiais e, geralmente, absurdos, baseados na crença da intervenção divina nos julgamentos. Esse sistema processual perdurou por vários séculos, até a fase adiantada da Idade Média.

Da fusão de normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico apareceu o direito comum, e com ele o processo comum, vigorou entre os séculos XI e XVI, encontrando-se vestígios seus até hoje nas legislações processuais do Ocidente.

¹⁵⁴ Próprio do processo penal, por esse princípio, o Juiz deve perscrutar a realidade, não se conformando com o que é apresentado nos autos (verdade formal). Tem-se como exemplo mais expressivo ao art. 156 do CPP, que permite ao Juiz determinar diligência de ofício para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁵⁵ É princípio próprio do processo civil que implica na regra de que o juiz depende da iniciativa das partes, quanto às provas e às alegações, para fundamentar sua decisão. Modernamente, esse princípio vem sendo mitigado, para permitir ao Juiz uma posição mais ativa, impulsionando o andamento do processo, determinando provas de ofício e reprimindo condutas abusivas e irregulares.

A prova e a sentença voltaram a inspirar-se no sistema romano, mas admitia-se a eficácia “erga omnes” da coisa julgada, por influência do direito germânico, que, também, inspirou o procedimento sumário, como meio de se eliminar alguns formalismo.

Com a abolição do sistema de provas pré-valorizadas, também denominada de provas tarifadas, tem-se início a fase moderna ou científica do processo civil e, a partir desse momento outorgaram-se poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras da crítica sadia, para produzir “ex officio” as provas que se impuserem para o objetivo de alcançar a justiça em sua decisão deixando, assim, de ser o magistrado simples espectador da vitória do litigante mais hábil.¹⁵⁶

O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e, apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares. Daí a necessidade de concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, para produção e valoração das provas e para imprimir maior celeridade e dinamismo aos atos processuais.

Essa concepção prevalece hoje na unanimidade dos Códigos europeus e da América Latina, inclusive no atual Código de Processo Civil brasileiro.

No Brasil, à época da independência vigia o regime jurídico das Ordenações do Reino. Por decreto imperial, foram mantidas em vigor as normas processuais das Ordenações Filipinas e das leis portuguesas extravagantes posteriores, em tudo que não contrariasse a soberania brasileira.

Essa legislação, que provinha de Felipe I e datava de 1603, encontrava suas fontes históricas no direito romano e no direito canônico.

O processo era escrito e desenvolvia-se por fases, paralisando ao fim de cada uma delas, e se desenrolava por exclusiva iniciativa das partes.

Em 1850, após a elaboração do Código Comercial, o Brasil editou o Regulamento nº 737, a primeira norma processual nacional, que destinado, apenas, no início, a regular o

¹⁵⁶ Hodiernamente, se fala no princípio da persuasão racional. Situado entre o sistema da prova legal em que os elementos probatórios possuem valores prefixados, e o sistema do julgamento secundum conscientiam, em que o Juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e, até mesmo, contra a prova. Assim, por esse princípio malgrado estar o Juiz vinculado às provas dos autos, sua apreciação não depende de critérios legais preestabelecidos. A avaliação ocorre segundo parâmetros críticos e racionais, todavia o convencimento do Juiz deve ser motivado.

processamento das causas comerciais, constituiu-se no marco da evolução na técnica processual, principalmente no que concerne à economia e simplicidade do procedimento.¹⁵⁷

Já na era republicana, e depois da consolidação em 1876, da legislação formal civil, o Regulamento nº 737 foi estendido também aos feitos civis, por força do Regulamento nº 763, de 1890.

Com a Constituição Republicana de 1891 foi estabelecida a dicotomia entre a Justiça Federal e Estadual, bem como entre o poder de legislar sobre o processo. Elaboraram-se, então, o direito processual da União e os vários Códigos Estaduais de Processo Civil.

Diante o fracasso do sistema de esfacelamento do direito processual em códigos Estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito (art. 5º XIX, a).

Após a implantação do regime forte em 1937, o Governo encarregou uma comissão de elaborar o Código Nacional de Processo Civil que, entretanto, não conseguiu ultimar seu trabalho, em razão de divergências insuperáveis entre seus membros.

Pedro Batista Martins, um dos membros da referida comissão, elaborou o projeto, que, aprovado pelo ministro Francisco Campos, foi transformado em lei pelo Governo (Decreto-Lei nº 1.608, de 1939) e que entrou em vigor a partir de 1º de março de 1940.

Depois de uma década de estudos e debates, ocorreu em 1973 a reforma do código de 1939, baseada em anteprojeto redigido pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma comissão formada pelos juristas José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade.

O direito processual brasileiro era eminentemente individual. O direito de ação, suas condições e pressupostos, revelavam-se como institutos criados e disciplinados para atender apenas a pessoa do autor e a pessoa do réu.

Com a socialização do direito constitucional, principalmente após a segunda guerra mundial, sentiu-se a necessidade de se adaptar o processo às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer cogitados pelo direito processual.

¹⁵⁷ Cintra, Antônio Carlos de Araújo et. al Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 97-98.

Atento ao surgimento de novos direitos, o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido interesse social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança e os juizados especiais de pequenas causas.

De outro lado, o texto do Código de Processo Civil vem sofrendo, nos últimos anos, alterações significativas, todas com um só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e, principalmente, mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.

Dentre as medidas inovadoras merecem destaque: a tutela antecipatória, a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a ampliação dos títulos executivos, a racionalização do procedimento sumário, a reforma dos artigos 14 e 520, a criação da ação monitória etc.

Esse conjunto de novos institutos implantados no bojo do Código de Processo civil deu nova roupagem ao processo civil, anulando-se em grande parte a antiga e rígida dicotomia da prestação jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução. Remédios como a antecipação de tutela e a ação monitória, fizeram com que a atividade executiva deixasse de ser privilégio da execução forçada, e o processo de conhecimento, por sua vez, não fica mais restrito apenas à tarefa eminentemente cognitiva, de accertamento da situação litigiosa. Hoje o juiz está autorizado a conceder, de imediato, medidas satisfativas do direito subjetivo material do litigante, cumpridas as exigências legais, ainda no curso do processo de conhecimento.

Em nome da efetividade do processo, o juiz moderno se investe nos poderes do pretor romano, quando decretava os interditos, antes do julgamento definitivo da causa. Nosso processo civil, assim, assume, em caráter geral, o feitiço interdital, reclamando de seus operadores uma profunda revisão e readequação das posturas interditivas, expressa em síntese despreziosa, pelo trinômio acesso à ordem jurídica justa-instrumentalidade-efetividade.¹⁵⁸

Procura-se, assim, atribuir ao processo o seu verdadeiro escopo: ser o caminho, e não o obstáculo, à obtenção do bem da vida almejado.

¹⁵⁸ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 1 v. p. 16.

2.2 - O Acesso à Ordem Jurídica Justa.

Ao retirar do cidadão a possibilidade de proteger diretamente o que entendesse ser seu direito, impedindo a autotutela, o Estado tornou-se responsável pela criação de meios necessários à proteção das pretensões daqueles que não mais podem utilizar-se de suas próprias forças.

Assim, leciona William Santos Ferreira, que:

*a previsão normativa deste acesso (meio) é o ponto de partida, e está consagrado no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O destinatário principal desta norma é o legislador, mas este dispositivo atinge a todos: não só o legislador não poderá, através de normas infraconstitucionais, impedir o acesso à justiça, como também ninguém poderá fazê-lo.*¹⁵⁹

Como já dito acima, o dispositivo supracitado é apenas o ponto de partida, porque não basta a proclamação do direito, a lei por si só não é instrumento hábil a garantir a efetivação e materialização de seus postulados. Embora de grande importância em termos negativos, vez que veda qualquer ato que negue o acesso ao jurisdicionado, deve o ordenamento jurídico voltar-se a um aspecto positivo, ou seja, à criação de instrumentos que viabilizem este acesso.¹⁶⁰

Seguindo essa linha de pensamento já dizia Bueno Vidigal que o direito “*existe para se realizar*” e que todo seu valor “*reside na possibilidade prática de sua realização*”.¹⁶¹

Nesse contexto, forçoso reconhecer a necessidade de algo muito mais amplo e que atualmente é sintetizado pela doutrina processualista como acesso à ordem jurídica justa.

Como asseveram da Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco: “*Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo... para que haja o efetivo acesso à justiça é*

¹⁵⁹ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

¹⁶⁰ No mesmo sentido Fux, Luiz leciona: “É certo que de nada adiantaria deferir-se o acesso à justiça sem a garantia respectiva de criação das condições ideais para a prestação jurisdicional. Restaria, se assim não se previsse, uma mera divagação constitucional”. Fux, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada). São Paulo: Saraiva. p. 20-21.

¹⁶¹ Bueno Vidigal Apud Ferreira, William Santos. Ob. Cit. p. 29.

indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente”,¹⁶² garantindo, assim, um julgamento justo.

Nessa linha de raciocínio conclui-se que, falar em acesso à ordem jurídica justa, pressupõe, necessariamente, a análise da instrumentalidade, como meio viabilizador deste acesso e, posteriormente, a efetividade, como materialização de um resultado útil.

Atualmente, reconhece-se que a expressão “acesso à justiça”, revela-se por si só insuficiente para expressar o que se realmente espera do processo. A ordem jurídica e suas instituições devem ser pensadas sob o foco da perspectiva do destinatário das normas jurídicas, e não dos seus produtores, para quem o que importa realmente é um julgamento justo e eficaz.

Assim, como salienta Kazuo Watanabe,¹⁶³ não se deve falar apenas em uma reforma textual, mas principalmente de um método de pensamento, o que realmente importa, já que o programa de reforma será consequência deste.

De outro lado, entretanto, não se pode olvidar que a sociedade moderna vem adquirindo uma complexidade cada vez maior: a explosão demográfica, o avanço das tecnologias e as atividades econômicas, que são dotadas de um dinamismo avassalador vêm gerando um aumento quantitativo e qualitativo dos conflitos.¹⁶⁴

Boa parte destas descobertas chega ao Poder Judiciário, entretanto, outras, por inúmeros motivos, não são levadas ao Poder Judiciário e sequer solucionadas, situação denominada, com feliz precisão pela doutrina, de litigiosidade contida.

Essa litigiosidade contida ou represada, como preferem alguns, é um fenômeno que passou a ser verificado a partir da década de 80, com o processo de redemocratização do país, após duas décadas de ditadura militar. Foi, entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 88 que esse fenômeno alcançou maior expressão.

Com a Carta Constitucional foram reconhecidos muitos direitos sociais, todavia, o aparato judiciário, não tem logrado êxito em responder com a eficiência e a rapidez que dele legitimamente se espera.

¹⁶² Cintra, Antônio Carlos de Araújo et. al. Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 97-98.

¹⁶³ Watanabe, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna (Participação e Processo). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 128.

¹⁶⁴ Op. Cit. p.131.

Não se pode olvidar, entretanto, que enquanto o número de juízes apenas dobrou nos últimos dez anos, o número de processo aumentou em 937 % no mesmo período.¹⁶⁵

É neste contexto que se põe à prova o desejado acesso à ordem jurídica justa, isto é, um sistema que seja acessível a todos, mas que deve produzir resultados individual e socialmente justo.

Do quanto foi expresso até o momento poder-se-ia concluir que o acesso à ordem jurídica justa é algo tão abstrato quanto os direitos objetivos sem proteção, ou seja, não se verificaria nada voltado à criação e aplicação de novos métodos ou novos mecanismos capazes de tornar factível o anseio referido. Felizmente, esta conclusão é demasiadamente falsa.

Assim é que, o acesso à ordem jurídica justa tem se mostrado de grande importância que, inúmeros dispositivos constitucionais podem ser citados como exemplos de sua positivação: assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados (art. 5.º, LXXIV), legitimidade das entidades associativas para representar judicialmente seus membros (art. 5.º, XXI), mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), direito ao devido processo legal (art. 5.º, LIV), direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV), dentre tantos outros.

Esse anseio a ordem jurídica justa é, também, facilmente vislumbrado no âmbito infraconstitucional. Exemplificativamente, tem-se a criação dos juizados especiais civis e criminais, da arbitragem, do procedimento monitório, da tutela específica, da tutela antecipada, do agravo e tantas outras.

Como se vê, são inúmeras as inovações e, por certo, muitas outras surgirão. O importante nesse momento de transição, é que as inovações tenham tomado a direção certa e que possam realmente produzir os benefícios esperados.

¹⁶⁵ trazendo a lume estes dados Benucci, Renato Luís afirma que embora possam explicar em parte a morosidade na apreciação jurisdicional, não justificam, em absoluto, a ineficiência da resposta estatal à demanda pela prestação jurisdicional. Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 17.

3 - A Instrumentalidade.

O processo constitui-se não só num instrumento de pacificação social e, conseqüentemente, de controle social, através do qual o Estado resolve os conflitos um à um. Revela-se, também, num meio de concretização da ordem jurídica material.

Um exemplo do processo como instrumento da ordem jurídica material é a norma consagrada no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Nesta norma, o legislador manifestou sua preocupação em fazer com que as ações sejam instrumentos hábeis à proteção dos direitos, mencionando a viabilidade de utilização de todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Entretanto, como assevera, com rara felicidade, Cândido Rangel Dinamarco,¹⁶⁶ o processo não se limita a um escopo meramente jurídico, deve, pois, ser apto a cumprir, plenamente, sua função sócio-político-jurídica.

Por outro lado, “*o processo não deve ser elevado ‘à condição de fonte geradora de direitos’, mas sim a de tutelar direitos*”,¹⁶⁷ conseqüentemente, suas exigências formais não devem ser cumpridas à risca, pois, como instrumento que indiscutivelmente é, não pode atuar em prejuízo de um direito material, mas sim para efetivá-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste.

Neste contexto, deve-se olvidar o formalismo quando este confundir o instrumento com sua finalidade. Assim é que, mais importante do que cumprir o comando expresso numa norma é analisar o seu conteúdo teleológico, ou seja, se a razão de ser da norma foi alcançada.¹⁶⁸

Deste modo, não procede a anulação de um processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu, como estatuído no artigo 214, §§ 1.º e 2.º, do CPC; neste caso, embora haja vício formal na citação, o réu compareceu e se defendeu, logo o objetivo da norma foi cumprido, não havendo razão para anular o processo que, caso ocorra contrapor-

¹⁶⁶ Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 270.

¹⁶⁷ Adolf Wach, Manual de Derecho Procesal Civil, 1. v., p. 27 apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

¹⁶⁸ Ferreira, William Santos. Ob. Cit. p. 29.

se-á a própria essência do processo, que é ser meio, não podendo constituir-se em obstáculo à prestação jurisdicional.

Da mesma forma nosso sistema afasta o formalismo no artigo 920 do CPC, que permite ao juiz conhecer do pedido e outorgar a proteção legal adequada, quando presentes os requisitos, mesmo na hipótese de indivíduo manejar equivocadamente uma ação possessória, em vez de outra cabível à espécie – é o que a doutrina denomina de princípio da fungibilidade dos interditos.

Neste enfoque, ainda merecem destaque as disposições previstas nos artigos 244 do Código de Processo Civil: “*Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar o resultado*”. E no parágrafo único do artigo 250 do mesmo diploma: “*Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo para a defesa*”.

De todo o exposto até o momento, conclui-se que não se deve olvidar a observância dos preceitos legais; ao contrário, deve-se buscar sua exata compreensão, através de uma interpretação lógica e sistemática, direcionada à segurança jurídica e social que o processo deve proporcionar.

Assim, o princípio da instrumentalidade deve e pode ser utilizado, mas seu emprego deve guardar sintonia com o sistema, que em última análise é seu próprio reflexo. Deve, pois, estar intimamente ligada à tutela de um direito e, isso, se mostra mais aviltante quando do estudo das tutelas cautelar¹⁶⁹ e antecipada, que existem em função das limitações do ordenamento jurídico-processual ao qual pertencem. Assim, a tutela ou proteção deve ser proporcional ao perigo ou ataque que se verifica.

Sobre o sistema de aproveitamento de atos processuais, merece destaque o artigo 563 do Código de Processo Penal, que trata do princípio da convalidação, do interesse, da causalidade e do prejuízo. Tal dispositivo, embora atinente ao processo penal, deve ser entendidos como regra geral de processo.

Visando afastar o excesso de formalismo, a Lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades, é o chamado princípio “pas

¹⁶⁹ Fala-se aqui em instrumentalidade ao quadrado, expressão clássica utilizada pela doutrina que significa que o processo cautelar é o meio pelo qual se procura resguardar o bom resultado do processo final que, por sua vez, é o meio para se obter a tutela a uma prestação.

nullité sans grief”,¹⁷⁰ pelo qual não se declara a nulidade se da preterição da forma não resultar prejuízo para a parte. Isso não significa, todavia, que em não havendo prejuízo não haverá nulidade. Deveras, a ausência de prejuízo impede a declaração da nulidade existente.¹⁷¹

2.4 - A Efetividade.

A efetividade é facilmente compreendida nas renomadas palavras de Chiovenda sobre a função do processo: “*Dar, quanto seja possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tenha o direito de obter*”.¹⁷²

Como já dito anteriormente, o Estado ao vedar a autotutela, assume a responsabilidade pela proteção do direito, devendo, por conseguinte, criar mecanismos que garanta sua busca e efetividade; todavia, o maior problema não é materializar a tutela, mas, principalmente, o tempo necessário para que isso ocorra.

Assim é que, um ordenamento não pode ser considerado efetivo simplesmente por conter normas positivadas, é necessário que além de positivadas as normas sejam aptas a concretizar o que foi previsto.

Neste contexto, surge o fator tempo como elemento intimamente ligado à idéia de efetividade. O momento de concessão da tutela é demasiadamente relevante: quanto maior o tempo despendido no processo, maiores serão os riscos de não se alcançar à almejada efetividade.

O problema, embora, num primeiro momento, possa parecer simples, na verdade, não o é. A rápida solução de um litígio pode, se não feita com critérios, ser tão ou mais prejudicial do que a solução tardia.

Discorrendo sobre o tema, lecionou, com brilhantismo, em criteriosa análise, Ovídio A. Baptista da Silva:

¹⁷⁰ Art. 563 do CPP: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

¹⁷¹ Mirabete, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1380.

¹⁷² Giuseppe Chiovenda apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

*O juiz tem por missão a observância e o cumprimento da ordem jurídica, mas esta tarefa pressupõe a prévia e necessária investigação dos fatos e do modo como o direito os recebe e regula. Esta atividade preliminar é constituída pela cognição judicial, inerente a todas as formas de jurisdição. Pois bem, como haverá de comportar-se o Estado nos casos em que a urgência de prover torne impossível ao magistrado o exercício de sua função primordial de averiguação dos fatos para determinar a quem o direito protege? Não há como fugir desta penosa alternativa: a) tutela-se desde logo, com base no provável, sacrificando-se o interesse que, aos olhos do magistrado, se mostra improvável; b) nega-se esta forma de tutela urgente, preferindo-se preservar os critérios normais de investigação probatória. Todo sistema jurídico terá de render-se a uma das alternativas, pois não há terceira via imaginável. Como fácil se percebe, nenhuma das duas soluções é isenta de inconvenientes.*¹⁷³

Situação igualmente delicada se verifica quando do estudo do princípio do devido processo legal. Demonstrando preocupação no tratamento da matéria, Ovídio A. Baptista da Silva, leciona que:

*O “devido processo legal” é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente “devido”, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’ ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘devido processo legal’, com plenitude de defesa?*¹⁷⁴

À margem da celeuma acima exposta, dispõe o artigo 6.º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950, que: “*toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável*”, e seguindo esse ideário estabelece o artigo 8.º da Convenção Americana dos

¹⁷³ Silva, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 3. v. p. 131.

¹⁷⁴ Ovídio A. Batista da Silva apud Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 218.

Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que: *“toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”*.

Como se vê, não obstante a abstração dos dispositivos citados, a iminente preocupação com a duração do processo datada de mais de meio século. E, isto está, a justificar de forma direta a criação de ritos especiais e de tutelas jurisdicionais aptas a assegurar determinados direitos.

Não se pode perder de vista, entretanto, que a elaboração desses mecanismos requer cautelas, a fim de assegurar, de outro lado, o direito de defesa e diminuir a incidência de algo pior: “o erro judiciário”.

Assim, à luz do fenômeno da socialização do processo civil e da valorização do princípio da paridade dos litigantes no processo, devem acesso à ordem jurídica justa, a instrumentalidade e a efetividade serem observadas sob a ótica não só daquele que pede a tutela jurisdicional, mas também contra quem a tutela é pedida.

De todo o exposto até o momento, conclui-se que o desejado acesso à ordem jurídica justa é inconcebível quando tratado isoladamente, reclamando, por conseguinte, para sua materialização, um tratamento ligado à instrumentalidade e à efetividade.

Frise-se, ainda, que a efetividade não reclama tão-somente o aprimoramento legislativo e doutrinário, mas pressupõe, também, uma profunda reforma na infra-estrutura dos juízos e tribunais.¹⁷⁵

¹⁷⁵ O raciocínio é desenvolvido por Watanabe, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna (Participação e Processo). São Paulo: Saraiva, 1996. p.136.

3 - DA TUTELA ANTECIPADA.

3.1 - Considerações Iniciais.

A antecipação, total ou parcial, dos efeitos práticos materiais pretendidos no pedido inicial, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, e que recebe da doutrina diferentes denominações, como “tutela antecipada”, “tutela antecipatória”, ou ainda, “antecipação de tutela”¹⁷⁶ trouxe inegável contribuição em prol da efetividade do processo, entretanto, como veremos, não se trata de um instituto novo.

Antes da nova redação do art. 273, a tutela antecipada já se encontrava prevista em alguns procedimentos especiais, como por exemplo, nas ações possessórias onde se busca coibir ameaças à posse ou repelir esbulho quando praticado a menos de ano e dia (arts. 928 e 929), nas ações relativas à locação (Lei 8.245/91, art. 59, § 1.º), nas ações de nunciação de obra nova (art. 937 do Código de Processo Civil), nas ações de desapropriação (Dec-lei 3.365/41, art. 15), no Código de Defesa do Consumidor, (Lei 8.078/80, art. 84, § 3.º), nas ações de alimentos provisionais que, frise-se, não se trata de tutela antecipada, pois, apesar de terem em comum a cautelaridade e a satisfatividade, diverge uma da outra quanto acessoriedade, uma vez que, os alimentos provisionais existem em função de um outro processo: Ação de alimentos. Trata-se, pois de uma cautelar para evitar que a falta de alimentos prejudique o outro pleito - cuida-se, portanto, de uma medida assemelhada que admite a concessão de liminar (Lei 5.478/68, art. 4.º).

De igual sorte, também já era prevista nas liminares proferidas em determinada medidas constitucionais como nos mandados de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II), em ações populares (Lei 4.717/65, art.5.º, § 4.º), em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), nas ações diretas de inconstitucionalidade, entre outros casos.

Tais hipóteses, entretanto, referem-se a situações determinadas e específicas. O nosso sistema jurídico basicamente privilegiava os direitos patrimoniais, principalmente os de propriedade e posse. Os direitos não patrimoniais como o direito à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade, à intimidade e

¹⁷⁶ O próprio art. 273, embora denomine o instituto de “tutela antecipada”, emprega a expressão “antecipação de tutela”, em seu § 5º.

outros, eram jogados na vala comum do processo de conhecimento comum, ordinário ou sumário.¹⁷⁷

Todavia, além das hipóteses expressamente previstas em lei, na prática judiciária notava-se, antes da nova redação do artigo 273, a presença da tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar inominada (art. 798),¹⁷⁸ pois nessas ações o que o autor buscava era o próprio bem da vida pretendido, e não apenas e tão-somente assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução (art. 807).

O que acontecia, portanto, era a postulação de uma tutela satisfativa, e não apenas assecurativa. Este foi o meio encontrado pelos operadores do direito para suprir a “falha” do sistema que não assegurava determinadas situações limítrofes, mas que, se aplicado com rigorismo, certamente gravíssimos casos não teriam sido tutelados o que, em última análise, ofenderia a garantia constitucional do acesso à justiça estampada no inciso XXXV, do art. 5.º, da CF, já que a lei – ou a ausência de uma disposição legal específica – não pode afastar da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.¹⁷⁹

Assim a grande inovação surgida, com a introdução do instituto da antecipação de tutela, foi sua generalização, pois, em qualquer processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos legais, passa a ser possível a aplicação do instituto da antecipação de tutela. Neste sentido, a antecipação de tutela é, por assim dizer, uma tutela sumária não exauriente, deveras superficial e, nesse particular, distingue-se da tutela jurídica normal em função da atividade cognitiva exercida pelo órgão jurisdicional, que se dá através de cognição sumária, não sendo precedida por cognição plena e exauriente.

Esta decisão exarada em uma sistemática mais célere, sem lesão às partes, corresponde a uma das principais respostas idealizadas para amenizar o problema da demora na tramitação dos processos que não é um mal exclusivo de nosso ordenamento jurídico.

Como frisado anteriormente, nosso direito é de origem romano-germânica, onde a segurança jurídica sempre foi extremamente valorizada, assim, tradicionalmente, nosso sistema processual sempre foi protetor do direito de defesa do litigante demandado, o que resultou na disciplina de solução dos litígios, salvo raras exceções, através do procedimento comum, em especial o procedimento ordinário, no qual a cognição exercida pelo órgão jurisdicional é plena e exauriente.

No entanto, com os novos valores advindos com o mundo contemporâneo, onde a informática revoluciona o próprio modo de pensar e de se relacionar do homem, sendo as decisões tomadas em tempo real, com auxílio de computador, já não mais havia lugar para tal estrutura, que é excessivamente protetora de direitos do demandado, patrimonialista, e demasiadamente lenta. Tornou-se premente a transformação e a agilização da prestação jurisdicional, de modo a torná-la compatível com as demandas.

¹⁷⁷ Watanabe, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer. p. 31.

¹⁷⁸ Batizada por parcela da doutrina de tutela cautelar satisfativa sua admissão e denominação gerou uma celeuma na doutrina; tem-se como exemplo, o ensinamento de Adroaldo Furtado Fabrício in Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares eliminares, p. 23 “...contradição em termos... falar-se de cautela satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto a idéia de gelo quente.”

¹⁷⁹ O raciocínio é desenvolvido por Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 111.

Neste contexto, a antecipação de tutela, ao valorizar a posição do autor da demanda, exsurge como uma das soluções de ordem técnico-legislativa criada para fazer face ao crescimento verificado na demanda pela prestação jurisdicional.

Esse crescimento é fenômeno que passou a ser observado a partir da segunda metade da década de 80, com a redemocratização do país, após duas décadas de ditadura militar e, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que prestigiou o acesso à justiça como princípio e garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Neste quadro, foi idealizada a “Reforma do Código de Processo Civil”. No bojo das modificações processuais que vêm sendo adotadas, a inovação trazida pela antecipação de tutela, e pelas “tutelas diferenciadas” em geral, denotam uma mudança de perspectiva, passando-se a valorizar a situação do autor, pois este tem, afinal, direito à prestação jurisdicional célere e efetiva.

Destarte, naqueles casos em que a espera pela efetivação do provimento jurisdicional cause ao autor dano irreparável, ou de difícil reparação, ou ainda, quando a parte demandada abuse de seu direito de defesa, ou demonstre manifesto propósito protelatório, ou ainda, naqueles casos em que existe parte incontroversa no pedido,¹⁸⁰ passa-se a ter a possibilidade, desde que presentes os demais pressupostos, de se antecipar os efeitos da sentença final.

Todavia é preciso frisar mais uma vez, que o aparato estatal tradicional, através do Poder Judiciário, não tem logrado responder com a eficiência e a rapidez desejáveis, efetivando os direitos sociais deferidos pela Constituição Federal de 1988, não obstante o esforço empreendido em se garantir o instrumental técnico-legislativo para tanto.

3.2 - Análise da Tutela Antecipada no Direito Estrangeiro.

Antes de se adentrar ao estudo da tutela antecipada propriamente dita, se faz necessário uma breve análise de como alguns ordenamentos jurídicos vêm regulando esse instituto.

3.2.1 - Na França.

Segundo o escólio de Moniz de Aragão¹⁸¹ o “référé provision” do direito francês é o exemplo mais expressivo de antecipação de tutela. Introduzido pelo Decreto 1.122, de 17.12.1973, hoje está disciplinado no art. 809, do Código de Processo Civil, que, tem a seguinte dicção: “*No caso de a existência da obrigação não ser seriamente contestável,*

¹⁸⁰ Inovação inserida pela Lei 10.444/02.

¹⁸¹ Aragão, E. D. Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil: Tutela Antecipada, Perícia. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 235.

pode ser concedida ao credor uma provisão, ou determinada a execução de uma obrigação, mesmo que se trate de obrigação de fazer” – Possibilita a execução imediata.

Segundo o processualista, os tribunais belgas se inclinam nessa mesma direção, e isto decorre, como informa José Roberto dos Santos Bedaque, do fato de, neste sistema, a tutela concedida antes de iniciado o processo ser semelhante à do sistema francês (Code Judiciaire, art. 584).¹⁸²

Lecionando sobre o assunto Ovídio A. Batista da Silva,¹⁸³ afirma que o requisito de inexistência de uma contestação séria no direito francês nada mais seria do que o reverso de um direito líquido e certo do demandante, pois não haveria argumentos do demandado capazes de rechaçar a pretensão da outra parte, razão pela qual coloca o instituto como um mandado de segurança genérico, cabível contra violações de direitos incontestáveis.

Embargando tal raciocínio William Santos Ferreira afirma não parecer adequada a comparação do “référé provision” com o mandado de segurança, pois a mera ausência de seriedade da contestação não seria capaz por si só de demonstrar que o direito do autor é líquido e certo.

Em continuação e invocando as regras pertinentes ao ônus da prova estampadas no art. 333, do CPC, o respeitado professor, com perspicácia, preleciona:

*Ao autor compete provar o fato constitutivo do seu direito (inciso I). Portanto, o que nos parece mais adequado é afirmar que, se o autor comprovar o fato constitutivo do seu direito (cumprindo o art. 333, I) e o réu não provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito (art. 333, II), aí sim estaremos diante da falta de contestação séria. Deve-se, porém, combinar o que o autor argumenta e prova com o que o réu não prova nem para o que não colaciona argumentos eficazes. E isto tudo sem falar nos casos envolvendo direitos indisponíveis, não aptos à aplicação pura e simples da regra referida.*¹⁸⁴

Conclui dizendo que a hipótese preconizada no direito francês aproxima-se da concessão de tutela antecipada, congratulada no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro.

Na França, o provimento que tem caráter provisório, não é dotado de executividade imediata, razão pela qual não se pode alienar, mas apenas tornar um bem eventualmente

¹⁸² Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 37.

¹⁸³ Silva, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 3. v. p. 138.

¹⁸⁴ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115-116.

indisponível. Entretanto, o juiz poderá subordinar a execução provisória à constituição de uma garantia idônea.

Cumprida ainda mencionar, que a sentença de primeiro grau não é executiva de jure, e a apelação tem efeito suspensivo, exceto quando a decisão tenha sido declarada provisoriamente executiva.¹⁸⁵

3.2.2 - Na Itália.

Disciplinada no art. 700 do Código de Processo Civil, na reforma de 1990 (Lei 353/90). A hipótese de antecipação é criticada pela doutrina italiana, como nos informa o professor Nelson Nery Jr.:

por haver incluído toda uma seção destinada a imprimir procedimento cautelar a pedidos de antecipação de tutela de mérito, confundindo os procedimentos de cognição sumária do processo de conhecimento com os procedimentos de cognição assecuratórios de outro processo principal (cautelar).¹⁸⁶

Cumprida mencionar que, a lei italiana não consagra a hipótese prevista no art. 273, II, do Código de Processo Civil brasileiro, pois, exige como o faz o nosso art. 273, I, que o direito esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável para que possa ser concedida a tutela.

Entretanto, William Santos Ferreira, seguindo os ensinamentos de Luigi Paolo Comoglio, ressalta que: “a antecipação de tutela tem também uma função sancionatória, objetivando desencorajar comportamentos identificáveis, como abuso do meio de defesa, aproveitando-se ‘dei tempi lunghi della giustizia’”.¹⁸⁷

Continuando, o autor afirma que a tutela de urgência é tratada pela doutrina italiana como uma ação cautelar atípica, assim como o faz o nosso art. 798 do Código de Processo Civil, tendo por objetivo evitar que a duração do processo cause risco ao direito tutelado e, nesse particular, assemelha-se à hipótese descrita no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro.

Existem ainda hipóteses específicas de tutela de urgência, como por exemplo, a Lei 990/69, que admite o adiantamento de até 4/5 do valor do seguro obrigatório de veículos, quando o segurado demonstrar ter necessidade de renda para atender

¹⁸⁵ Giuseppe Tarzia apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

¹⁸⁶ Nery Junior, Nelson. Atualidades Sobre o Processo Civil: A reforma do CPC brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo: RT, 1995. p. 49.

¹⁸⁷ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

necessidades primárias, bem como a “ordinanza per il pagamento di somme non contestate”,¹⁸⁸ ou ainda a “ordinanza di ingiunzione”.¹⁸⁹

Quanto à revogação e a possibilidade de impugnação dos “provvedimenti d’urgenza”, estas duas matérias foram reguladas pelo legislador italiano na reforma realizada no Código de Processo Civil pela Lei 353/69.

A revogação só é admitida em sobrevindo mudanças das circunstâncias; no que tange à possibilidade de impugnação, há o reclamo, que, conquanto não suspenda a execução da medida, há previsão de que o presidente do tribunal ou da corte possa suspender a execução ou então subordiná-la à prestação de uma caução para eventual ressarcimento de dano derivado da execução (art. 669).¹⁹⁰

3.2.3 - Na Alemanha.

William Santos Ferreira comenta que o instituto da tutela antecipada é tratado no âmbito das medidas cautelares dentro do processo de execução.¹⁹¹

Continuando o autor afirma que diferentemente do sistema brasileiro não é cabível a medida nas hipóteses de abuso de direito de defesa do réu.

Lembra-nos, por último, que na Alemanha é possível a penhora com base em sentenças de condenação pecuniária, entretanto, a execução não pode continuar até a venda, se não é prestada caução.

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹⁹² no direito alemão são admitidas medidas provisórias que visam garantir a possibilidade de uma execução forçada futura (medidas cautelares tradicionais) e medidas que objetivam manter a paz jurídica, através de uma composição provisória da situação jurídica a ser solucionada de forma definitiva na sentença.

Habscheid, afirma que o sistema alemão permite a antecipação de mérito “*em quase todos os casos em que esta seja necessária e desejável*”.¹⁹³

¹⁸⁸ trata-se de um provimento que o juiz instrutor pode exarar até o momento final da fase instrutória para dispor, acerca do pagamento das somas não contestadas pelas partes constituídas. Este provimento não põe fim ao processo, apenas constitui um título executivo.

¹⁸⁹ Provimento exarado no curso do processo para tutela do credor de uma soma de dinheiro ou de uma quantidade determinada de coisas fungíveis, ou de quem tem direito à entrega de uma coisa móvel determinada, a concessão desse provimento requer a exibição de prova escrita (art. 633, § 1.º, inc. I).

¹⁹⁰ Sergio La Chinam apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 118-119.

¹⁹¹ Ob. Cit. p. 119-120.

¹⁹² Theodoro Júnior, Humberto. Tutela antecipada. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.184.

¹⁹³ Apud Theodoro Júnior, Humberto. Ob. Cit. p.184.

3.2.4 - Na Grécia.

O Código de Processo Civil grego prevê no art. 682 medidas destinadas a evitar perigo de dano, e o faz, através da conservação de um direito ou de uma da regulamentação.¹⁹⁴

Segundo Giovanni Mammone,¹⁹⁵ o procedimento é ágil e sem formalidades, fundado no princípio inquisitivo (art. 691, § 1.º), resolve-se numa única audiência e, é dispensável a presença de advogado (art. 94, § 2.º), dispensa-se, também, a forma escrita, podendo a manifestação ser oral.

Por fim, cumpre mencionar, que a decisão do Juiz que concede uma cautelar é dotada não só de força executiva, mas também coercitiva, uma vez que o magistrado ao verificar o inadimplemento, pode condenar o devedor ao pagamento de uma soma em dinheiro na forma descrita nos arts. 946 e 947.

3.2.5 - Nos Estados Unidos e na Inglaterra.

A diferença fundamental entre o sistema brasileiro (Civil Law) e o inglês e norte-americano (Common Law) reside na tipicidade ou atipicidade das medidas cautelares. Como observa José Roberto dos Santos Bedaque:

Neste último [sistema da common law] optou-se por conferir ao juiz o poder de escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Não há, em princípio, medidas determinadas ... o juiz tem o poder genérico de assegurar a atuação correta da função jurisdicional, reprimindo qualquer tentativa de impedi-la, com fundamento no contempt of Court ... o poder de criação conferido ao magistrado lhe permite, fundado nas circunstâncias do caso concreto, conceder a medida mais adequada à preservação do resultado pretendido com a atuação jurisdicional.¹⁹⁶

Referindo-se ao critério para concessão das medidas o autor ressalta que:

Ao lado desse poder geral (imperium iudicis), existem as injunctions (mandatory e prohibitory injunctions), com função particularmente cautelar,

¹⁹⁴ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

¹⁹⁵ Apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.

¹⁹⁶ Ob. Cit. p. 39.

*pois concediadas em caráter provisório (interlocutory injunctions), após avaliação comparativa dos danos a serem causados às partes com a concessão ou não da medida (balance of convenience).*¹⁹⁷

William Santos Ferreira,¹⁹⁸ seguindo os ensinamentos de Enrico A. Dini e Giovanni Mammine, apontam que o juiz tem um poder geral de coerção muito eficaz, que assegura a atuação da função jurisdicional, pois o descumprimento de uma “injunction” sujeita a parte às sanções da “contempt of Court”.¹⁹⁹

O “*contempt of Court*” garante e satisfaz indiretamente o interesse da parte, pois a previsão visa diretamente prestigiar a função jurisdicional, aclarando o caráter nitidamente publicístico do instituto.

O objetivo do “contempt of court” pode ser tanto punir a conduta desrespeitosa (nestes casos classificada como criminal contempt of court) como coagir a parte a cumprir a ordem judicial (civil contempt of court). A sanção para tais condutas abrange a prisão (que no civil contempt é decretada por tempo indeterminado), multas, limitação aos direitos processuais, seqüestro de bens dentre outras.

Destarte, como bem observa Marcelo Lima Guerra,²⁰⁰ o magistrado, nos países que adotam o sistema “Common Law”, pode utilizar-se de qualquer meio, sub-rogatório ou coercitivo, para fazer cumprir suas decisões, proporcionando a satisfação integral de qualquer direito contra quem quer seja.

3.2.6 - Em Portugal.

Além das cautelares genéricas, existe uma previsão genérica, no art. 399 do CPC, que, estabelece o poder de conceder medidas liminares.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 123-124.

¹⁹⁹ Significa desprezo à corte ou, ainda, desacato ao tribunal, em realidade, qualquer conduta, praticada principalmente pelas partes, mas também por terceiros, que desrespeite a autoridade do Poder Judiciário, entre as quais recusar-se a cumprir ordens judiciais, tentar agredir fisicamente um juiz, advogado ou parte no processo, interromper o curso da audiência, recusar-se a testemunhar.

²⁰⁰ Guerra, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 100-103.

Alexandre Mário Pessoa Vaz²⁰¹ leciona que, no direito português, na medida em que a cautelar seja indispensável ou essencial à proteção do direito, ela existe “*comme anticipation des effets utiles de la sentence finale*”.

Para casos em que a irreversibilidade é comum tanto para o autor quanto para o réu, o art. 401, I, do Código de Processo Civil português encartado na disciplina das medidas provisórias prevê: “*A providência é decretada, desde que as provas produzidas revelem uma probabilidade séria da existência do direito e mostrem ser fundado o receio de sua lesão, salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar*”.

3.2.7 - No Uruguai.

Além de prever medidas específicas, o Código General Del Processo de 1988, no seu art. 317, estabelece:

317.1. Fuera de los casos regulados em los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

317.2. Como medida provisional o anticipada podrán disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado o, en general, se encuentren sometidos a cualquier medida cautelar, cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor. En estos casos, el tribunal podrá, a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.

317.3. estas medidas se regularán, em lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316.

A medida, embora provisória, cessa seus efeitos em razão da sentença final denegatória da pretensão, sendo que a medida provisória tem, neste sistema, aptidão para o trânsito em julgado, ainda que “*rebus sic stantibus*”.²⁰²

²⁰¹ Apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125.

²⁰² Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

3.2.8 - Na Argentina.

No direito argentino, a tutela cautelar está prevista a partir do art. 195 do Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Conforme nos ensina José Roberto dos Santos Bedaque, estão expressamente previstas nos arts. 204 e 232.

*art. 232 Medidas cautelares genéricas. Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.*²⁰³

Assim, existe no sistema argentino previsão de verdadeira antecipação dos efeitos do provimento final quando a medida cautelar inovativa é destinada a produzir alterações no estado de fato ou de direito, visando a evitar prejuízo irreparável.²⁰⁴

Importante ressaltar que, não existe no direito argentino a hipótese preconizada no inciso II, do art. 273, do Código de Processo Civil brasileiro.

Frise-se, ainda, que no escopo de evitar prejuízos graves desnecessários, o juiz pode conceder uma medida distinta da postulada ou então limitá-la, conforme a importância do direito que se almeja proteger (art. 204).

A impugnação recursal encontra-se prevista no art. 198, e implica somente no efeito devolutivo.

3.3 - Justificativa Político-Jurídica do Instituto.

O processo fincado nas raízes romanísticas somente concebia a execução posterior à sentença reclamando, pois, a observância de dois processos distintos: num primeiro processo buscava-se o accertamento do direito subjetivo da parte, ou seja, servia apenas para fixar o direito e dizer a quem assistia; e, só posteriormente, num segundo processo, a lei permitia a realização coativa do direito reconhecido, caso

²⁰³ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 39-40.

²⁰⁴ Idem.

persistisse a intransigência da parte vencida em se submeter à pretensão já líquida e certa do litigante vencedor na demanda cognitiva.

Tal dicotomia resguardava, de um lado, o suposto devedor contra qualquer intromissão em seu patrimônio até que se julgasse exaustivamente a controvérsia, contemplando-o com a suspensão do dever de cumprir a obrigação violada e; de outro lado, impunha ao credor um longo trajeto a ser percorrido até obter a respectiva a satisfação, não obstante a evidência, muitas vezes, de seu direito.

Assim, o tempo despendido pelo autor para conseguir a satisfação de seu direito, quase sempre, implicava num prêmio para o réu inadimplente e num castigo injustificável para o autor.

Como se observa, se por um lado, a própria segurança ampla do atendimento pleno ao princípio do devido processo legal determina a necessidade de um considerável lapso temporal, e um conjunto complexo e intrigante de atos processuais associado à delonga de um rito próprio, para a sua completa efetivação; por outro, há em oposição, a expectativa social de uma solução verdadeiramente célere para o conflito de interesses que atinge as partes em litígio e que, sob certa ótica, ousa desafiar a perene paz social almejada por toda a coletividade.

E, é exatamente a conciliação destes fatores antagônicos, que caracteriza o desafio maior a orientar o desenvolvimento da ciência processual e que, em grande proporção, tem orientado os estudiosos do tema e, em particular, os responsáveis pela reforma da legislação processual civil.²⁰⁵

Nesse contexto, a introdução do instituto da tutela antecipada em nossa legislação, parece orientar-se no sentido de viabilizar, a conciliação dos principais aspectos antagônicos da prestação jurisdicional, dinamizando-a.

Sobre o tema, J. E. Carreira Alvim, com rara felicidade, leciona que:

A tutela antecipada, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória – com o que se sepultaram as provas procrastinatórias – e agora, num passo de gigante antecipa initio litis a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios.²⁰⁶

²⁰⁵ O raciocínio é desenvolvido por Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 27-28.

²⁰⁶ Carreira Alvim, J. E. Código de Processo Civil Reformado. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 95.

3.4 - Tutela Jurisdicional Antecipada e a Reafirmação da Efetividade da Constituição e do Prestígio da Função Jurisdicional.

Há muito se chegou à conclusão de que o tempo é inimigo do direito e que as longas esperas se constituem em fatores de desprestígio do Poder Judiciário, bem como, de sofrimento pessoal para aqueles que reclamam a solução dos litígios.

Visando dirimir os dramas vivenciados por aqueles que buscam a tutela jurisdicional surgiu o art. 273, do Código de Processo Civil, que ao instituir de modo explícito e generalizando a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, tornou-se num instrumento hábil a ser utilizado contra os males corrosivos do tempo no processo.

O processo é hoje concebido como instrumento a serviço da ordem constitucional e reflete, sob esse aspecto, os fundamentos do regime democrático nela proclamados, assim, o processo exsurge como um meio, um caminho, nunca como objetivo final da jurisdição, devendo o juiz imbuir-se da responsabilidade de um efetivo solucionador de conflitos, para evitar que veredas processuais impeçam o conhecimento do direito vulnerável.

Neste contexto, constata-se que os direitos constitucionais, raramente, atingiram, entre nós, o nível de efetividade em normas infraconstitucionais, como o fez na tutela antecipatória disciplinada no art. 273 do Código de Processo Civil, pois, em verdade, esse instituto se constitui num instrumento de efetividade do processo, a viabilizar a implementação, em concreto, dos valores e garantias constitucionais, consubstanciados no acesso à justiça, na inafastabilidade da prestação jurisdicional e na reafirmação da isonomia material.²⁰⁷

Assim, como bem nos lembra, Neyton Fantoni Júnior, o art. 273 deve pois:

...ser entendido e assimilado como instrumento operacional dos valores e garantias constitucionais, de modo a fazer com que a tutela antecipatória tenha a sua dimensão jurídica atrelada ao ordenamento constitucional, do qual não poderá desgarrar-se no momento da interpretação e da aplicação, convertendo

²⁰⁷ Raciocínio desenvolvido por Cândido Rangel Dinamarco. A Reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 138.

*em realidade o direito à adequada tutela jurisdicional e o acesso à ordem jurídica justa.*²⁰⁸

Fixadas essas premissas, impera concluir que a antecipação de tutela disciplinada no art. 273 do Código de Processo Civil educa para o exercício dos direitos próprios e, para o respeito aos direitos alheios, e, com isso, atinge o escopo social do processo, reafirmando a força normativa da Constituição, tornando mais efetivos os princípios do acesso à ordem jurídica justa e da adequada tutela jurisdicional. Está, pois, intimamente ligada à ordem constitucional e ao prestígio da função jurisdicional, e isso é assim, em razão da referida norma potencializar a efetividade do processo e, por conseguinte, enfrentar a delonga dos processos, que consiste no grande obstáculo à realização da justiça.

3.5 - A Antecipação de Tutela como Harmonização entre os Princípios da Efetividade da Jurisdição e da Segurança Jurídica.

A Constituição Federal consagra uma série de princípios processuais, que podem ser abarcados pelo princípio-síntese do devido processo legal. Dentre esses princípios, dois se sobressaem e contrapõem-se: o princípio da efetividade da jurisdição e o princípio da segurança jurídica.

Sobre o tema não se pode perder de vista a abordagem de Teori Albino Zavascki²⁰⁹ que, com propriedade, ensina que o “direito”²¹⁰ à efetividade corresponde ao conjunto de direitos e garantias que garantem ao indivíduo meios eficazes – no sentido de propiciar ao demandante vitorioso a concretização fática de sua vitória – e expedidos – no sentido de que o resultado se dê em prazo razoável – para o exame de sua demanda trazida à apreciação do Estado, sendo corolário direto do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Como já dito anteriormente, o Estado ao chamar para si a função jurisdicional, vedando a autotutela, deve tutelar de forma efetiva os conflitos submetidos à sua apreciação. Desse modo, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional deve assegurar, não meramente, o acesso formal à justiça, mas sim um acesso que assegure uma tutela adequada e tempestiva.

²⁰⁸ Fantoni Junior, Neyton. Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil: A Tutela Antecipada à Luz da Efetividade da CF e do Prestígio da Função Jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, n. 86, p. 36, abr./jun. 1997.

²⁰⁹ Zavascki, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.

²¹⁰ Não obstante Teori A. Zavascki refira-se a “direito” à efetividade da jurisdição e “direito” à segurança jurídica, e, sem embargo daqueles que pensam como o autor, parece mais plausível, por constituírem preceitos fundamentais, conceitua-los não como meros direitos, mas sim, verdadeiros princípios.

De outro lado surge o princípio da segurança jurídica, consagrado no art. 5.º, inc. LIV, da Magna Carta, com a seguinte dicção: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Por este princípio o demandado só poderá ser privado de sua liberdade, ou de seus bens, em sendo respeitado o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Assim, forçoso reconhecer, como bem lembra Humberto Theodoro Júnior²¹¹ que, embora num primeiro momento, possa parecer que a tutela antecipada tenha privilegiado o princípio da efetividade da jurisdição, em detrimento do princípio da segurança jurídica, tal assertiva é superficial e não procede, pois os princípios e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, uma vez que apresentam, com frequência, tensão entre si, em face da natural restrição resultante da convivência das liberdades.

Assim, em verdade, a tutela antecipatória, tenta harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, nas situações em que o risco da demora na prestação jurisdicional possa acarretar situações de injustiça, e o faz, através de medidas de caráter provisório, de modo a evitar a supressão do princípio da segurança jurídica.

3.6 - Conceito e Natureza Jurídica.

O conceito de antecipação de tutela é uma construção doutrinária e como tal, varia de acordo com o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema. Dentre as várias definições existentes destaca-se a de J. E. S. Frias, segundo o qual a antecipação de tutela é:

*O provimento que o juiz dá ao autor da ação ou ao réu-reconviente, ante a assinalação de que, mui provavelmente, tal demandante, em face da verossimilhança das alegações feitas e da prova apresentada, tem o direito alegado, e ante à consideração de que, se não deferida a medida desde logo, sofrerá ele prejuízo no mínimo de difícil reparação, ou, ainda que se mostre possível a ocorrência desse dano, ante à constatação de recalcitrância por parte do demandado.*²¹²

Para Luiz Guilherme Marinoni, “a antecipação de tutela é uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo, eliminando uma das vantagens de que o réu dispõe contra o autor, que consiste no próprio tempo de solução do litígio”.²¹³

Humberto Theodoro Jr. afirma que a tutela antecipada é: “um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o

²¹¹ Neste sentido, Theodoro Júnior, Humberto. Tutela Antecipada. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65-68.

²¹² Frias, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 728, p. 61, jun. 1996.

²¹³ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

*poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou”.*²¹⁴

Quanto à natureza jurídica do instituto, a doutrina se mostra mais harmônica, estando quase de forma unânime sufragado o entendimento de que a tutela antecipada não é provimento que se confunde com o que é dado nas medidas acautelatórias, conquanto tenha alguns pontos em comum.

De fato, a antecipação de tutela como o provimento cautelar, podem ser deferidos liminarmente, exigindo ambos a demonstração do *fumus boni iuris*. A medida cautelar exige, ainda, a demonstração do que se denominou *periculum in mora*; enquanto que a antecipação de tutela reclama a demonstração do perigo da demora, ou a recalcitrância do demandado alternativamente.

De outro lado, no que tange à finalidade das medidas insta ressaltar que o provimento acautelatório destina-se, especificamente, a tornar útil o resultado do processo principal, nada mais resguardam do que o resultado prático do processo principal, não se prestando, pois, a antecipar o resultado final do processo principal; o provimento que concede a antecipação de tutela, por sua vez, não é prolatado em vista de outro processo, mas em função de situação específica do processo no qual é ele reclamado. O próprio resultado do processo é antecipada, no todo ou em parte.²¹⁵

Com efeito, cumpre mencionar, sobre a natureza jurídica da antecipação de tutela, o autorizado magistério de Nelson Nery Jr.:

*... 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 os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. 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 denominado “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.*²¹⁶

Sobre o assunto, leciona, com propriedade, Sérgio Bermudes que:

Não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no caput do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2.º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo,

²¹⁴ Neste sentido Theodoro Júnior, Humberto. Tutela antecipada. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67.

²¹⁵ Frias, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 728, p. 61-62, jun. 1996.

²¹⁶ Nery Junior, Nelson. Atualidades Sobre o Processo Civil: A reforma do CPC brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo: RT, 1995. p. 52.

*e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.*²¹⁷

Para Reis Friede, trata-se de “*forma de provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade*”.²¹⁸

Com efeito, os respeitadíssimos posicionamentos, estão a enfatizar que para a doutrina majoritária, a tutela antecipada não tem natureza cautelar. Todavia, tal entendimento, embora largamente majoritário, não é pacífico.

Trabalhos recentes têm pregado que a tutela cautelar e a tutela antecipada são compatíveis, seguindo, assim, o exemplo do direito italiano que, como nos ensina Calamandrei,²¹⁹ na classificação de medidas cautelares, incluiu as decisões antecipadas de mérito, com as quais se decide provisoriamente o litígio, como espécie de provimento cautelar.

Sobre o tema José Roberto dos Santos Bedaque argumenta:

... mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas.

E prossegue:

*Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, será melhor tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las modalidades de cautelar e não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente semelhantes.*²²⁰

Posição semelhante é adotada por Renato Luiz Benucci, que afirma:

....embora esteja arraigada em nossa doutrina dominante a idéia de que a antecipação de efeitos da sentença de mérito através de provimento cautelar são incompatíveis inexistente base científica para tal dicotomia. No fundo, a

²¹⁷ Bermudes, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 35.

²¹⁸ Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 47.

²¹⁹ apud Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 19.

²²⁰ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 284-285.

controvérsia está centrada no conceito – mais ou menos amplo – que se dê à Expressão “tutela Cautelar”.

Conclui:

Destarte, acompanho o posicionamento doutrinário minoritário que defende a natureza cautelar da antecipação de tutela. Pode até não ter sido esta a intenção do legislador ordinário. No entanto, a mens legislatoris, em nosso sistema jurídico, possui pouca relevância. Por outro lado, a mens legis do instituto revela, em função de seu escopo, característica e pressupostos estruturais, uma nítida natureza de tutela cautelar.²²¹

Com efeito, observa Renato Luiz Benucci²²² que, em nossos tribunais, entendimentos divergentes entre órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, quanto ao tipo de provimento solicitado – se o mesmo se caracterizaria como antecipação de tutela ou tutela cautelar – têm ocasionado rejeição de pedidos de antecipação de tutela em primeiro grau de jurisdição, em evidente prejuízo ao jurisdicionado.²²³

De nossa parte, entendemos, como a maior parte da doutrina, que a tutela antecipada não está arraigada no arquétipo das medidas cautelares, posto que não tem por objetivo precípuo garantir a eficácia do provimento jurisdicional a ser concedido noutro processo. Trata-se, pois, em breves palavras, de um provimento jurisdicional atinente ao mérito do pedido, que visa materializar a própria prestação jurisdicional de forma antecipada e provisória. Entretanto, embora conceda a prestação jurisdicional almejada, não se trata de sentença, nos moldes em que o termo é empregado pelo Código de Processo Civil, mas de decisão interlocutória.

3.7 - Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Diferenças e Semelhanças.

Antes de traçar os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, se faz necessário perquirir os aspectos comuns e diferenciais existentes entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Embora, haja, como ficou consignado anteriormente, entendimento dominante no sentido de que tutela antecipada e tutela cautelar não se confundem, existem, entre esses dois institutos, aspectos em comum.

O primeiro deles, é o caráter de provisoriedade de que se revestem ambos os institutos; vale dizer, assim, que nenhum deles declara, constitui, condena, executa ou impõe definitivamente a quem quer que seja determinada prestação.

²²¹ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 21-22.

²²² Ob. cit. p. 23.

²²³ Atento a esta situação o legislador da Lei 10.444/2002, consagrou no parágrafo 7.º inserido no bojo do art. 273 do CPC o princípio da fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Tem-se, ainda, o aspecto sumário da cognição “sumario cognitio”, muito embora, a tutela antecipada, como bem nos lembra Reis Friede,²²⁴ possa ser, além de sumária excepcionalmente urgente e relativamente exauriente – somente existe a tutela absolutamente exauriente na decisão definitiva relativa ao grau de jurisdição em questão - o que difere da tutela cautelar que, não obstante, de cognição sumária, em regra é urgente, mas não é exauriente.

Também se faz presente, em ambos os casos, o que se convencionou chamar de juízo de aparência, posto que, o juiz, ao apreciar o pedido, deve levar em conta a aparência, e não a certeza do direito afirmado. Assim, não obstante, o art. 798 reclama a ocorrência de “fundado receio” e o art. 273, exija “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, o que se prestigia, em ambos os casos, é a probabilidade de existência do direito.

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. Não havendo, portanto, possibilidade de reversão, o pedido, quer seja de antecipação de tutela, quer seja de tutela cautelar, não poderá ser deferido.

Ressalta-se, ainda, que ambos os institutos não produzem coisa julgada material, vez que são concedidos mediante cognição sumária.

Traçados os aspectos em comum, cumpre mencionarmos os elementos diferenciais existentes entre tutela antecipada e tutela cautelar.

Antes, porém, cumpre lembrarmos, mais uma vez, que a tutela antecipada consiste em prover, antes da decisão de mérito, no todo ou em parte, os efeitos de uma sentença; ao passo que, a tutela cautelar visa resguardar a tutela que se busca no processo principal.

Em primeiro lugar pode-se observar que a tutela cautelar é preventiva, tendo como função única e específica garantir o resultado útil do processo principal, de modo que não decide o mérito da lide, não podendo influir nessa decisão. Já a tutela antecipada realiza de imediato a pretensão, não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado como a cautelar, ao contrário, satisfaz o direito.

Nota-se, também, que a tutela cautelar tem como características a instrumentalidade, a referibilidade a um processo principal e a dependência, que não estão presentes na tutela antecipada.

Outro elemento diferenciador desses dois institutos é a autonomia processual, pois a cautelar é uma ação funcional e estruturalmente autônoma, com todas as características, pressupões a existência das condições da ação, possui custas, termina com uma sentença, da qual cabe recurso ordinário; pode ser intentada antes mesmo de existir um processo

²²⁴ Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 40.

principal e forma novos autos. A antecipação da tutela se dá mediante uma simples decisão interlocutória que resolve um incidente processual, não se formando autos apartados e, dessa decisão cabe agravo.

A tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que na prática reside no próprio direito ao processo principal e na simples aparência de que poderá dele sair vencedor; enquanto que na tutela antecipatória a probabilidade de existência do direito material é mais forte que a mera plausibilidade desse direito.

O elemento urgência em que pese figurar em alguns casos de antecipação de tutela não é comum à tutela cautelar, posto que, o inciso II, do art. 273, não trata deste aspecto. O abuso nada tem a ver com a questão de urgência. A Urgência, para a tutela cautelar, é elemento essencial para a sua concessão.

Assim, como ação autônoma, a cautelar pode ocorrer na execução, sob a forma de incidente ou mesmo de forma preparatória e a tutela antecipada só ocorre no processo de conhecimento.

A tutela cautelar não deve ter a mesma natureza que a tutela do processo principal, não deve ter o mesmo objeto para não ter caráter satisfativo, concedendo justamente aquilo que se pede, inclusive não incide o direito à tutela específica. A antecipação da tutela tem a mesma natureza da decisão definitiva, incidindo sobre todo ou parte do objeto da lide, pois seu caráter é satisfativo, logo, incide o direito à tutela específica, sendo que o que ficará a cargo do juiz é apenas a escolha dos atos que se mostrem mais adequados, à semelhança do que permite o art. 620 do CPC com relação à execução.

Nessa ótica, existe 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 diz respeito à tutela cautelar, prevalecendo, na tutela cautelar, o princípio da fungibilidade.

Por fim, tem-se o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, que são casos específicos para a antecipação de tutela, não figurando no rol de possibilidades que ensejam a tutela cautelar.²²⁵

²²⁵ Para maior aprofundamento Santos, Marília Lourido dos. Tutela Cautelar e Tutela antecipatória (âmbito e diferenças dos institutos). Jus. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 23.set.2001.

3.8 - Disciplina Legal.

Como dito anteriormente, a antecipação de tutela prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, não encerrou nenhuma novidade na legislação nacional, pois, já era prevista em determinados casos específicos, tendo como antecedente mais remoto o art. 83, § 3.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, urge lembrar que o Anteprojeto da Comissão Revisora de 1985 regulava a antecipação de tutela, no tít. IV do seu livro III, nos arts. 889-E a G, inspirando, portanto, o legislador da Lei 8.952.

Assim, o art. 273, que, anteriormente dizia: *“O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”*. Teve sua redação alterada sensivelmente, por força da Lei n.º 8.952 de 13 de dezembro de 1994, passando a prever, de forma genérica, o instituto da antecipação de tutela, nos seguintes moldes:

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 o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

§ 3.º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

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

§ 5.º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Quanto a anterior redação do art. 273, hoje, em razão da alteração terminológica, encontra-se redigida no § único do art. 272, que foi acrescentado pelo legislador da Lei n.º 8.952.

Com efeito, após o advento da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, passou-se a admitir, em qualquer processo

de conhecimento, seja ordinário, seja sumário, a antecipação do provimento de mérito.

Posteriormente, sobreveio a Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, que além de alterar a redação do § 3º, acrescentou os §§ 6.º e 7.º, passando o art. 273, a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 273. (...)

§ 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

§ 6.º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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.

3.9 - Requisitos para Concessão.

Neste item abordaremos em primeiro lugar os requisitos genéricos de natureza probatória indispensáveis a qualquer espécie de antecipação de tutela, que estão disciplinados no “caput” do art. 273.

Além dos requisitos genéricos estampados no “caput” do art. 273, o referido dispositivo exige, ainda, a presença de pelo menos um dos requisitos denominados específicos: o preconizados nos incisos I e II ou ainda a hipótese estatuída no parágrafo 6.º.

Assim, é mister a conjugação de um dos requisitos específicos com o “caput” do art. 273 do Código de Processo Civil, para que possa ser deferida a antecipação de tutela.

3.9.1 - Requisitos Genéricos.

3.9.1.1 - Regularidade do Processo e Condições da Ação.

Primeiramente, é mister ressaltar que, se não se fizerem presentes os pressupostos processuais²²⁶ e as condições da ação, não será possível antecipar a tutela reclamada. E, isso é assim, pois, a decisão que defere a antecipação, embora provisória e precária, é decisão de mérito, e este só pode ser enfrentado quando

²²⁶ Salvo o relativo à regularidade da representação, pois, à luz do art. 37, do Código de Processo Civil, o advogado pode deixar de apresentar instrumento de mandato, nos casos urgentes, obrigando-se a regularizar a representação da parte em 15 dias, prorrogáveis por outro tanto.

preenchidos aqueles requisitos, sem o que, será caso de indeferimento da inicial nos moldes do art. 295, do Código de Processo Civil.

A não observância destes requisitos, entretanto, num primeiro momento, pode ser suprida através de emenda da inicial nos termos do art. 284, do Código de Processo Civil, após que, se atendidos, os pressupostos e condições, caberá ao magistrado apreciar o pedido de antecipação de tutela.

3.9.1.2 - Necessidade de Requerimento da Providência e a Outorga “Ex Officio”.

Reza o “caput” do art. 273, do Código de Processo Civil, que a tutela antecipada poderá ser concedida a requerimento da parte. Observe que legislador condicionou, por expressa disposição legal, a concessão do provimento antecipatório ao exposto requerimento da parte interessada.

Aplica-se aqui o princípio dispositivo esculpido no art. 2.º, do Código de Processo Civil, segundo o qual – ne procedat judex ex officio – o juiz não prestará a tutela jurisdicional sem o requerimento da parte.

Com efeito, não se pode olvidar, das disposições irradiadas dos arts. 128 e 262, do Código de Processo Civil, que, em coerência com os dispositivos acima evidenciam a necessidade de “iniciativa da parte”.

Sobre o tema, com propriedade, leciona Reis Friede:

*Diferentemente da tutela cautelar, que alude a uma jurisdição impropriamente considerada (e, portanto, desprovida de lide meritória e demanda efetiva) – e que, por esta razão, pode ser deferida ex officio (por intermédio do legítimo exercício, pelo juiz, do denominado poder cautelar genérico) sem ferir o preceito normativo previsto no art. 2.º do CPC – a antecipação da tutela, por conter efetiva lide cognitiva (e não simples lide “de dano”), em nenhuma hipótese, coaduna com qualquer tipo de exceção ao princípio da demanda, devendo sempre ser requerida expressamente pela parte ...*²²⁷

Sérgio Bermudes, comungando desse entendimento afirma que: “A antecipação de tutela depende de requerimento, não podendo ser concedida de ofício (‘o juiz poderá, a requerimento da parte...’).”²²⁸

Em que pesem, o profundo conhecimento dos renomados doutrinadores citados, a matéria versada não é pacífica, existindo, pois, teses contrárias, fundadas, principalmente, nos parágrafos 3.º, 4.º e 5.º, do art. 461, do Código do Processo Civil, reconhecendo a possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada pelo magistrado.

Sobre a questão cumpre-nos, primeiramente, abrir um parêntese para tecermos algumas considerações acerca da tutela específica da obrigação de fazer ou

²²⁷ Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 72.

²²⁸ Bermudes, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 35.

não fazer prevista no art. 461, do Código de Processo Civil, por força da nova redação que lhe conferiu a Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Tendo como fonte inspiradora mais próxima o parágrafo 3.º, do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, 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*”, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer consagrada no parágrafo 3.º, do art. 461, associa-se ao sistema de antecipação da tutela jurisdicional, estruturado no art. 273, do Código de Processo Civil. Todavia, nele o legislador trouxe disciplina própria para a antecipação da tutela das obrigações de fazer e não fazer.

Neste diapasão, como bem lembra Cândido Rangel Dinamarco,²²⁹ a diferença de redação entre o art. 461 e o art. 273, não é, por si só, capaz de afastar a integração da tutela específica na categoria mais ampla de tutela jurisdicional antecipada.

Cumpre mencionar, entretanto, que o art. 461, não consagra a hipótese preconizada no inciso II, do art. 273, que prevê a possibilidade de antecipação de tutela nas hipóteses em que o réu obra no sentido de protelar o processo.

Todavia, a doutrina já se posicionou no sentido de que em ocorrendo a hipótese do inciso II, do art. 273, nas ações de cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, deve, também, ser permitida a concessão da antecipação de tutela específica.

Sobre o assunto se manifesta Cândido Rangel Dinamarco:

*O art. 461 não reproduz a hipótese do inc. II do art. 273, para admissibilidade da tutela antecipada em razão da conduta dilatória do réu. Mas da visível relação de espécie a gênero acima considerada deflui razoavelmente a aplicação do inc. II também à antecipação da tutela específica. Nem haveria razão para pretender a lei uma suposta exclusão, quando põe tanto empenho no reforço desta.*²³⁰

Retornando à questão da possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada pelo magistrado, ora em discussão, merece destaque, dentre os que defendem tal possibilidade, o escólio do professor José Roberto dos Santos Bedaque, para quem:

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança.

Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela não é requerida pela parte, a atuação ex officio do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.

Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas.

²²⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 156.

²³⁰ Idem.

A aceitação do poder oficial no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que excepcionalmente, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido.

Também não se verifica ofensa ao contraditório, uma vez que essa antecipação tem como característica a provisoriedade e como pressuposto a reversibilidade. Terá a parte contrária, portanto, oportunidade para demonstrar o não cabimento da providência. E o juiz, convencendo-se do equívoco, poderá revogá-la.²³¹

Barbosa Moreira,²³² conquanto, manifeste sua opinião no sentido de entender necessário o requerimento da parte, por se tratar de exigência expressamente contida no “caput” art. 273 do Código de Processo Civil, aponta que a timidez dos advogados tem levado os juízes “sobre tudo nos Juizados Especiais Cíveis e nas causas de família, a desprezar a letra da lei e decretar de ofício a antecipação da tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida”.

No mesmo sentido, adotando posicionamento de vanguarda se manifesta, o emérito Magistrado Federal George Marmelstein Lima:

Uma outra hipótese em que se mostra desarrazoada a exigência de requerimento expresso ocorre nos casos de conflito de interesses entre o cliente e o advogado, fato corriqueiro nos feitos previdenciários. No caso, a antecipação da tutela seria do interesse da parte, que necessita do benefício até para garantir sua própria sobrevivência; para o advogado, contudo, a antecipação da tutela seria prejudicial, pois haveria redução do valor da futura execução, fazendo com que os ganhos do advogado se tornem menores, já que os honorários de sucumbência são, em regra, calculados com base no valor da condenação. Por isso, é comum se deparar com ações de revisão ou concessão de benefícios previdenciários em que não há propositalmente pedido de antecipação, mesmo sendo patente a verossimilhança das alegações e mais patente ainda a presença do periculum in mora, tendo em vista que a própria subsistência do segurado está em jogo. Condicionar a antecipação da tutela à manifestação expressa do advogado seria, nessa hipótese, uma grande injustiça para a parte, razão pela qual entendo ser perfeitamente possível a antecipação de ofício com fundamento no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.²³³

No que tange à antecipação de tutela em ações que versem sobre obrigações de fazer ou não fazer, é preciso ressaltar que, parte da doutrina, aponta que o legislador achou por bem atenuar o princípio da demanda²³⁴ para viabilizar a efetividade da tutela relacionada às obrigações de fazer e não fazer.²³⁵

²³¹ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 352-353.

²³² Moreira, José Carlos Barbosa. As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de Uma Avaliação Objetiva. Forense. Disponível em: <http://www.forense.com.br/eff08b.htm>. Acesso em: 25/09/2001.

²³³ Lima, George Marmelstein. Antecipação de Tutela de Ofício? Georgemlima. Disponível em: <http://www.georgemlima.hpg.ig.com.br/art14.htm>. Acesso em: 14/08/2002.

²³⁴ Por esse princípio cabe à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. A jurisdição tem como característica a inércia, assim, o juiz não pode instaurar o processo por iniciativa própria, para não ofender sua imparcialidade; por conseqüência, a movimentação da máquina judiciária exige a provocação do interessado.

²³⁵ Raciocínio desenvolvido por Aragon, Célio da Silva. Reflexões Acerca da Tutela Antecipada. *Consultor*. Disponível em: <http://www.uol.com.br/consultor/view.ctm>. Acesso em: 22/02/2002.

Dispõe inicialmente o art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461. Na execução que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado equivalente ao do cumprimento.

§ 1.º (...)

§ 2.º (...)

§ 3.º *Sendo relevante o fundamento da demanda, e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

§ 4.º *O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

§ 5.º *Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.*

Vê-se, que textualmente, nos parágrafos 3.º e 4.º, o legislador conferiu ao magistrado, a possibilidade de aplicação de multa, sem a necessidade do requerimento da parte que se beneficiaria de tal providência.

Entretanto, como se sabe, a multa nada mais é do que uma forma de coerção indireta, que tem por escopo pressionar psicologicamente o demandado, a fim de que este cumpra com sua obrigação, restabelecendo a ordem jurídica rompida pelo não cumprimento da obrigação.

Quanto às denominadas “providências” a que se o parágrafo 5.º, do art. 461, do Código de Processo Civil, afirma Jorge Pinheiro Castelo que: “...equivalem a antecipação da tutela específica”.²³⁶

Corroborando com tal entendimento, Célio da Silva Aragon preleciona:

*Assim sendo, é de se concluir que as providências sub-rogatórias da tutela específica antecipada podem ser determinadas de ofício, conforme previsão expressa do artigo 461, § 5.º, do CPC, concluindo-se, finalmente, que quando for necessário, em ação de obrigação de fazer ou de não fazer, é lícito, ao magistrado, de ofício, conceder a tutela antecipatória.*²³⁷

Embargando tal entendimento, em precioso pronunciamento, manifestou-se Cândido Rangel Dinamarco sobre as “medidas” a que se refere o parágrafo 5.º, do art. 461:

²³⁶ Apud Célio da Silva Aragon. Reflexões Acerca da Tutela Antecipada. *Consultor*. Disponível em: <http://www.uol.com.br/consultor/view.ctm>. Acesso em: 22/02/2002.

²³⁷ Idem.

São medidas de apoio, a serem prudentemente desencadeadas pelo juiz em casos tão extremos quanto a gravidade de cada uma. Estas não são medidas de antecipação de tutela, mas de resguardo à eficácia das decisões judiciais. Aplicam-se tanto para a efetivação da tutela concedida em caráter definitivo (sentença, acórdão) como em antecipação (art. 461, § 3.º).²³⁸

Cumprе mencionar, por oportuno, que por força da Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, que alterou o parágrafo 3.º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, de modo a determinar a observância não só do artigo 588, mas também, dos parágrafos 4.º e 5.º do artigo 461, bem como do artigo 461-A, a questão deixou de se limitar exclusivamente ao âmbito da tutela antecipada específica, passando a ter relevância também para a tutela antecipada genérica disciplinada no artigo 273.

Com todas as vênias aos que pensam de forma inversa, de nossa parte, preferimos nos situar entre aqueles que se pronunciam pela admissibilidade da concessão da medida antecipatória pelo magistrado de ofício malgrado a exigência do “caput” do art. 273, de que a iniciativa da tutela seja reservada à parte interessada, vedando-se, pois, a outorga “ex officio” pelo magistrado. Entendemos que, tal vedação não pode ser levada ao extremo merecendo, pois, flexibilização em situações extremas, onde a não concessão da medida, por ausência de expresso requerimento da parte, quando esta cumpra as exigências legais, possa por em risco a própria subsistênciа da parte. Ademais, como bem lembra George Marmelstein Lima²³⁹ seguindo os ensinamentos de José Renato Nalini, o juiz está moralmente comprometido com a missão de realizar o justo.

Quanto à antecipação de ofício da multa e das medidas necessárias a que se referem respectivamente os parágrafos 4.º e 5.º, do artigo 461, data vênia, aos pensamentos antagônicos, não se confundem com a antecipação dos efeitos do provimento final, mas como bem lenciona Dinamarco, trata-se de medidas de “resguardo à eficácia da decisão judiciária”.²⁴⁰

3.9.1.3 - Prova Inequívoca e a Verossimilhança da Alegação.

Adotando critério diverso do adotado, por exemplo, na ação monitoria²⁴¹ em que se exige prova escrita, preferiu o legislador no “caput”, do art. 273, do CPC, adotar critério vago ou indeterminado ao fazer alusão à expressão “prova inequívoca”, como pressuposto necessário a autorizar a concessão da tutela antecipada.

Data venia, não foi feliz o legislador, pois a expressão prova inequívoca tomada no seu sentido eminentemente literal, faz supor uma prova que se reveste de caráter absoluto, que não dá margem à impugnação.

²³⁸ Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 159.

²³⁹ Lima, George Marmelstein. Antecipação de Tutela de Ofício? Georgemlima. Disponível em: <http://www.georgemlima.hpg.ig.com.br/art14.htm>. Acesso em: 14/08/2002.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Ver art. 1.102 a., do CPC.

Para Plácido e Silva,²⁴² o vocábulo “prova” consiste na “demonstração da existência” ou da “veracidade” daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta.

Quanto ao vocábulo “inequívoco” nos informa o nobre jurista, que a qualidade de inequívoco imprime aos “atos jurídicos” a condição de “irrefutáveis”, porque se fazem verdadeiros, certos, procedentes e autênticos, de “modo claro” e “positivo”, não admitindo erro ou engano quanto à sua interpretação.²⁴³

Adotando uma posição menos flexível, Calmon de Passos leciona:

*A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, a ser concomitantemente proferida, ou já exista decisão, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente executável. (...) O que se fez, em boa hora, foi permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo executável.*²⁴⁴

Em que pese o notório saber jurídico do eminente professor, tal posição não parece ser feliz, pois, entender que a concessão da tutela antecipada está na dependência de ser possível a prolação da decisão de mérito concomitantemente, implica, deveras, em desvirtuar a finalidade da antecipação de tutela que nada mais é do que evitar um perigo de dano ou sancionar o réu que abuse do direito de defesa.

Felizmente, não é essa a construção doutrinária majoritária empregada quanto ao significado terminológico da expressão em comento. Aliás, não poderia ser outra a interpretação a ser dada a expressão, pois, à exceção das chamadas provas legais, àquelas a que a lei atribui um valor certo – tarifado – não há em nosso sistema processual prova verdadeiramente inequívoca, eis que não existe prova que transmita certeza irrefutável de um fato ou de um acontecimento, vale dizer que, qualquer juízo sobre fatos no processo é juízo de verossimilhança.

Frise-se, que nem mesmo uma sentença pode ser considerada prova inequívoca, pois, está sujeita a recurso ou até mesmo à propositura de uma ação rescisória fundada em prova falsa nos termos do artigo 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Note-se, que até mesmo o legislador atento ao rigor técnico da expressão prova inequívoca, cuidou de no próprio “caput” do art. 273, abrandá-la, fazendo menção à verossimilhança da alegação.

Com efeito, adotando posição mais branda Teori Albino Zavascki ensina que:

*O que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução -, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.*²⁴⁵

²⁴² Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982. 3. v. p. 491.

²⁴³ Ob. Cit. p. 462.

²⁴⁴ Passos, Joaquim José Calmon de. Da Antecipação de Tutela. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 192.

²⁴⁵ Zavascki, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 76.

No mesmo, sentido, merece destaque, pela clareza da argumentação, a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.²⁴⁶

Conclui-se, portanto, que a expressão “prova inequívoca” deve ser entendida como sendo a prova capaz de levar o juiz a concluir que as alegações do requerente possam em potencial corresponder à realidade dos fatos suscitados, que aproxime o juiz da probabilidade da cognição sumária ao juízo de verdade da cognição exauriente.

Aqui, é preciso deixar claro que não é apenas a prova documental que tem o condão de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, ou seja, a parte pode se valer de todos os meios de prova em direito admitidos, nos termos do art. 332 do CPC.

3.9.1.4 - O Perigo da Irreversibilidade à Luz do Princípio da Proporcionalidade.

Cuidado especial merece o disposto no § 2.º do art. 273, in verbis: “*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”

Trata-se, de mais um requisito a ser cumprido por quem pretenda a antecipação da tutela. É preciso, aqui, todavia, vislumbrar qual foi a real intenção ou motivos que conduziram o legislador a prever tal requisito, eis que uma errada exegese desse dispositivo poderá neutralizar ou inviabilizar a aplicação do instituto.

Com efeito, entende a doutrina majoritária que a irreversibilidade a que se refere preceito em comento diz respeito aos fatos decorrentes do provimento antecipado e não propriamente ao provimento jurisdicional, que, frise-se, sempre é reversível, quer seja pela possibilidade de recurso, quer seja pelas características que regem o instituto: provisoriedade revogabilidade.

Neste sentido, se manifesta Júlio Ricardo de Paula Amaral:

²⁴⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 155.

*...quando a lei faz menção a irreversibilidade do provimento antecipado, na realidade, faz referência à irreversibilidade dos efeitos antecipados do provimento jurisdicional final, e não à antecipação do próprio provimento final, posto que este poderá ter natureza satisfativa, característica que não pode ter a tutela antecipada. A irreversibilidade somente pode dar-se em relação aos efeitos antecipados, portanto fática, pois, no plano jurídico, os provimentos jurisdicionais são sempre reversíveis.*²⁴⁷

A questão que se propõe aqui é a de se saber qual é o limite da regra da irreversibilidade. Deve a irreversibilidade ser vista em caráter absoluto ou pode essa regra comportar exceções?

A doutrina apresenta aqui duas soluções.

Parte da doutrina adotando um posicionamento mais liberal afirma que a irreversibilidade, por si só, não pode constituir empecilho a concessão da antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, o que só seria possível em situações excepcionais.

É esse o posicionamento adota por Ovídio Baptista da Silva:

*Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de “prover” ou “perecer” o direito que, no momento, apresente-se mais provável, ou confortado com a prova de simples verossimilhança. (...) O que, em tais casos excepcionalíssimos, não se mostrará legítimo se o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.*²⁴⁸

De outro lado, apregoando uma interpretação mais literal para justificar a imprescindibilidade do preenchimento do requisito da irreversibilidade para concessão da tutela antecipada, se manifesta Cândido Rangel Dinamarco, tecendo as considerações abaixo:

*O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que “algum” risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O “direito improvável” é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era “provável”. (...) não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da “irreversibilidade”, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, § 2.º).*²⁴⁹

²⁴⁷ Amaral, Júlio Ricardo de Paulo. Tutela Antecipatória. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 115.

²⁴⁸ Silva, Ovídio Baptista da. A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

²⁴⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 146.

Para essa corrente, portanto, o deferimento da antecipação de tutela depende, necessariamente, da ocorrência do requisito negativo preconizado no parágrafo 2.º do art. 273, ou seja, a possibilidade do restabelecimento concreto do status quo ante, como forma de homenagear o princípio do devido processo legal do qual derivam o contraditório e a ampla defesa.

Data venia, não parece feliz o extremismo dessa corrente, pois, há situações em que será necessário que o magistrado ante a análise do caso concreto decida qual é o melhor direito.

Observe, que a análise da irreversibilidade separadamente das demais disposições do instituto é no mínimo temerária. Deve-se, pois, se socorrer a uma análise sistemática e teleológica, de modo a visualizar a irreversibilidade no contexto geral do instituto, eis que a irreversibilidade levada a ferro e fogo resultaria num obstáculo quase intransponível à concessão da tutela antecipada.

Assim, em verdade, a irreversibilidade a que se refere o parágrafo 2.º do art. 273, reclama uma flexibilização a ser feito sob a égide do princípio da proporcionalidade. Quer isto dizer, que cabe ao juiz, diante do caso concreto, perquirir a relevância dos interesses em jogo e, por conseguinte, dar preferência àquele que, à luz do sistema jurídico, gozar de maior expressão.

Tome-se, por exemplo, o caso do cidadão que, acometido de câncer no estágio terminal, tem seu tratamento suspenso em razão de cláusula contratual que limita seu tratamento a um número delimitado de sessões quimioterápicas. Pergunta-se qual seria o melhor direito a merecer proteção do Estado: o direito impostergável à vida e a integridade física do cidadão que se encontra largado ao abandono ou o direito patrimonial da cooperativa de atendimento médico hospitalar.

In casu, ainda que se mostre flagrante a possibilidade de irreversibilidade, em razão de não ostentar, o réu, condições econômico-financeiras de restituir, ao final processo, caso perca a ação, o valor despendido pela cooperativa de assistência médica, quer parecer que não poderá ser outra solução a ser dada aqui, senão concessão da medida antecipatória. Frise-se, que não se trata de sacrificar um direito em benefício de outro, mas de aferir à do princípio da proporcionalidade qual o direito merece maior proteção judicial.

3.9.2 - Requisitos Específicos.

Além da presença dos requisitos genéricos de natureza probatória, acima estudados, o art. 273 exige, ainda, a ocorrência de um dos requisitos específicos, ou seja, a hipótese preconizada no inciso I, ou no inciso II, ou ainda no § 6.º.

3.9.2.1 - Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação.

O fundado receio não se confunde com o simples temor subjetivo da parte, é mister que haja, efetivamente, provas ou dados, suficientemente concretos, capazes, por si só, de autorizar o juízo de verossimilhança em torno do risco de prejuízo grave ou de difícil reparação.

Oportuno, aqui, o pronunciamento de Luiz Guilherme Marinoni sobre o significado da expressão “dano irreparável ou de difícil reparação”.

*...há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis e, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado. Por sua vez, o dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado.*²⁵⁰

Continuando, o insigne professor afirma: “*trata-se de difícil reparação o dano que dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado*”.

Para Plácido e Silva,²⁵¹ o receio deve ser justo e fundado, não podendo se falar em receio quando existe mera desconfiança, deve, portanto, ser fundado em circunstâncias que indiquem o mal, que potencialmente possa vir a ocorrer.

Conclui-se, que o receio deve ser substancialmente fundado, amparado por circunstâncias fáticas denotadoras de que a demora na prestação da tutela jurisdicional pode ensejar prejuízo ao direito material.

Por fim, ressalte-se que não é só o direito que se encontra na iminência de sofrer um dano que enseja proteção, mas, também, o direito já lesionado, a fim de que a situação não se repita ou se agrave.²⁵²

3.9.2.2 - Abuso do Direito de Defesa ou o Manifesto Propósito Protelatório do Réu.

A doutrina diverge quanto à existência ou não de distinção entre as expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu”.

²⁵⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Observações Sobre a Tutela Antecipatória. Revista de Processo, São Paulo, n. 79, p.111, jul./set. 1995.

²⁵¹ Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982. 3. v. p. 491.

²⁵² Marinoni, Luiz Guilherme. Observações Sobre a Tutela Antecipatória. Revista de Processo, São Paulo, n. 79, p.110, jul./set. 1995.

Parte da doutrina, da qual faz parte Reis Fried,²⁵³ sustenta tratar-se de expressões redundantes, pois, em tese, quem age com o intuito de protelar o processo certamente está abusando do direito de defesa.

Em sentido contrário se pronunciou Júlio Ricardo de Paula Amaral:

*O inciso II do art. 273 do CPC faz menção ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Não obstante as atitudes derivadas das expressões adotadas pela lei serem muito semelhantes, não parece razoável que tenham sido inseridas como sendo expressões sinônimas, pois, se assim fosse, o legislador poderia tê-las substituído pela expressão resistência injustificada do réu. Considerando-se, porém, que o legislador preferiu não proceder de tal forma e que a lei não contém palavras inúteis, é possível acreditar que ambas as expressões possuem significado distinto.*²⁵⁴

A questão, contudo, parece ter pouca relevância do ponto de vista prático, eis que o que é realmente importante para a compreensão da figura prevista no art. 273, II do CPC é que o legislador permite a antecipação de tutela quando for provável a vitória do autor, em razão dos elementos constantes nos autos e da defesa inconsistente do réu.

Importa, realmente, aqui, saber o que a doutrina entende por abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Com efeito, Antonio Cláudio da Costa Machado, define o abuso do direito de defesa como sendo:

*O abuso do direito de defesa é o uso excessivo e exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação, mas (...) em relação à articulação entre as defesas, o juiz deveria ser cuidadoso na sua avaliação tendo em conta os princípios da concentração e da eventualidade consagrados no art. 300 do Código de Processo Civil.*²⁵⁵

De fato, prevalece na doutrina o entendimento segundo o qual o abuso do direito de defesa consiste no exercício anormal, irregular, egoístico com o propósito de prejudicar não só a parte contrária, mas também o bom andamento do processo.

Todavia, sob o ponto de vista prático a definição de abuso de direito de defesa não é tão fácil, se considerarmos que a Magna Carta assegura no art. 5.º, LV, o direito a ampla defesa.

Note-se, porém, que a ampla defesa não é ilimitada, deve, pois, ser vista à luz do processo em que é exercida. Assim, por exemplo, num processo de consignação em pagamento a ampla defesa está nas hipóteses preconizadas nos incisos do art. 896, além, é claro, das questões de ordem processual.

²⁵³ Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 90.

²⁵⁴ Amaral, Júlio Ricardo de Paula. Tutela Antecipatória. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 107.

²⁵⁵ Machado, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 423.

Frise-se, porém, que não basta para caracterização do abuso do direito de defesa a não observância desses limites. É preciso, como bem lembra Antonio Cláudio da Costa Machado, na citação acima, se fazer uma avaliação do caso concreto, ou seja, há que se perquirir se o excesso não resultou de erro escusável. Deve, contudo, ser feita sob o plano objetivo, eis que para caracterização do abuso de defesa é irrelevante investigação do animus do agente.

Cumpra lembrar, que antecipação de tutela, nessa hipótese, não se confunde com a figura do réu litigante de má-fé, que possui sistemática própria no arts. 16 e 18 do CPC.

Assim, é o magistério de Luiz Guilherme Marinoni:

*...é possível extrair do art. 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa. Isto não significa, porém, que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa.*²⁵⁶

3.9.2.3 - A Tutela Antecipada da Parte Incontroversa.

A Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, criou no parágrafo 6.º, do art. 273, mais uma hipótese, em que se admite a concessão da antecipação dos efeitos práticos do provimento final.

Dispõe o parágrafo 6.º: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Com efeito, o legislador, cuidou, aqui, de positivizar o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência. Assim, quando, na demanda, um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostrar incontroverso, permite o legislador que a tutela seja antecipada.

Parece a princípio, ter pouca relevância prática, pois, como dito anteriormente, a jurisprudência já vinha admitindo tal pretensão, de outro lado tal possibilidade já encontrava amparo na lei, notadamente, no “caput” do art. 273, que permite a antecipação total ou parcial da tutela.

3.10 - A Concessão da Tutela Antecipada nas Diversas Modalidades de Sentença.

Como frisado páginas atrás, a antecipação de tutela prevista no artigo 273, trouxe como grande inovação a generalização da possibilidade de se conseguir, mediante o preenchimento de alguns requisitos, a antecipação dos efeitos práticos matérias da sentença em qualquer processo de conhecimento, cujo objetivo é a obtenção de uma sentença de mérito que pode ser: condenatória, constitutiva ou declaratória.

²⁵⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 139.

Passaremos, então, analisar a cabimento da tutela antecipada nas diversas modalidades de sentença.

3.10.1 - Nas Ações Condenatórias.

Na ação condenatória, o objetivo perseguido pelo autor não se limita ao reconhecimento judicial de seu direito, pretende o autor uma sanção ou condenação do réu.

Aqui, a antecipação da tutela nada mais é do que a antecipação do efeito executivo da tutela de condenação. Não há discussões quanto ao seu cabimento, pela simples razão de que a dicção literal do parágrafo 3.º, do art. 273, faz referência ao art. 588, do Código de Processo Civil, que se trata da execução provisória da sentença.

3.10.2 - Nas Ações Constitutivas.

A ação constitutiva visa o reconhecimento da procedência da pretensão, para criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

Frise-se, que a sentença constitutiva não dá margem à execução, todavia, pode em alguns casos, a sua eficácia ficar na dependência de atos posteriores, assim, por exemplo, a sentença de divórcio, cuja eficácia está na dependência do posterior registro no órgão competente.

Em razão dessas características, para parte da doutrina não seria possível a concessão da tutela antecipada nas ações constitutivas.

Todavia, como veremos, tal posicionamento não ultrapassa o muro das alegações.

Primeiro porque, com a tutela antecipada não se pretende criar, modificar ou extinguir direitos o que só seria possível quando do exame da sentença de mérito. O que se pretende aqui é a antecipação dos efeitos que da criação, modificação ou extinção adviriam.

Kazuo Watanabe, exemplifica, com clareza essa distinção:

*Na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, em vez de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc.*²⁵⁷

Segundo porque, a execução sempre reclamou a necessidade de sentença condenatória ou a existência de título executivo extrajudicial, e isso nunca foi suscitado como obstáculo à concessão de tutela nas ações condenatórias, aliás, é inquestionável o entendimento de cabimento da tutela antecipada nas ações condenatórias.

²⁵⁷ Watanabe, Kazuo. Tutela Antecipada e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC). Reforma do Código de Processo Civil. p. 37.

Ora, por muito mais razão, há que se reconhecer a possibilidade de concessão da tutela antecipada nas ações constitutivas, que prescindem de execução para o alcance total ou parcial do bem da vida pretendido pelo autor, estar-se-ia criando um contrapeso pensando em sentido contrário.

Sobre o assunto, oportuno o pronunciamento de Araújo Cintra et. al.:

*Em sentido mais amplo, a própria sentença constitutiva revestir-se-ia de executividade, porque nela se condensa uma execução imediata em relação aos efeitos ligados à transformação jurídica. A sentença constitutiva não necessita de execução diferida, porque provida de executividade própria e imediata.*²⁵⁸

Isto está a enfatizar a possibilidade da antecipação da tutela nas ações constitutivas cujos efeitos da sentença vão além dos estreitos limites da mera alteração da relação jurídica de direito material, pois a obrigatoriedade de observação do estado da coisa, frise-se, emana da própria sentença, daí a possibilidade de antecipar-se este estado.

Reconhecendo o cabimento da tutela antecipada nas ações constitutivas, Ferruccio Tommaseo²⁵⁹ ressalta que a antecipação dos efeitos constitutivos de uma sentença esta na dependência da autorização da realização de uma atividade que corresponda ao exercício da faculdade decorrente do direito a ser constituído.

Frise-se que, não obstante a doutrina admitir a possibilidade de antecipação de tutela nas ações constitutivas, por reconhecer que aqui o que se antecipa é os reflexos da sentença e não a criação, modificação ou extinção propriamente dita, ela o faz com ressalvas.

Assim, Galeano Lacerda²⁶⁰ nega o cabimento da antecipação de tutela nas ações constitutivas que versem sobre direitos obrigacionais, fundando sua tese no fato do contrato ser um ato jurídico perfeito “pacta sunt servanda”.

Com efeito, ressalte-se, que, por razões óbvias, não se concebe a antecipação de tutela nas ações constitutivas quando sua concessão implicar em risco de irreversibilidade da situação fática.

Sobre a questão, utilizando os exemplos das ações de separação judicial e divórcio, William Santos Ferreira assevera:

*Nestes casos específicos, acreditamos que não seja possível a antecipação de tutela, não por serem constitutivas, mas porque haveria uma irreversibilidade fática a macular atos desta situação dependentes, mas isto seria apenas nestas ações. Imagine-se uma pessoa que pretendesse se casar novamente e na ação de divórcio obtivesse a antecipação da tutela e posteriormente a ação viria a ser julgada improcedente. Como ficaria o segundo casamento?*²⁶¹

²⁵⁸ Cintra, Antônio Carlos de Araújo et. al. Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 316-317.

²⁵⁹ Apud Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100.

²⁶⁰ Ob. Cit. p. 99.

²⁶¹ Idem. p.101.

Deveras, trata-se de caso excepcional, que se justifica em razão do especial interesse público de que se reveste, não se estende nem mesmos a todas as demais ações de família, assim, por exemplo, tal restrição não alcança as ações de alimentos e de regulamentação de visitas.

3.10.3 - Nas Ações Declaratórias.

A ação declaratória se presta apenas a declarar a existência – declaratória positiva – ou inexistência – declaratória negativa – de uma relação jurídica, ou ainda, a autenticidade ou falsidade de um documento.

Note-se que a atividade jurisdicional exaure-se com o provimento declaratório invocado, eis que aqui o pedido imediato – pronunciamento judicial – confunde-se com o pedido mediado – bem da vida almejado – de sorte que com o pronunciamento declaratório esgotar-se-á a finalidade da demanda.

É nesse particular que se apegam aqueles, que negam a concessão da tutela antecipada, nas ações de cunho declaratório como, por exemplo, as ações de usucapião, nulidade de ato jurídico etc...

Alegam, em apartada síntese, que devido a aparente confusão entre os dois objetos não se teria o que antecipar, pois a antecipação aqui implicaria na antecipação do mérito propriamente dito, constituindo um verdadeiro julgamento antecipado da lide.

Não nos parece apropriado, todavia, afastar em caráter absoluto a antecipação de tutela nas ações declaratórias, pois podem existir situações em que não bastará a mera declaração, haverá, pois, a necessidade de adoção de determinadas medidas a fim de ajustar a realidade reconhecida na sentença.

É o que nos ensina Kazuo Watanabe:

*Ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos; ou as que contenham alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir efeitos.*²⁶²

Tome-se, como exemplo, o célebre caso de protesto de título, em que corriqueiramente, o credor promove simultaneamente a inclusão do nome do devedor no serviço de proteção ao crédito (SPC e SERASA). Ora, em tais casos não bastará para o autor a pura e simples declaração de nulidade do título (relação jurídica), será necessário o cancelamento do protesto ou a não divulgação deste registro eis que as conseqüências advindas da notícia do protesto são na maioria das vezes mais nefastas do que a própria existência do título de crédito.

Como se vê, os efeitos da sentença declaratória podem irradiar uma gama de situações que estão na dependência da premissa eventualmente alterada pela sentença,

²⁶² Watanabe, Kazuo. Tutela Antecipada e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC). Reforma do Código de Processo Civil. p. 35-36.

nesses casos diz a doutrina que existe não uma simples sentença declaratória, mas uma sentença preponderantemente declaratória com resquícios constitutivos.

Amarrada essa insofismável premissa impera concluir pelo cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias. Esta, todavia, não será do pronunciamento definitivo (sentença), mas sim dos efeitos deste provimento.

Assim no exemplo do protesto de título, seria cabível a antecipação de tutela para antecipar os efeitos que adviriam do pronunciamento de mérito tais como a não publicidade do protesto, a não existência de anotações sobre referido protesto nas entidades centralizadoras de informações (SPC, SERASA, etc...), e outras medidas auferíveis no caso concreto.

Tal posicionamento encontra amparo não só na doutrina como noticiado acima, mas também na jurisprudência praticada nos tribunais superiores, inclusive no Egrégio Superior Tribunal de Justiça como se observa na ementa do venerando acórdão de lavra do eminente Ministro Waldemar Zveiter, proferido em sede de Recurso Especial 195224/PR (1998/0085111-9):

Processual Civil - Ação Declaratória em Cumulação com Anulatória e Desconstitutiva – Matéria Fática Antecipação da Tutela – Súmula 211/stj.

I - Defere-se antecipação de tutela jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. doutrina.

II - Matéria de fato.

III - Súmula 211/stj.

IV - Conheça em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.

No mesmo sentido se pronunciou a sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em sede de Agravo de Instrumento AI – 196256788:

Antecipação de Efeitos da Tutela Pretendida. Possibilidade em ação declaratória ou constitutiva negativa. com o que se adiantará ou uma das eficácias da ação de Direito Material - e, em Conseqüência, da Sentença -, que não necessariamente a preponderante, ou adiantam-se os efeitos secundários da decisão, cabível e o instituto. Registro do nome dos devedores em cadastro ou banco de dados. Trata-se o registro de meio indireto de satisfação do direito material, que porta insuperáveis efeitos metajurídicos. lição doutrinária. conclusão do centro de estudos do tribunal de alçada. agravo não-provido. (Agravo De Instrumento Nº 196256788, Sétima Câmara Cível, Tribunal De Alçada Do Rs, Relator: Des. Roberto Expedito Da Cunha Madrid, Julgado Em 19/03/97).

Por fim, conclui-se, que sendo viável a utilidade da antecipação de tutela em razão de eventual efeito secundário que emana da sentença declaratória no caso concreto, não

subsiste motivos de ordem técnico processual a impedir a concessão da medida antecipatória.

3.10.4 - Nas Ações Executivas Lato Sensu e Mandamental.

A viabilidade da antecipação de tutela nas ações executivas lato sensu e nas ações mandamentais é facilmente vislumbrada se tomarmos como exemplo as ações de manutenção de posse (ação mandamental) e as ações de reintegração de posse (executiva lato sensu).

Na ação mandamental, tem-se uma ordem consubstanciada na expedição de um mandado; assim, na ação de manutenção de posse, o juiz, ao decidir, manda e não condena. Devendo o mandado guardar relação com o conteúdo da sentença.

Na a ação executiva, por sua vez, a parte pretende mais do que um simples ato do juiz fazendo o que lhe cumpria fazer como juiz; quer-se aqui o que a parte deveria ter feito e não o fez. Assim, na ação de reintegração de posse, a reintegração está no conteúdo da sentença.²⁶³

Logo, nessas ações o cumprimento da sentença prescinde de execução “ex intervallo”, devendo a execução se dar nos próprios autos.

Conclui-se, por tudo o que foi dito anteriormente, quanto ao cabimento da antecipação de tutela nas ações declaratórias, que não há nada a justificar o não cabimento da tutela antecipada nas ações executivas lato sensu e nas ações mandamentais; ao contrário, mostra-se de incomensurável utilidade, devendo ser efetivada nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil.

É neste sentido, aliás, a precisa doutrina de Athos Gusmão Carneiro:

Nas ações executivas lato sensu e nas ações mandamentais, a AT revela-se de imensa utilidade prática e geralmente poderá ser efetivada sem percalços, com a utilização de astreintes e/ou dos meios executivos referidos no § 5.º do art. 461, adiante referidos.²⁶⁴

²⁶³ Raciocínio é desenvolvido por Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 53-54.

²⁶⁴ Carneiro, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 42.

3.11 - Procedimento na Antecipação da Tutela.

Estudados os pressupostos genéricos e específicos necessários à concessão da tutela antecipada, cumpre, agora, procedermos ao estudo do procedimento para concessão da medida antecipatória.

3.11.1 - Legitimidade para Requerer a Providência.

A tutela antecipada tal como concebida no “caput” do art. 273, suscitou, “ab initio”, dúvidas sobre a possibilidade de requerimento da medida pelo réu.

De fato, ao dar peso ao sentido literal do art.273, notadamente à expressão “pretendida no pedido inicial”, parte da doutrina questionou a possibilidade de requerimento da providência pelo réu.

Tem-se, como exemplo mais representativo da casuística, o escólio do professor Sérgio Bermudes:

Aludindo à antecipação dos efeitos da tutela “pretendida no pedido inicial” e à “verossimilhança da alegação”, obviamente a que fundamenta o pedido, o artigo excluiu a possibilidade de requerimento pelo réu. Não sei, contudo, se, diante do princípio da igualdade, não haverá espaço para a construção de que o pedido possa também ser feito pelo réu, salvo na hipótese do inciso II. Sem me pronunciar sobre ela, apenas suscito a questão, incompatível com a índole deste trabalho, para estimular a fecúndia dos processualistas.²⁶⁵

A questão fez eco na doutrina, passando a ser objeto de minuciosa análise pelos processualistas, dentre os quais, merece destaque o pronunciamento de José Roberto dos Santos Bedaque:

Em princípio, a tutela antecipada é providência que vem beneficiar o autor do processo. Não tem o réu legitimidade para requerê-la, salvo nas hipóteses das chamadas ações dúplices, em que lhe é permitido formular pretensão na própria contestação.

O fato de o legislador haver admitido a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial não constitui óbice a que se aceite a antecipação em favor do réu nas demandas em que se admitem pedidos contrapostos. Para ele, o pedido inicial é exatamente aquele formulado na contestação. (...).

Também é possível ao réu-reconvinte pedir a tutela antecipada, pois nessa demanda assume ele a qualidade de autor.

Não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice. Embora mais difícil a probabilidade de subsunção aos requisitos legais, impossível afastar de plano que tal venha a ocorrer.²⁶⁶

²⁶⁵ Bermudes, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p.36.

²⁶⁶ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 352-353.

Modernamente, está pacificado o entendimento segundo o qual não só o autor, como erroneamente, poderia se concluir pela menção à expressão “pretendida no pedido inicial”, mas também o denunciante, o denunciado, o oponente, o reconvinente, o substituto processual, incluindo o Ministério Público, e o réu, em especial nas ações dúplices, podem formular o pedido de antecipação de tutela.

Nota-se, como frisado anteriormente, que o art. 273, fala em requerimento da parte, e não do autor. Assim, para atender a esse requisito genérico, mister tão-somente, que o postulante tenha feito ou possa fazer o pedido de antecipação, assumindo uma posição ativa – como ocorre na reconvenção,²⁶⁷ nas ações dúplices²⁶⁸ e no pedido contraposto²⁶⁹ do rito sumário e dos juizados especiais – uma vez que, se tal requerimento for passível de conhecimento e deferimento numa sentença, estar-lhe-á aberta a via da tutela antecipada para a antecipação dos efeitos materiais da sentença.²⁷⁰

Ademais, não se pode olvidar, que o processo existe, frise-se, tanto como instrumento de ataque – sob o prisma do autor – quanto de defesa – sob a ótica do defensor – valer dizer, para afirmar ou para negar o direito, devendo o seu resultado ser tutelado.

Por fim, no que tange ao requerimento da providência pelo réu, é preciso abrir um parêntese sobre o requerimento nas ações declaratórias incidentais.

Segundo o escólio de Antônio da Cláudio da Costa Machado, se a ação declaratória incidental for ajuizada pelo réu, este deverá ter contestado, uma vez que à luz do disposto no art. 5.º, do Código de Processo Civil, deve existir uma impugnação específica para tornar controvertida a relação jurídica prejudicial. Assim, não existindo contestação, faltará interesse processual para ajuizar a ação declaratória incidente e, por via reflexa, estará inviabilizada a antecipação de tutela pelo réu.²⁷¹

3.11.2 - Momento da Antecipação: Possibilidade de Concessão Liminar da Antecipação da Tutela "Inaudita Altera Parte".

O artigo do 273, do Código de Processo Civil, não traz, textualmente, a especificação do momento oportuno para o requerimento da providência, o que,

²⁶⁷ Cuida-se de uma ação incidente movida, no curso da demanda, pelo réu, que, tomando a ofensiva, invoca um novo pedido contra o autor, por haver conexão com a ação principal e com fundamento de defesa.

²⁶⁸ Ação cumulativa em que os litigantes são recíproca e concomitantemente, autores e réus. Ocorre, por exemplo na ação demarcatória.

²⁶⁹ Aqui o réu formula pedido fundado nos mesmos fatos que constituem o objeto da controvérsia. Trata-se, em verdade, de pedido reconvenicional, pois tudo será feito no próprio contexto da resposta, na mesma peça contestatória.

²⁷⁰ Watanabe, Kazuo afirma que a expressão “pedido inicial” dever ser interpretada restritivamente, para abranger essas situações, em que o demandado é na verdade, autor. Watanabe, Kazuo. Tutela antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC. Reforma do Código de Processo Civil. p. 33).

²⁷¹ Para melhor aquilatar a casuística vide Machado, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 522.

suscitou divergências doutrinárias quanto à exata definição do momento apropriado para concessão da medida.

Dentre as questões suscitadas pela doutrina merece destaque, a indagação sobre a possibilidade de deferimento da tutela antecipada antes da citação do réu “inaudita altera pars”.

Antes, porém, de adentrarmos ao estudo da questão, é necessário tecer algumas considerações sobre o termo liminar que tem sua origem etimológica calcada no latim *liminaris*, de *limen*, que significa limiar, soleira, entrada, porta. Pertence à família do termo *limes*, *limitis*, fronteira, limite.²⁷²

Assim, por exemplo, Calmon de Passos define o termo, dizendo:

*Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida initio litis, isto é, antes de efetivado o contraditório, o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia), ou sem citação daquele contra quem se efetivará a medida, (...) A liminar, portanto, não é liminar em função de seu conteúdo, mas em decorrência do momento e das circunstâncias de seu deferimento.*²⁷³

Do precioso escólio, é possível concluir que a tutela antecipada não se confunde com a liminar, pois aquela se caracteriza por representar decisão antecipatória de efeitos materiais da sentença, o que, como se verá adiante, pode ocorrer desde a propositura da ação, liminarmente, portanto, ou até mesmo no final da sentença.

Com perspicácia, José Roberto dos Santos Bedaque, demonstra que a idéia de liminar está em plano distinto da concepção de antecipação de tutela:

*Tutela antecipada não se confunde com liminar, não obstante aquela possa ser deferida de plano, antes da citação, ou seja, no limiar do procedimento. São classificações de um mesmo fenômeno, o provimento judicial, por ângulos diversos. Se pensarmos apenas no aspecto topológico da decisão, qualquer decisão, poderemos considera-la liminar ou não. Se, todavia, voltarmos os olhos para os efeitos práticos da tutela jurisdicional pleiteada e considerarmos a possibilidade legal de antecipá-los, liminarmente ou não, estaremos diante da tutela antecipada.*²⁷⁴

Com efeito, pode-se concluir que liminar nada mais é do que a antecipação de plano, no início do processo.

Fixadas essas premissas, passamos a tratar a questão exposta anteriormente, a partir do pronunciamento de Sérgio Bermudes, sobre o tema:

O requerimento de tutela antecipada é feito por petição, nos próprios autos do processo, sem a abertura de apenso. Nada obsta a que, na própria inicial, demonstrando os pressupostos do caput, do inciso I (não do II que,

²⁷² Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982. 3. v. p. 491. p. 91.

²⁷³ Passos, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 3. v. p. 19.

²⁷⁴ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 278.

*evidentemente, só se verificam diante da resposta ou da conduta protelatória do réu) e do § 2º do art. 273, o autor requeira, desde logo, a antecipação. O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.*²⁷⁵

Calmon de Passos, no mesmo sentido, manifestou-se, por entender que a tutela antecipada depende da existência de prova inequívoca, que só é possível a concessão da medida antecipatória após o encerramento da fase de postulação, com a conclusão do estágio de resposta do réu e a regularização do processo, isto é, respeitado o contraditório: “o pedido de antecipação requer petição autônoma, autuada em apartado, exigindo respeito ao contraditório e instrução ...”.²⁷⁶

Data vênia, os posicionamentos dos consagrados professores não correspondem aos objetivos do legislador, de fato, se assim o quisesse, teria o feito expressamente. Ademais, não é dado ao interprete, restringir o que a lei não restringe.

Frise-se que tal posição, não fez eco na doutrina, estando pacificada a possibilidade de deferimento “in limine litis” da tutela antecipada.

Assim advoga J. E. S. Frias:

*Nada impede que a tutela seja antecipada antes da citação do réu. Se, ao ser proposta a ação, os requisitos para sua concessão estiverem presentes, a antecipação de tutela se impõe. E, ao contrário do que a redação do caput do art. 273 do Código parece sugerir, presentes os requisitos, a tutela deve ser antecipada, não se constituindo em faculdade do juiz da causa seu deferimento ou não.*²⁷⁷

Nesse sentido, também se manifesta, com propriedade, Nelson Nery Junior:

*A antecipação da tutela de mérito tem estrutura semelhante à dos interditos possessórios, previstos no CPC, 923 e ss., que têm como função adiantar o provimento de mérito. Agora, portanto, cabe liminar em qualquer ação judicial de conhecimento, pois o novo instituto se aplica ao processo de conhecimento em geral.*²⁷⁸

É esse também, o posicionamento de Carlos Mário da Silva Velloso:

A tutela antecipada, no fundo, é uma espécie de medida liminar, que poderá ser pedida em qualquer ação, assemelhando-se a uma medida cautelar, certo, entretanto, que esta não pode antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal (CPC, arts. 796 e segs.) e só em casos excepcionais,

²⁷⁵ Bermudes, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p.36.

²⁷⁶ Passos, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37-38.

²⁷⁷ Frias, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 728, p. 67, jun. 1996.

²⁷⁸ Nery Junior, Nelson. A Reforma do Processo Civil. Revista Jurídica, São Paulo, n. 215, set 1995.

*expressamente autorizados por lei, será concedida sem a audiência das partes (CPC, art. 797).*²⁷⁹

Comungando desse posicionamento assim se pronunciou Luiz Guilherme Marinoni:

*O próprio artigo 273 não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável.*²⁸⁰

Insta reconhecer, portanto, a possibilidade de concessão “inaudita altera pars” da tutela antecipada, afastando-se desde já, qualquer alegação de ofensa ao princípio do contraditório que, efetivamente, não é suprimido, mas postergado para um momento futuro, em homenagem ao princípio da inafastabilidade, que garante o direito à adequada prestação jurisdicional e, por via reflexa, o direito à tutela de urgência.

À guisa de argumentação, oportuno, o magistério de Luiz Guilherme Marinoni: “Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos”.²⁸¹

Com efeito, modernamente, a possibilidade de concessão da tutela antecipada sem a oitiva do réu “inaudita altera pars”, é reconhecida não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência praticada no colendo Superior Tribunal de Justiça, como se denota na ementa do venerando acórdão de lavra do eminente ministro Milton Luiz Pereira, proferido no Recurso Especial 121190/PR (1997/0013545-4):

Processual Civil. Cautelar Inonimada. Agravo. Sistema Financeiro da Habitação-Sfh. Depósito Prestações. Liminar. "Inaudita Altera Parte". Sum. 83/Stj.

- 1. A antecipação provisória dos efeitos da tutela pretendida (liminar) tem conteúdo de urgência diante de situações objetivas, avaliação entregue a soberania do convencimento do juiz. a decisão tem expressa previsão legal (arts. 797 e 804, CPC).*
- 2. Concessão liminar - "inaudita altera parte" - possibilidade para resguardar o mutuario dos efeitos da mora.*
- 3. Somente em casos excepcionais ou decisão desprovida de razoabilidade ou teratológica abre-se ensejo para a desconstituição de liminar, proferida sob as alvissaras do "periculum in mora et fumus boni iuris".*
- 4. precedentes jurisprudenciais.*
- 5. Recurso improvido.*

²⁷⁹ Velloso, Carlos Mário da Silva. Antecipação de tutela – Liminares e tutela antecipada. Revista Jurídica, São Paulo, n. 258, out. 1998.

²⁸⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.133.

²⁸¹ Idem.

Sobre a questão, todavia, é preciso abrir um parêntese para a hipótese preconizada no inciso II, do artigo 273, que reclama a caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, nesse caso, por não figurar motivo de urgência, a medida só poderá ser deferida após o oferecimento da peça defensiva.

Discutiu-se, por muito tempo, na doutrina a possibilidade de concessão da tutela antecipada na própria sentença.

Dentre os que negavam tal possibilidade merece destaque a lição de Nelson Nery Jr., trazida por Célio da Silva Aragon:

*A medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença (...) Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão.*²⁸²

Pretendendo afastar o efeito suspensivo da sentença, parte da doutrina refutou tal posicionamento, como se observa no escólio de José dos Santos Bedaque:

*A antecipação de tutela pode ser concedida na própria sentença. Não há necessidade de decisão interlocutória sem separado. A exigência não se coaduna com a eliminação de formalidades desnecessárias. Também a falta de referência expressa às hipóteses de antecipação como fundamento para o juiz não atribuir efeito suspensivo à apelação parece circunstância irrelevante. Antecipar efeitos na sentença constitui providência incompatível com o efeito suspensivo do recurso, o que se revela suficiente para não concedê-lo.*²⁸³

Modernamente, entretanto, a questão deixou de ter importância, pois, com o advento da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que inseriu o inciso VII, no artigo 520 do Código de Processo Civil, o legislador consagrou a confirmação da antecipação da tutela na sentença como fundamento a negar efeito suspensivo ao recurso de apelação.

Conclui-se que a antecipação de tutela pode ser deferida não só no pedido inicial, mas também, posteriormente, inclusive após a sentença. É esta, como aponta José Roberto dos Santos Bedaque,²⁸⁴ a intenção do legislador: “...toda vez que houver risco efetivo para o resultado da atividade jurisdicional, que pode tornar-se completamente inútil em razão do tempo, sacrificam-se postulados ligados à segurança jurídica para garantir a efetividade da tutela”.

²⁸² Célio da Silva Aragon. Reflexões Acerca da Tutela Antecipada. [Internet]- Disponível em: <http://www.uol.com.br/consultor/view.ctm>. Acesso em: 22.fev.2002.

²⁸³ Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 348.

²⁸⁴ Idem.

3.11.3 - Competência.

Antes de adentrarmos ao estudo da competência, é preciso relembramos o que foi dito anteriormente, sobre a natureza do instituto.

Com efeito, não há, praticamente, na doutrina discussão sobre a matéria. Reconhece a doutrina que, a natureza do pronunciamento judicial que defere ou indefere, total ou parcialmente a antecipação da tutela pleiteada é de decisão não-terminativa ou incidente – interlocutória - eis que, tal decisão como elucida expressamente o comando normativo ínsito no parágrafo 5.º do art. 273, não impede o prosseguimento do processo, que deverá prosseguir até o julgamento final.

De fato, essa decisão, quer concessiva, quer denegatória, do pleito de antecipação, não põe termo ao processo. Devendo, o julgamento final a que se refere o parágrafo 5.º, do art. 273, ser entendido como o trânsito em julgado da sentença, pois, ao contrário do que uma leitura apressada do parágrafo 1.º, do art. 162, poderia induzir, o processo não termina.

Deveras, o que ocorre é o esgotamento da atividade jurisdicional de primeira instância por expressa disposição do art. 463, do Código de Processo Civil, prosseguindo o processo para as partes, exceto em não havendo interposição de recurso, conforme se abstrai da exegese do art. 467, do Código de Processo Civil.

Oportuno o magistério de William Santos Ferreira:

...Como a decisão acerca do pedido de tutela antecipatória não põe termo ao processo, este pronunciamento do juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, sendo, portanto, decisão interlocutória, conforme expresso no § 2.º do artigo 162 do Código de Processo Civil. Repita-se: não importa se no início ou no curso do processo, nem tampouco se proferida após a sentença (altera-se apenas aqui o prolator da decisão, não a natureza desta).²⁸⁵

Fixadas as premissas acima, passamos a estudar o tema relacionado à competência para a apreciação do pedido de antecipação de tutela. Para tanto, é necessário, para melhor compreensão, em face das peculiaridades de que se reveste, uma distinção quanto ao momento da concessão da medida.

Como mencionado anteriormente, o legislado não disciplinou, textualmente, o momento apropriado para a concessão da medida antecipatória, podendo, por conseguinte, ser pleiteada não só no pedido inicial, como erroneamente poderia sugerir o art. 273, do Código de Processo Civil, mas, também, como já dito, durante o inter processual, inclusive na sentença, ou até mesmo na fase recursal.

3.11.3.1 - A Competência para Apreciação da Tutela Antecipada Até a Prolação da Sentença.

²⁸⁵ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 247.

De forma pacífica, a doutrina reconhece, como não poderia deixar de ser, que a competência para a apreciação do pleito da antecipação de tutela, até a prolação da sentença definitiva, cabe ao juiz da causa.

É nesse sentido, aliás, o magistério de Calmon de Passos:

Competente para apreciar o pedido de antecipação, portanto, aquele a quem tal pedido deve ser dirigido, é o magistrado que, no inter processual em que o pedido de antecipação é formulado, tenha competência para apreciar o mérito da causa, cujo objeto é a tutela que se pretende antecipar. Normalmente, o juiz da causa, até que profira a sua decisão definitiva.²⁸⁶

Sobre o tema relevante observar, em apartada síntese, que durante muito tempo a doutrina discutiu sobre o meio adequado para atacar o indeferimento do pleito pelo magistrado.

Para solucionar tal dificuldade, num primeiro momento, admitiu-se em caráter excepcional as vias do mandado de segurança e da medida cautelar. Entretanto, a prática mostrou que tais medidas com essa finalidade se mostraram instrumentos inapropriados e artificiosos.

Posteriormente, passou-se, a admitir, por interpretação teleológica do artigo 558 e sistemática, que o autor do pleito indeferido deveria atacar tal decisão pela via do agravo de instrumento. Todavia, tal dispositivo autoriza apenas e tão-somente que o relator nos casos em que haja perigo de lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspenda o cumprimento da obrigação.

Com efeito, a mera concessão do efeito suspensivo do “decidum” não atendia à pretensão da parte, eis que suspender o que foi negado não gera quanto ao “efeito em si” nenhum efeito, tratar-se-ia de uma medida inócua.

Passou-se, então, para atender à pretensão do autor de ver substituída a decisão denegatória recorrida, por uma afirmação, a admitir o que a doutrina convencionou chamar de “efeito suspensivo ativo”, onde, havendo pedido expresso da agravante poderia o relator apreciar e eventualmente deferir provisoriamente a antecipação de tutela denegada pelo juiz “a quo”.²⁸⁷

Hodiernamente, a questão perdeu a relevância, pois o legislador da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, sistematizou, no inciso III, ao lado da possibilidade de concessão do efeito suspensivo do agravo, a possibilidade de deferimento da antecipação da tutela recursal pelo relator.

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I – (...)

II – (...)

²⁸⁶ Passos, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 36.

²⁸⁷ Para maior aprofundamento Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

(...).

3.11.3.2 - Competência para Apreciação da Tutela Após a Prolação da Sentença.

A doutrina consolidou o entendimento, sem possibilidade de desconstituição, de que a competência para apreciar o pleito de tutela antecipada, após a prolação da sentença, é do tribunal “ad quem”.

De fato, outra não poderia ser a conclusão, à luz do disposto no artigo 463, do Código de Processo Civil:

Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculos;

II – por meio de embargos de declaração.

Com efeito, quis o legislador dizer, como se denota na dicção literal do art. 463, que ao proferir sentença o juiz “a quo”, cumpre e esgota sua função jurisdicional, não mais podendo inovar no processo, salvo nos previstos no artigo citado.

Valemo-nos, mais uma vez, da perspicácia do escólio de Calmon de Passos:

...quando o juiz de primeiro grau profere decisão de mérito, no dizer do art. 463 do CPC, ele cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterar o decidido por força de embargos de declaração ou para corrigir inexatidões materiais ou retificar erros de cálculo. Deve-se, contudo, lembrar, que o juiz da causa, mesmo depois de proferir a decisão de mérito, continua competente para a execução do julgado, inclusive em caráter provisório. Assim sendo, a antecipação, que é “execução”, coloca-se no âmbito de sua competência e não no espaço da competência do juiz, definido em lei, para julgar o recurso cabível dessa decisão, cuja tutela se quer antecipar. Por outro lado, conceder a antecipação não é “alterar” o decidido. Assim, pode-se pretender concluir que, mesmo pendente o recurso, a antecipação da tutela é da competência do juiz de primeiro grau, ou melhor, do juiz a quo e não do ad quem. Lembremos, entretanto, que a antecipação pede o convencimento da existência de prova inequívoca da alegação e, formulado o recurso, esse juízo se fez possível, em termo de reexame, no segundo grau, além de sabermos que a decisão proferida em grau de recurso substitui a decisão recorrida (art. 512 do CPC), e também que, conhecido o recurso esse conhecimento opera, como condição resolutive da decisão recorrida. Tudo isso nos leva a ter como acertado negar-se ao juiz do primeiro grau que já proferiu decisão de mérito, sujeita a recurso, competência para antecipar a tutela..²⁸⁸

²⁸⁸ Passos, José Joaquim Calmon de. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37-38.

Sobre a casuística se propôs na doutrina a questão da competência para apreciar o recurso. O relator ou o colegiado?

Ressalte-se, por oportuno, que a questão só tem relevância após a distribuição, pois, no tribunal, o requerimento da tutela, antes de ser distribuído, deve ser apreciado e julgado pelo seu presidente, ou então por outro órgão que o regimento interno dispuser.

Sobre a questão manifestou-se Calmon de Passos:

Penso que para solução correta, deve-se atentar para a circunstancia de que, embora sendo verdadeira concessão de execução provisória, não se deve confundir o procedimento para tornar efetiva a tutela antecipada (sempre da competência do juiz da causa) com o procedimento necessário para sua concessão. Aqui, há exame dos pressupostos da existência da prova inequívoca e do que a isso se deve somar (risco de dano, abuso de direito, intuito protelatório), o que, estando o feito no âmbito do tribunal não pode ser analisado nem pelo juiz do primeiro grau (juiz da causa), nem pelo relator. No segundo grau, o que se antecipa é a tutela obtível com o recurso (já deixamos tornado firme no primeiro grau subsiste a competência do juiz da causa) e essa tutela só é deferível pelo colegiado donde nos parece que o pedido de antecipação, ainda que dirigido ao relator, será objeto de tratamento procedimental idêntico ao que se prevê para o exame do mérito do recurso, em que se postula a tutela que se deseja ver antecipada.²⁸⁹

Em sentido contrário, conferindo ao relator do processo, a competência para apreciar o pleito de antecipação, se pronuncia Antônio Carlos da Costa Machado:

Em primeiro lugar, queremos fazer uso do argumento da cautelaridade da providência antecipatória do art. 273, inciso I, para sustentar a idéia da competência do relator do recurso para conceder a antecipação dos efeitos: dada a urgência e dada a provisoriedade, duas das marcas características dos provimentos que se destinam à neutralização do periculum in mora, não é razoável exigir o funcionamento de um órgão colegiado para a apreciação de cada requerimento de cautela que seja dirigido ao tribunal.²⁹⁰

Nesse sentido é o magistério de William Santos Ferreira:

Com referência à competência para apreciação da tutela antecipada em sede recursal, o dispositivo a ser aplicado é o caput do artigo 558. Com isso, eventual pedido de tutela antecipada deverá ser apreciado pelo relator, valendo salientar que, se por qualquer motivo o recurso ainda não houver sido distribuído, deverá sê-lo incontinenti, como prevê o dispositivo; ou, se tal situação for impossível, dever-se-á obter a apreciação por um dos vice-presidentes ou pelo presidente do tribunal ao qual o julgamento do recurso estará afeto (neste caso, conforme dispuser regimento interno). Aliás, o artigo 68 da Lei Orgânica da Magistratura nacional, embora tratando das férias coletivas, prevê a situação de urgência: Durante as férias coletivas, nos tribunais em que não houver

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Machado, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 544-545.

*turma ou câmara de férias, poderá o presidente, ou seu substituto legal, decidir de pedidos de liminar em mandado de segurança, liberdade provisória ou sustação de ordem de prisão, e demais medidas que reclamem urgência.*²⁹¹

Por fim, observe-se, que questão perdeu relevância com o advento da 10.352, de 26 de dezembro de 2001, notadamente em face da alteração, no inciso III, onde, face à plausibilidade do posicionamento majoritário, reconheceu o legislador a competência do relator para apreciação do pedido de tutela antecipada.

3.12 - Possibilidade de Revogação do Provimento.

As severas exigências a serem observadas para que seja possível a concessão da tutela antecipada, não impede, como veremos a possibilidade de revogação do provimento antecipatório.

Com efeito, dispõe o parágrafo 4.º, do art. 273, in verbis: “A *tutela antecipada* poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Observe-se, que o texto em comento, está em perfeita harmonia com a sistemática da antecipação de tutela, em especial, com a provisoriedade e reversibilidade, frise-se, características da tutela antecipada.

Deveras, a antecipação de tutela é concedida em razão de uma determinada situação que, devido, a urgência de que se reste, reclama um provimento imediato do Poder Judiciário. Logo, pode, também, ser alterada em havendo uma modificação do quadro fático, inclusive por razões probatórias, vigente ao tempo da concessão.

O que não se permite, portanto, é que o magistrado revogue sua decisão a seu livre arbítrio sem qualquer alteração no quadro fático.

É, nesse sentido, aliás, o magistério de Araken de Assis: “*Evidentemente, há que surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, a seu talento e em conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois, ou vice-versa*”.²⁹²

²⁹¹ Ferreira, William Santos. Tutela Antecipada no Âmbito Recursal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 261.

²⁹² Assis, Araken de. Antecipação de Tutela. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

A respeito, é preciso lembrar que parte da doutrina sustenta, que o magistrado não poderá alterar a decisão de ofício, pois, terá ocorrido preclusão pro judicato. Dependerá, portanto, da existência da provocação da parte, através da interposição de recurso que deverá ser dirigido ao tribunal, podendo, no caso do agravo, haver o chamado juízo de retratação.

Nesse sentido preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

A liminar por meio da qual o juiz concede a antecipação dos efeitos da tutela, tanto com base no art. 461, § 3.º, quanto com fundamento no art. 273, ambos do CPC, está dentre aquelas decisões que geram preclusão pro judicato, não podendo, por isso, ser alteradas ex officio pelo juiz.²⁹³

Permissa venia, aos respeitáveis entendimentos em contrário, entendemos que, em situações excepcionais, tendo o magistrado conhecimento da alteração no quadro fático que embasou a concessão da medida, melhor será, assim como nos manifestamos ao tratarmos da possibilidade da concessão do provimento antecipatório de ofício, admitir a revogação da medida pelo magistrado de ofício, até porque a revogação da medida antecipatória pelo magistrado na sentença, nada mais é do que uma revogação de ofício, assim, não teria porque negar a revogação de ofício da medida antecipatória no inter processual.

Por fim, é preciso ressaltar que a decisão que revoga a medida antecipatória produz efeitos ex tunc (retroage à data da concessão), devendo restabelecer a situação ao estado “a quo”. Note-se, entretanto, que nem sempre isso será possível, pois, embora em harmonia com a reversibilidade da tutela, haverá situações, em que será difícil ou quando não impossível, o restabelecimento da situação inicial.

3.13 - Execução do Provimento Antecipatório.

Uma das maiores celeumas suscitadas no âmbito do instituto da tutela antecipada, diz respeito, sem dúvida, a executividade do provimento antecipatório.

Assim previa o parágrafo 3.º do art. 273, do CPC: “A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

Note que o dispositivo em comento, que tratava da execução da tutela antecipada, remetia o intérprete às disposições da execução provisória regradada no art. 588 do CPC, in verbis:

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

²⁹³ Wambier, Teresa Arruda A. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 543-544.

I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor;

II- não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Parágrafo único. No caso do n. III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

Observe que o legislador limitou-se no parágrafo 3.º do art. 273, a submeter a execução do provimento antecipado as regras dos incisos II e III, do art. 588, quedando-se omissos quanto ao inciso I, que tratava da necessidade da prestação de caução pelo exequente, para a obtenção da execução.

Com efeito, tal exclusão causou dissenso na doutrina quanto à necessidade de prévia caução para a execução da medida antecipatória.

Sobre o assunto, adotando um posicionamento eminentemente literal, manifestou-se Sérgio Bermudes²⁹⁴, entendendo que, ao excluir a incidência do inciso I do art. 588, o legislador desonerou o exequente da providência prevista no inciso I, para a obtenção da execução da tutela antecipada.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco²⁹⁵ sustentou que, o § 3.º do art. 273, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588, estaria excluindo a exigência de caução para a concessão da medida antecipatória.

Ocorre que, conquanto tivesse o legislador excluído a aplicação da caução prevista no inciso I, esta, a necessidade de caução, permanecia na parte final do inciso II do art. 588, que, fazia referência à necessidade de caução para a hipótese em que se buscava o levantamento de depósito em dinheiro.

Todavia, mesmo, aqui, valendo-se de uma interpretação sistemática e teleológica, algumas vezes se levantaram no sentido de se dispensar a necessidade de prévia caução.

Assim, se pronunciou João Batista Lopes:

Posto não aluda o art. 273, § 3.º, do CPC ao inciso I do art. 588, que se refere à caução, bem é de ver que tal exigência se encontra no inciso I do artigo por último citado, a gerar dúvida no espírito do intérprete.

(...)

²⁹⁴ Bermudes, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 38.

²⁹⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 147.

Considerando o regime adotado para a antecipação da tutela, a referência à aplicação da execução provisória “no que couber” e os fins buscados pela lei, notadamente a efetividade do processo, força é convir pela dispensa da caução, para não frustrar o escopo maior do instituto.²⁹⁶

De outro lado, afastando a necessidade de caução apenas nas hipóteses em que o requerente da tutela antecipada se mostrasse hipossuficiente, de modo a inviabilizar a concessão da medida, se pronunciou Antonio Jeová da Silva Santos:

Remete este dispositivo às disposições do CPC que tratam da execução provisória. A efetividade do julgado sumariamente na tutela antecipada, está assegurada pela provisória execução do provimento antecipatório. Para obter a satisfação do decidido, o titular do direito estará sujeito à prestação de caução que servirá para futura e eventual reparação de danos.

Em muitas das hipóteses não se exigirá caução, sob pena de tornar inválida a tutela concedida. Isto porque, muitos serão os casos em que o beneficiário da decisão não reunirá condições, nem econômicas, muito menos sociais, para prestar caução. Verificando que a caução será pesado ônus para a parte, a fim de evitar seja frustrada a efetividade do provimento, deverá o juiz dispensar a parte de prestar caução.²⁹⁷

Com efeito, o apropriado magistério do insigne professor parece ter feito eco no legislador da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, levando-o a alterar a redação dos dispositivos em comento que, hodiernamente, se encontram assim redigidos:

Art. 273....omissis...

§ 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 5º, e 461-A.

....omissis...

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer:

II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

²⁹⁶ Lopes, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 90-91.

²⁹⁷ Apud Friede, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautela. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.101-102.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

Atendendo aos reclames atuais do processo civil, a Lei em comento revela grande conquista, indo de encontro ao princípio da efetividade do processo.

Observe que, conquanto, tenha o legislador, condensado as hipóteses em que se exige a prestação de caução no inciso II, do art. 588, e, no §. 3º, do art. 273, tenha mandado expressamente aplicar o art. 588, sem restrições, naquilo que lhe couber e conforme sua natureza, trouxe verdadeiro, abrandamento à regra, ao isentar, no §. 2º, da necessidade de prestar prévia caução, os casos em que se pretenda a execução de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

Conclui-se, portanto, que o legislador quis, aqui, salvaguardar, a um só tempo, de um lado, o direito a efetividade do processo assegurando a medida para os hipossuficientes e, de outro, tutelar o requerido contra um prejuízo irreparável. Sob outro aspecto, quer me parecer que a prestação de caução, na antecipação de tutela, importará em verdadeiro abrandamento dos requisitos genéricos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações preconizados no “caput”, do art. 273.

Frise-se, ainda que, embora, tenha disciplinado a exigência, da prévia caução, o legislador manteve a expressão “no que couber” e, ainda, acrescentou a expressão “conforme sua natureza”.

Com efeito, trata-se de expressão vaga e imprecisa, levando a conclusão de que nem sempre se aplicará o disposto no art. 588 do CPC.²⁹⁸

Assim, a execução deve se dar pela forma apropriada e compatível com os efeitos antecipados, por exemplo, em se tratando de decisões de caráter mandamental e constitutivo, a execução deverá se dar simplificada, mediante expedição mandado (de abstenção ou de suspensão), que, em sendo descumprido, poderá, ensejar crime de desobediência e, se de outro lado, a ação tiver cunho executório aí sim, deverá obedecer à execução provisória.

²⁹⁸ Lopes, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 98.

4 - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.

4.1 - Considerações Iniciais.

Fixadas as premissas necessárias ao estudo da antecipação de tutela, esculpido no art. 273, do CPC, passaremos doravante à análise sistemática da antecipação de tutela nas demandas propostas em face do Poder Público.

O tema gerou, inicialmente, uma das maiores polêmicas na seara do Direito Processual Civil, levando ao surgimento de posições respeitáveis tanto no sentido de cabimento, quanto no sentido de descabimento da aplicação do instituto sub examine contra Fazenda Pública.

Notaremos, mais à frente, que as divergências de posicionamentos, dizem respeito, em síntese, à possibilidade de oponibilidade das chamadas “prerrogativas” da Fazenda Pública à eficácia do instituto da tutela antecipada.

4.2 - Os Privilégios Processuais da Fazenda Pública.

O estudo do tema que ora se propõe reclama, para melhor compreensão e, como forma de identificar os legitimados a gozar dos chamados privilégios, a delimitação da expressão “Fazenda Pública” no seu sentido técnico processual.

No sentido técnico processual, a expressão “Fazenda Pública”²⁹⁹ está a se referir à Administração Pública, representada pelas próprias pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como, as autarquias e

²⁹⁹ Na acepção administrativa do termo Fazenda Pública está a significar órgão responsável pela administração financeira do Estado.

fundações públicas, atuando como parte em juízo, pois é ela, a Fazenda Pública,³⁰⁰ que suporta os ônus patrimoniais da demanda.

Com os chamados privilégios processuais ou como preferem alguns “prerrogativas”³⁰¹ quis o legislador, ao que parece, precaver o patrimônio da sociedade e o interesse coletivo, de toda e qualquer atividade nefasta, eis que, uma eventual negligência processual por parte de um representante do Estado, afetaria não só sua credibilidade, mas também poderia ensejar dano ao patrimônio público, atingindo, assim, diretamente os interesses do ente estatal e, por via reflexa, toda a coletividade, que é, em verdade, a real detentora desse patrimônio.³⁰²

Neste diapasão, impera concluir que o Estado não é igual aos demais que com ele, Estado, demandem. E, considerando que o princípio da igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais, para que assim se possa alcançar a verdadeira igualdade, não se pode, como pretendem alguns³⁰³, tachar de inconstitucionais tais garantias.

Com efeito, à luz do conceito de igualdade material forçoso reconhecer, em razão do interesse defendido pelo ente público em juízo, que os privilégios processuais, não ofendem o princípio da isonomia.

Destarte, a Fazenda Pública goza de alguns privilégios processuais que não são atribuídos aos particulares, assim, por exemplo, é atribuído à Fazenda Pública, prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 118 do CPC), juízo privativo (art. 109, I, da CF), isenção de prévios pagamentos dos atos processuais que só serão pagos ao final do processo (art. 27 do CPC), dispensa de preparo para recorrer (art. 511), procedimento próprio para execução de seus créditos (Lei 6.830/80), bem como, para pagamento das execuções de quantia certa movida a seu desfavor (art. 100, da CF e 730, do CPC), reexame obrigatório (art. 475, I), regime próprio quanto às decisões proferidas

³⁰⁰ Nesse sentido Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 647.

³⁰¹ afastando essa terminologia, por considerá-la equivocada e pejorativa, e que o melhor seria chamá-la de garantia ou precauções. Souto, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 215.

³⁰² Ferraz, Sergio em primoroso artigo afirma que, quando o particular sagra-se vitorioso numa contenda judicial contra o ente público, ele, o particular, também é perdedor, juntamente com toda a comunidade, porque do Estado, vale dizer, do público, foi retirado determinado valor que lhe pertencia e que será destinado a uma única pessoa. Neste contexto, não haveria propriamente privilégios, mas a intenção explícita de cercar com os maiores cuidados possíveis o ente público, responsável pela administração e guarda do patrimônio público. Apud Souto, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.140.

³⁰³ Para melhor aquilatar a controvérsia vide Tucci, Rogério Lauria et. al. *Constituição de 1998 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 37-59.

contra si em caráter provisório (Lei 8437/92), dentre outras “prerrogativas” preconizadas em leis infraconstitucionais.

4.3 - A Necessária Proteção do Indivíduo.

Como dito, linhas atrás, o legislador atribuiu uma série de privilégios ao ente Público que, não são atribuídos aos indivíduos. Observe que tais prerrogativas não se limitam ao âmbito do direito processual; ao contrário, existem também na esfera do direito material, revelando, pois, a submissão do interesse privado em face do interesse Público traduzindo, em verdade, a supremacia do interesse Público em face do interesse particular.

Todavia, tais prerrogativas, não se revestem de caráter absoluto, existindo, ao lado destas restrições, verdadeiros ônus e sujeições, que são impostos como limites a estas prerrogativas. Assim, confere o legislador um núcleo de proteção ao indivíduo que deverá ser respeitado, sob pena de invalidar a própria prerrogativa estatal.

Observe que essa sistemática tem sua origem histórica fincada na Revolução Francesa, onde foram criadas as bases para o desenvolvimento de mecanismos de proteção e garantia do indivíduo contra o Estado totalitário e, onde foram estabelecidas garantias aos jurisdicionados, dignas de permanência e resguardo pelas demais nações.

Reconheceu-se, a partir daí, a necessidade de que o indivíduo também dispusesse de mecanismos de proteção contra o Estado, como meio de sopesar as prerrogativas do Estado e evitar abusos do próprio Estado.

Pensou-se então em instrumentos eficazes e ágeis para assegurar em concreto tais garantias que não podiam simplesmente existir no plano formal. Como exemplo, desses mecanismos de defesa do indivíduo, merece destaque, em nosso ordenamento jurídico o Mandado de Segurança, todavia, sua utilização é restrita às hipóteses de violação a “direito líquido e certo” por “ilegalidade ou abuso do poder”.

Exsurge, então, o instituto da tutela antecipada como o instrumento eficaz e ágil a ser utilizado nas demais hipóteses em que o indivíduo venha a sofrer ingerência indevida por parte do Estado, desde que, é claro, sejam cumpridos os requisitos exigidos para concessão da medida.

4.4 - Os Entraves Legais e Doutrinários à Aplicação do Instituto da Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública.

Dentre os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, dado a importância de se revestem para o estudo do presente trabalho, eis que, são considerados por parte da doutrina como sendo os maiores entraves à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, merecem destaque: o sistema de precatórios (art. 100, da CF e art. 730 do CPC); o reexame necessário (art 475, I, do CPC); e o regime próprio quanto às decisões proferidas em caráter provisório (liminar).

Efetivamente, foram esses os grandes questionamentos à aceitação da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Todavia, hodiernamente, como veremos, a doutrina tem demonstrado que tais entraves, sobre tudo à luz da efetividade do processo, não são suficientemente capazes de autorizar tal restrição.

4.4.1 - O Panorama Normativo das Restrições à Efetividade dos Provimentos Jurisdicionais em Face do Poder Público.

Como se sabe, as tentativas de limitar a efetividade dos provimentos jurisdicionais contra o Poder Público, sempre existiram em nosso ordenamento jurídico.

Em análise panorâmica, fica evidente que tais normas sempre foram editadas de forma casuística, com o condão de proteger certa conjuntura sócio-econômica vivenciada pelo país.

Assim, podemos enumerar, como exemplo dessa tendência histórica, a Lei n.º 2.270/56, que suprimiu a concessão de liminares que buscavam a liberação de mercadorias de procedência estrangeiras, com o fim de proteger a incipiente indústria automobilística nacional contra a concorrência das indústrias automobilística estrangeira; a Lei n.º 4.348/64, que proibiu a concessão de liminares destinadas à reclassificação, equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens; a Lei n.º 7.969/89, que estendeu os efeitos do art. 5.º, da Lei n.º 4.348/64, às medidas cautelares; a Lei n.º 8.076/90, que vedou as medidas liminares nos mandamus e nas cautelares que versassem sobre as reformas econômicas do Plano Collor.

Neste diapasão, merece destaque, dada a importância de que se reveste para o desenvolvimento do presente trabalho, a Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992, que disciplinando a concessão das medidas liminares contra o Poder Público visou reprimir as denominadas “cautelares satisfativas”, notadamente, no § 3.º do art. 1.º da Lei em comento.

Foram, aliás, as vedações disciplinadas na Lei n.º 8.437/92, que acirrou as controvérsias quanto à aplicação do instituto da tutela antecipada inserido pela Lei n.º 8.952/94, em face da Fazenda Pública.

Com efeito, atualmente, assim se encontra a redigida a Lei 8.952/94:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias.(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.(Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§4º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§5º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§6º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§7º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§8º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

§9º (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Como se observa, tais restrições dizem respeito às “medidas Liminares”, razão pela qual, parte da doutrina, inicialmente, pregou, utilizando-se de critério eminentemente topográfico para definir o termo liminar³⁰⁴, a não extensão das vedações da Lei sub exame à antecipação de tutela.

Posteriormente, tal raciocínio mostrou-se superado, dada a nova concepção atribuída ao termo “liminar”. Com efeito, passou-se a entender que termo liminar não se restringia tão-somente a uma mera decisão proferida initio litis, sem que o demandado tivesse manifestado sua defesa, deveras, também deveria ser levado em conta o conteúdo da decisão. Assim, para efeitos de aplicação do disposto na Lei n.º 8.437/92, passou-se a conceituar liminar como sendo o provimento jurisdicional proferido no curso do processo, no qual se antecipam os efeitos da tutela pleiteada pelo demandante, independentemente do momento em que o demandado se manifesta.

Neste contexto, surgiram as vacilações doutrinárias à aplicação das disposições da Lei n.º 8.437/92³⁰⁵ à antecipação de tutela, todavia, a discussão mostrou-se, posteriormente, superada com o advento da Medida Provisória n.º 1.570, que expressamente estendia à tutela antecipada as restrições previstas na Lei 8.437/92, como veremos em seguida.

4.4.1.1 - A Lei 9.494/97 e as Limitações da Tutela Antecipada em Face do Poder Público.

O advento da Medida Provisória n.º 1.570, posteriormente convertida na Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, que regulou as hipóteses de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pôs fim à discussão suscitada acima, eis que, a norma em comento

³⁰⁴ Topograficamente, liminar está a se referir àquelas decisões proferidas no início do processo inaudita altera pars.

³⁰⁵ “...a liminar não é cautelar e por isso mesmo estaria fora do âmbito de incidência da Lei 8.437/92. Trata-se de antecipação da própria tutela, que nada tem de cautelar.” Pavan, Dorival Renato et. al. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar. Revista de Processo, São Paulo, n. 91, p. 151, jul./set. 1998.

estendeu expressamente no art. 1.º a aplicação do disposto na Lei 8.437/92 à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC.

Disponha a Lei 9.494/94 em seu texto original:

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

Art. 2.º O art. 1º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: § 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 o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória.

Art. 3º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Art. 2º-A (Vide Medida Provisória nº 2,180-35, de 24.8.2001)

Art. 3º Ficam convalidados os atos praticados com base, na Medida Provisória nº 1.570-4, de 22 de julho de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Observe que por força do art. 1.º da Lei sub exame, ficou vedada a concessão da tutela antecipada nos seguintes casos:

A - quando o servidor público visa a reclassificação, equiparação a outro servidor público, aumento ou extensão de vantagens, somente podendo ser executada a decisão depois de transitada em julgado;³⁰⁶

B - pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor estadual e municipal;³⁰⁷

C - contra atos do Poder Público, toda vez que tal providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.³⁰⁸

Tais restrições se mostravam verdadeiros óbices à tutela de urgência em face da Fazenda Pública, o que levou a doutrina a indagar sobre a possibilidade de aplicação desses dispositivos à tutela antecipada.

³⁰⁶ Lei n.º 4.348, de 26/6/64, art. 5.º e seu § único.

³⁰⁷ Lei n.º 5.021, de 9/6/966, art. 1.º e seu § 4.º.

³⁰⁸ Lei n.º 8.437, de 30/6/92, art. 1.º.

Assim, em sessão realizada em 16 de abril de 1997, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ADIn 1576-1/DF, concedeu liminar para suspender a eficácia do preceito que condicionava a antecipação de tutela contra as pessoas jurídicas de direito público à prestação de caução (art. 2.º da Med. Prov. 1.570, letra h.).³⁰⁹

Quanto ao disposto no art. 1.º da Lei 5.021/66, se pronunciou, com rara felicidade, Renato Luís Benucci, no sentido de inaplicabilidade desse preceito ao instituto da tutela antecipada:

Um dos dispositivos que carece de viabilidade lógica para aplicação no âmbito da antecipação de tutela é o dispositivo previsto no art. 1º, caput, da Lei nº 5.021/66. de fato, sendo dispositivo previsto para aplicação no restrito âmbito do mandado de segurança, carece de sentido quando se tenta transplantá-lo para o processo comum de conhecimento. Ora, quando se estabelece que as vantagens pecuniárias de servidores só abrangerão os valores que se vencerem a partir do ajuizamento da inicial, apenas se está limitando o âmbito de aplicação do mandado de segurança, que não se presta como ação de cobrança de valores pretéritos, nos termos da Súmula 271 do STF. Assim, os valores anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança deverão se pleiteados pela ação judicial apropriada, que, no caso, é uma ação de conhecimento condenatória.

Como a antecipação de tutela ocorre no âmbito do processo de conhecimento de rito comum, a aplicação desse dispositivo quanto à antecipação de tutela inviabiliza totalmente a cobrança destas vantagens pecuniárias de servidores públicos anteriores ao ajuizamento da ação de conhecimento. Tais parcelas, caso esta regra jurídica seja aplicada em sede de processo de conhecimento, tornar-se-iam incobráveis.

*Como a aplicação de uma regra jurídica não pode levar a conclusões absurdas, conclui-se pela total inaplicabilidade do art. 1º, caput, da Lei nº 5.021/66, em sede de antecipação de tutela.*³¹⁰

Prosseguindo o nobre autor, seguindo os ensinamentos de Eduardo Talamini, também refuta inviável a aplicação do art. 5.º, § único, da Lei n.º 4.348/64, no âmbito da tutela antecipada:

Outro dispositivo cuja aplicação se demonstra inviável em sede de tutela antecipada é o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348/64, que condiciona a execução da sentença as matérias mencionadas na referida lei. Em princípio, esse dispositivo não guarda nenhuma relação com a decisão concessiva de antecipação de tutela, mas sim com o provimento final. Tal regra, que parece vedar a execução provisória da sentença final de procedência, incluída entre as hipóteses previstas na referida lei, quando aplicada à antecipação de tutela,

³⁰⁹ Bueno, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada e Ações Contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 131-132.

³¹⁰ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 54-55.

causa o questionamento sobre a possibilidade de execução provisória naqueles casos em que não for concedida a antecipação de tutela. A conclusão é que a concessão (ou não) da antecipação de tutela não constitui um parâmetro que condicione a eficácia da sentença final, pelo que este dispositivo também carece de viabilidade lógica.³¹¹

Com efeito, a doutrina passou a questionar a constitucionalidade dessas normas restritivas à concessão da antecipação de tutela, o que levou à interposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, a qual, passaremos doravante, a analisar pormenorizadamente.

4.4.1.2 A Antecipação da Tutela e Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4.

Como dito linhas atrás, as restrições impostas pela Medida Provisória n.1.570-5, de 21 de agosto de 1997, posteriormente convertida na Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, trouxe a lume algumas vozes que pregavam a inconstitucionalidade de tais restrições, quer sob o aspecto formal, eis que as restrições surgiram, de início, por meio de Medida Provisória, que, não preenchia a época os requisitos de urgência e relevância; quer sob o aspecto material, tendo em vista que tais restrições limitavam o amplo acesso à justiça, ferindo, assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional expressamente consagrado no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, oportuno, o magistério de Dorival Renato Pavan e Cristiane da Costa Carvalho:

Nem mesmo a Lei 9.494, de 10.09.1997, pode se constituir em óbice à concessão da liminar, por ser restrição que atenta contra o livre direito de ação, em toda sua extensão e que, assim, não pode ser levada em consideração pelo magistrado, diante de sua flagrante inconstitucionalidade.³¹²

Com efeito, a questão foi colocada em xeque pelo Poder Judiciário, sobretudo por parte da magistratura federal que, valendo-se do princípio da razoabilidade, firmava

³¹¹ Apud Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 54-55.

³¹² Pavan, Dorival Renato et. al. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar. Revista de Processo, São Paulo, n. 91, p. 150, jul./set. 1998.

posicionamento no sentido de não aplicabilidade dessas restrições ao instituto da tutela antecipada.³¹³

De outro lado, havia também posicionamento doutrinário que defendia a constitucionalidade de tais restrições.

Assim, por exemplo, se pronunciou o professor J. J. Calmon de Passos:³¹⁴

Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação da tutela problemas processuais de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado.³¹⁵

Essa divergência doutrinária e jurisprudencial instalada motivou a Câmara dos Deputados e do Senado Federal a ajuizar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6-DF, com o escopo de obter do Supremo Tribunal Federal uma decisão que pudesse por fim ao impasse, através de uma decisão com eficácia erga omnes, que impedisse a concessão, pelo órgão do Poder Judiciário, de tutela antecipada nos casos disciplinados pela Lei 9.494/97.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 11 de fevereiro de 1998, na apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4 acolheu o pleito da medida cautelar, suspendendo com efeito vinculante e eficácia ex nunc, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada

³¹³ Nesse sentido oportuno a decisão proferida pela 9.ª Vara da Justiça Federal de Curitiba: “Outrossim, verifica-se que a recente limitação introduzida pela Med. Prov. 1.570, de 26/03/97 deve ser interpretada em consonância com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn 223/DF (RTJ 132/571), ou seja, a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da medida restritiva imposta pela Medida Provisória, visto que a antecipação da tutela, que foi uma inovação recentemente introduzida no Processo Civil Brasileiro, está sendo ora concedida com base em aplicação da tutela antecipada através desta Medida Provisória não é só não razoável, mas também chegar-se-ia raia do absurdo, pois postergar esse direito insofismável através de Medida Provisória (portanto provisória) é inadmissível...” (Ação Ordinária 97.0003672-3, fls. 66-67, em 1.º/04/97).

³¹⁴ Passos, Joaquim José Calmon de. Da Antecipação de Tutela. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 188-189.

³¹⁵ Em sentido contrário Silva, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da vedação de concessão de medidas liminares ou da antecipação de tutela contra atos do Poder Público. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 51, p. 117, dez. 1999.

contra a Fazenda Pública, fundado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n.º 9.494/97.

Neste contexto, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, em cognição sumária, o Supremo se pronunciou pela constitucionalidade do art. 1.º, da Lei 9.494/97, ficando inibidos a partir de então, os pedidos de concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, que tivessem por pressuposto a inconstitucionalidade da norma sub exame.

Diante disso, alguns doutrinadores desenvolveram a tese de que, como tal decisão considerou válida a limitação feita por lei da utilização da tutela antecipada contra a Fazenda Pública a esses casos específicos, estaria o Supremo Tribunal Federal autorizando a utilização da tutela antecipada em relação às demais causas, mesmo sendo dirigida contra a Fazenda Pública.

Neste sentido, manifestou-se, com propriedade, Teresa Arruda Alvim Wambier:

...a tão comentada MP 1.570, de 26.03.1997, convertida na Lei 9.497, de 10.09.1997, ao querer dificultar, impor óbice, criar embaraço à concessão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida.³¹⁶

Em sentido contrário, merece destaque, o escólio de Mantovanni Colares Cavalcante:

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

É que, se indevida a antecipação da tutela em casos específicos, por conta da declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.494/97 (mesmo que sob a forma de cautelar), a meu ver continua indevida a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, de um modo geral, não diante da referida lei, mas por conta da não produção de efeitos executórios de decisão contra a Fazenda Pública enquanto não operado o reexame necessário, além da necessidade de pagamento mediante

³¹⁶ Wambier, Teresa Arruda A. Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 552-553.

*precatório e da inexistência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em tais demandas.*³¹⁷

No mesmo diapasão, se pronunciou Francesco Conte:

*O fato de a Suprema Corte afirmar a constitucionalidade de determinada norma jurídica ou conjunto de dispositivos legais, que disciplinam casos específicos, não significa que, no contexto da generalidade das demais hipóteses, seria legítima a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. O Supremo Tribunal federal absolutamente não disse isto e nem poderia dizê-lo, sob pena de estar julgando além dos domínios do pedido deduzido na indigitada ADC.*³¹⁸

Com todas as vênias aos nobres professores, a nosso ver, parece mais plausível o posicionamento firmado pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, eis que o entendimento restritivo da tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, como alguns pretendem extrair, não encontra eco nos próprios objetivos do instituto, bem como não se harmoniza com as tendências que regem o processo civil moderno.

Tendo legislador através da norma em comento disciplinado as hipóteses em que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, assim como a liminar proferida em mandado de segurança e em ação cautelar, não poderá ser deferida, a contrario sensu, quis o legislador, em verdade, autorizar a concessão da tutela antecipada nas demais hipóteses, ademais por regras de hermenêutica as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente. De mais a mais, onde a lei não restringe não é dado ao interprete restringir e, tendo em vista as tendências do Processo Civil moderno, que prestigia o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e o acesso à ordem jurídica adequada e efetiva, não poderia ser outra a solução a ser empregada à questão.

Assim, como nos ensina com rara felicidade Renato Luis Benucci,³¹⁹ seria plenamente justificável, até mesmo nas hipóteses previstas na Lei 9.494/97, aclaradas constitucionais, pelo Supremo, como dito anteriormente, a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, desde que, é claro, não tenha por fundamento a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.494/97, mas sim a tensão entre valores jurídicos igualmente relevantes, como por exemplo, a efetividade da prestação jurisdicional e a

³¹⁷ Cavalcante, Mantovanni Colares. Novos Aspectos da Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 33, p. 106-107, jun. 1998.

³¹⁸ Conte, Francesco. A Antecipação da Tutela Jurisdicional Contra a Fazenda Pública: um balanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, p. 76, maio 1999.

³¹⁹ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 62-63.

segurança jurídica. Nessa linha de raciocínio, deve o magistrado, para julgar cabível ou não a concessão da tutela antecipada contra Fazenda Pública, lançar mão do princípio da razoabilidade, descendo, à análise do caso concreto e, auferindo as peculiaridades de cada caso que lhe é apresentado para aí sim, conceder ou não o provimento antecipatório.

4.4.2 - O Reexame Necessário.

Com as raízes fincadas na revolução francesa esse instituto foi introduzido no Brasil ainda na época do império, mais precisamente através de uma Lei de 29 de novembro de 1841. Desde então, vem sendo mantido em formato semelhante ao que se encontra no art. 475 do atual Código de Processo Civil.³²⁰

Por este instituto, tão logo prolatada a sentença incumbe ao magistrado determinar o envio dos autos à superior instância, ainda que não tenha havido interposição de recurso por parte da pessoa jurídica de direito público interessada. Trata-se, portanto, de uma condição de eficácia das sentenças prolatadas contra a fazenda pública, assim, sem essa providência, ou seja, sem a remessa dos autos ao tribunal ad quem, a sentença permanecerá inexecutável.

Dispõe o caput do art. 475 do CPC: “*Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:*”.

Pois bem, dentre as hipóteses enumeradas pelo dispositivo citado se encontram as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

Com efeito, surgiram teses respeitadas de parte expressiva da doutrina no sentido de que o reexame necessário estaria a obstacularizar a aplicação do instituto da tutela antecipada, nas demandas em que figurasse como ré a Fazenda Pública.

Sob a perspectiva oposta da percepção do instituto do reexame necessário se pronunciou pelo não cabimento da tutela antecipada contra o Poder Público, Raphael Silva Salvador:

Apenas entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí Haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal

³²⁰ Souto, João Carlos. A União Federal em Juízo. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 174-218.

*prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil. Compreenda-se que se nem sentença definitiva, proferida após a instrução da causa, poderia introduzir efeitos, desde logo. Se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao chamado reexame necessário obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeito após confirmação pelo tribunal competente.*³²¹

Corroborando com a tese supra se pronunciou Francesco Conte:

*....se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público, como garantia constitucional do devido processo legal, está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pela autora, consubstanciando mera decisão interlocutória, com maior razão, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).*³²²

Sustentando tese contrária, parte da doutrina, valendo-se do conteúdo literal do art. 475, do CPC, se pronunciou no sentido de que o reexame necessário, ao se referir expressamente, à sentença, e não à decisão interlocutória, não seria aplicável à antecipação de tutela.

Nesse sentido, mostra-se oportuno o magistério de Luiz Rodrigues Wambier:

*....nenhum óbice remanesce à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois a decisão que concede a medida antecipatória da tutela jurisdicional condenatória não se consubstancia em sentença, essa sim sujeita aos efeitos do art. 475 e à ordem dos precatórios.*³²³

No mesmo sentido, leciona João Batista Lopes:³²⁴

Importa ressaltar que o art. 475 do CPC não constitui óbice à antecipação, porquanto sobredito preceito só sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença

³²¹ Salvador, Raphael Silva. Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 56-57.

³²² Conte, Francesco. A Antecipação da Tutela Jurisdicional Contra a Fazenda Pública: um balanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, p. 72, maio 1999..

³²³ Luiz Rodrigues Wambier. Antecipação de Tutela e Desapropriação Indireta. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 295.

³²⁴ Lopes, João Batista. Tutela Antecipada e o Art. 273 do CPC. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 214-215.

*em que for vencida a Fazenda Pública, e não as decisões que contra ela concedem liminares.*³²⁵

A tese em exame, a nosso ver, parece ir de encontro com a sistemática do nosso ordenamento jurídico que em outras situações confere eficácia imediata as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público, mesmo quando a sentença estiver, no futuro, sujeita a incidência do reexame necessário, assim, por exemplo, temos as liminares proferidas em Mandado de Segurança, onde são antecipados os efeitos de mérito do Mandado de Segurança. Frise-se, aqui, que a doutrina não contesta a eficácia da medida liminar proferida no Mando de Segurança, sob o argumento de que estas medidas estariam sujeitas ao reexame necessário.³²⁶

À guisa de argumentação, o reexame necessário não pode constituir, empecilho à aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Ora, se considerarmos que os efeitos de uma sentença proferida contra a Fazenda Pública, sujeita ao reexame necessário, são os mesmos efeitos de uma sentença contra a qual foi interposta apelação, admitir o entendimento de que o reexame constitui óbice à tutela antecipada, implicaria, em verdade, em concluir, que seria incabível a tutela antecipada em qualquer caso o que, efetivamente, tornaria o instituto inócuo.³²⁷

Neste contesto, o reexame necessário há de ser harmonizado com as tendências atuais do processo civil moderno, quer isto dizer que o art. 475 do CPC, deve ser visto à luz do princípio da efetividade da jurisdição, ainda que em “detrimento” da segurança jurídica.

Parece ser essa, aliás, a intenção do legislador encartada na recente reforma do CPC, introduzida pela Lei nº 10.352 de 26 de dezembro de 2001, que alterou substancialmente, o art. 475, que atualmente, tem a seguinte redação:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

³²⁵ Nesse diapasão Moacir Amaral Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 3. v. p. 101.

³²⁶ Raciocínio desenvolvido por Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 66.

³²⁷ O raciocínio é, com muita clareza, desenvolvido por Viana, Juvêncio Vasconcelos. Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 30, p. 62, mar. 1998.

§ 1.º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a revessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2.º não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3.º também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Observe, que a restrição do legislador ao reexame está em compasso com as tendências do processo civil moderno, sobretudo ao dispensar, no parágrafo 2.º, a aplicação do reexame necessário, às condenações cujo valor não exceda à quantia de sessenta salários mínimos.

Observe que o legislador já havia manifestado essa tendência em afastar a incidência do reexame necessário, prestigiando, por via oblíqua, a efetividade do processo, quando da promulgação da Lei n.º 10.259 de 12 de julho de 2001, onde expressamente dispensou o reexame necessário no art. 13, in verbis: “*Art. 13. Nas causas de que trata esta lei não haverá reexame necessário.*”

É de se concluir, portanto, que não se concebe a argüição de que o reexame necessário constitui óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. De mais a mais, se o legislador assim o quisesse, teria feito constar, expressamente, por ocasião da reforma do art. 475, a sujeição das decisões interlocutórias ao reexame necessário.

4.4.3 - Os Requisitos Específicos do art. 273 Vistos como Entraves à Concessão da Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública.

Outro argumento levantado pela doutrina como impeditivo da aplicação do instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, diz respeito à impossibilidade de configuração das hipóteses preconizadas nos incisos I e II do art. 273, do CPC, quando a Fazenda Pública for parte demandada em juízo.

Dispõe o inciso I, do art. 273, in verbis: “*haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.*”

Sobre o assunto trazemos a lume o pronunciamento do professor Mantovanni Colares Cavalcante:

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

(....)

Realmente, no caso da Fazenda Pública não há como se falar em receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme a explicação primorosa contida no referido julgado³²⁸, em virtude de a Fazenda Pública sempre poder arcar com os débitos decorrentes de ação judicial, daí porque se mostra mais evidente ser desnecessária a antecipação de tutela nessas situações.³²⁹

Com efeito, quer nos parecer que, tal posicionamento, parte do pressuposto de que em sendo o Estado parte demandada no litígio, não haveria que se falar em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, pois este, o Estado, sempre terá meios ou recursos econômicos para arcar com os débitos decorrentes da ação.

Data venia, tal posicionamento nos parece equivocado, eis que, como vimos linhas atrás, a mens legis do inciso I, do art 273, não está a autorizar a antecipação de tutela nos casos em que simplesmente o demandado não tenha condições de arcar com as despesas que adviriam de uma eventual sentença desfavorável, mais que isso, este dispositivo se presta a tutelar o direito contra a possibilidade do provimento final, ante a urgência do caso concreto, não ser mais útil à tutela do direito do requerente.

Sobre outro aspecto, o posicionamento colecionando pelo insigne professor Mantovanni Colares Cavalcante, refere-se apenas àquelas ações de cunho eminentemente patrimonial, ou seja, obrigação de pagar quantia certa, cujo cumprimento, se dá através de pagamento em dinheiro.

Pois bem, não se pode olvidar que a Fazenda Pública pode causar danos irreparáveis ou de difícil reparação não só a direitos patrimoniais, mas também a direitos não patrimoniais, como por exemplo, o direito à vida, à saúde etc.

³²⁸ “...a presunção de solvabilidade do recorrente, Estado do Ceará, para reparar possíveis agravos ao patrimônio jurídico dos recorridos, seus servidores, acaso seja reconhecido algum direito de cunho financeiro, afasta um dos pressupostos ensejadores da tutela antecipatória - o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” trecho extraído do Agravo de Instrumento nº 96.05400-6-Fortaleza, 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de lavra o Desembargador Raimundo Bastos de Oliveira.

³²⁹ Cavalcante, Mantovanni Colares. Novos Aspectos da Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 33, p. 103-104, jun. 1998.

Acresça-se que, não raro às vezes, o direito patrimonial é conexo com um direito não patrimonial e, nesses casos, negar a aplicação do instituto da antecipação de tutela, poderá significar o sacrifício do direito não patrimonial.³³⁰

Quanto à hipótese disciplinada no inciso II, do art. 273, in verbis: “*fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.*”

Mantovanni Colares Cavalcante, afirma que as hipóteses preconizadas no inciso II, do art 273, refletem a chamada litigância de má-fé prevista no art. 17 do CPC, e, nesse quadro, firmou posicionamento no sentido de que dificilmente a Fazenda Pública incidirá na regra estatuída no inciso II, do art. 273:

*Todas essas situações refletem a chamada litigância de má-fé, que dificilmente será encontrada no exercício da atividade dos Procuradores das Fazendas Públicas, sejam a nível Nacional, Estadual ou Municipal, quando defenderem os interesses da União, Estados e Municípios nas ações em que figurem no pólo passivo, posto que a legalidade e a moralidade devem nortear a atividade do administrador, incluindo-se aí naturalmente o Procurador, que exerce função pública.*³³¹

Com todas as vênias ao festejado professor Montovanni, negar a aplicação do instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sob o argumento de que em sendo a Fazenda Pública parte demandada no litúgio não haveria que se falar na ocorrência das regras disciplinadas nos inciso I e II, do art. 273, do CPC, significa, por via reflexa, salvo melhor juízo, em autorizar, ou legitimar, a lesão do direito do autor, por parte do ente Público demandado, o que ao nosso ver, não se pode admitir.

4.5 - Tutela Antecipada Contra a Fazenda Pública nas Obrigações de Pagar Quantia Certa: O Precatório e as Alterações Advindas Emenda Constitucional nº 30.

A necessidade de que a Fazenda Pública quite suas obrigações de pagar quantia certa exclusivamente através da ordem cronológica de expedição de precatório, foi erigido

³³⁰ Andréa Proto Pisani denomina “direito patrimonial com função não patrimonial”, que, destinado à tutela de uma necessidade primária, reclama uma proteção sumária e urgente. Apud Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 68.

³³¹ Cavalcante, Mantovanni Colares. Novos Aspectos da Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 33, p. 103, jun. 1998.

por parte da doutrina, como sendo o grande entrave à aplicação do instituto da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Com efeito, parte da doutrina tem sustentado que, ainda que cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, a execução da medida em se tratando de obrigação de pagar quantia certa, ainda que de natureza alimentar, estaria prejudicada ante a necessidade de realização do pagamento à ordem de expedição de precatório,³³² conforme previsão constitucional.

Tem-se como exemplo mais expressivo desta tese, o pronunciamento do insigne professor Francesco Conte:

Não é desprezível a assertiva que se faça no sentido de que a introdução do advérbio exclusivamente, no texto do art. 100 caput, da CF, é para sublinhar e enfatizar que quaisquer pagamentos devidos pela Fazenda Pública, mesmo os de natureza alimentar, decorrentes de sentença judiciária, transitada em julgado, só poderão ser efetivados mediante precatório e obedecida a ordem cronológica da respectiva apresentação.

Sob outro prisma, ao ângulo prático, no terreno da execução, se a pretensão visar ao pagamento em dinheiro (pedido condenatório em pagamento de quantia certa), a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública seria inútil – tal qual o fogo que não queimasse –, pois esta modalidade de execução contra aquelas entidades públicas (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do instituto do precatório, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe sentença judiciária, na dicção do caput do art. 100, da Constituição Federal (e não decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória). É de afastar-se, na espécie, de modo inequívoco a possibilidade de execução antecipada, por vias transversas, fundada no novo instituto.³³³

Observe que o pronunciamento do insigne professor tem suas raízes fincadas numa interpretação meramente literal do disposto no art. 100 da CF.

Assim, na concepção desta corrente doutrinária, de início majoritária, a expedição do precatório requisitório de pagamento só ocorreria após a prolação da sentença judiciária, uma vez que a dicção literal do art. 100 da CF, reclama a existência de sentença judiciária, e não apenas decisão interlocutória o que, de resto, impediria a antecipação de tutela nas obrigações de pagar quantia certa em que fosse demandada a Fazenda Pública.

³³² Instituto genuinamente nacional eis que não encontra paralelo no direito estrangeiro, o precatório, é a formula através da qual o Poder Judiciário solicita ao ente Público que tome providências orçamentárias para o pagamento de execuções de ordem judicial.

³³³ Conte, Francesco. A Antecipação da Tutela Jurisdicional Contra a Fazenda Pública: um balanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, p. 76-78, maio 1999.

De outro lado, parte da doutrina³³⁴, também se servindo de uma interpretação eminentemente literal, sustentava tese contrária no sentido de que o art. 100 da CF, ao se referir à sentença judicial, estaria dispensando da observância dessa regra às decisões interlocutórias. Assim, segundo essa corrente, nos termos da literalidade da norma constitucional, estariam sujeitas à ordem cronológica dos precatórios, somente as sentenças, devendo, por sua vez, as decisões interlocutórias serem excluídas dessa regra e, por conseguinte, serem custeadas com recursos de outra dotação orçamentária.

A essa corrente, parte expressiva da doutrina pregou severas críticas, consubstanciadas, em apartada síntese, no entendimento de que esse posicionamento viola o princípio da isonomia.

Nesse sentido, à guisa de ilustração, merece destaque o exemplo dado por Mantovanni Colares Cavalcante:

Suponha que alguém ingresse hoje com ação onde se pede a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Nessa hipótese, concedida a antecipação, a parte então, munida da decisão concessiva, requer a expedição de precatório, e obtém seu pleito, sendo o precatório apresentado de forma célere.

Em contra partida, outro litigante contra o poder público há muito aguarda a concretização de sua postulação, já tendo obtido sentença favorável, e confirmação pelo tribunal respectivo estando somente no aguardo do trânsito em julgado da decisão para o pedido de expedição de precatório.

Ora, nessa espera do trânsito em julgado, se apresentado um precatório de uma antecipação de tutela, a parte terá preferência de pagamento, em detrimento da outra parte que aguarda há muito o reconhecimento de seu direito. Pior, uma decisão interlocutória,, neste caso hipotético, seria cumprida antes mesmo de uma decisão obtida por sentença, e confirmada pelo tribunal, ou seja, submetida ao reexame necessário.³³⁵

Corroborando com a crítica acima também se pronunciou Francesco Conte:

...permitir-se a expedição de precatório, escudado em mera decisão interlocutória, é violar o princípio constitucional da igualdade, dês que se estaria outorgando tratamento diferenciado e privilegiado ao beneficiário da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, em ostensivo detrimento do universo de seus demais credores, que esperam o trânsito em julgado das

³³⁴ Luiz Rodrigues Wambier. Antecipação de Tutela e Desapropriação Indireta. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 291.

³³⁵ Cavalcante, Mantovanni Colares. Novos Aspectos da Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 33, p. 101, jun. 1998.

*sentenças que lhes foram favoráveis, e já submetidas ao reexame necessário, para a expedição do precatório.*³³⁶

Com efeito, ambas as correntes mostravam-se na contramão de direção da moderna hermenêutica, eis que dentre os sistemas interpretativos, tem-se por mais falho e pobre o que parte, exatamente como fazem as teses acima, da literalidade do texto.

Atenta a essa constatação e, buscando harmonizar o instituto da tutela antecipada com a necessidade da expedição de precatório, a criatividade de alguns autores culminou com um posicionamento intermediário, no sentido de que, a antecipação de tutela permitiria ou implicaria, nas demandas que visassem o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, na expedição desde logo do precatório.

A respeito, Cássio Scarpinella Bueno preleciona:

...é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela antecipada 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.

*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 apresentação (CF, art. 100, § 1.º), 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.*³³⁷

Em que pese a perspicácia do raciocínio exposto acima, efetivamente, do ponto de vista prático, mostra-se pouco eficaz, principalmente em se tratando daquelas hipóteses em que se busca a proteção de direitos fundamentais, que, reclamam a imediata proteção sob pena de total sucumbência do direito, ou até mesmo, do próprio demandante.

Socorremo-nos aqui, ao exemplo colecionado pelo respeitado magistrado Federal Renato Luís Benucci:

³³⁶ Conte, Francesco. A Antecipação da Tutela Jurisdicional Contra a Fazenda Pública: um balanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 44, p. 78, maio 1999.

³³⁷ Bueno, Cássio Scarpinella. Tutela Antecipada e Ações Contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 72.

...uma ação proposta contra a Fazenda Pública, com pedido de tutela antecipada, onde uma pessoa, sem recursos, e com grave enfermidade, tenha necessidade de realizar, com urgência, tratamento apenas disponível em algum país do exterior, a acessível somente mediante o pagamento de determinada quantia. O pedido fundamenta-se no dever do Estado em prover saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Caso o tratamento não seja realizado, com a devida urgência, a pessoa não poderá sobreviver.³³⁸

Neste caso, seria razoável esperar a liberação da verba após a expedição do precatório?

Ora, nesses casos é preciso reconhecer a necessidade de uma maior efetividade e, não se diga aqui, que isso implicaria em ofensa ao princípio da isonomia ou da segurança jurídica, pois, em verdade, tem-se nesses casos um conflito acentuado, entre valores igualmente relevantes, devendo, o judiciário, valendo-se do princípio da razoabilidade ou quando menos, por questão bom senso, pender para a tutela do direito à vida, ainda que em detrimento do regime dos precatórios.

Nesse sentido, manifesta-se com clareza, Renato Luis Benucci:

...em determinados casos, torna-se imperativo a não observância da ordem dos precatórios, especialmente quando o magistrado se defronta com uma situação em que a demora possa colocar em risco o direito à vida, direito fundamental protegido constitucionalmente pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. a decisão judicial, em sede de antecipação de tutela, nestes casos determinados, para a verdadeira proteção do direito individual, deve adotar a configuração mandamental, e realizada através de cognição sumária exercida nos próprios autos principais, em razão da impossibilidade de se dissociar o binômio cognição-execução na tutela de urgência....³³⁹

Sobre a casuística, merece atenção especial o crédito de natureza alimentar que levou a doutrina a discutir se estariam ou não condicionados à expedição de precatório.

Marcelo Roberto Ferro³⁴⁰, sustenta que a mens legis do art. 100 da CF, estaria a excluir o crédito alimentar do sistema do precatório.³⁴¹

Tal corrente, todavia, como bem informa Renato Luis Benucci³⁴² é minoritária, prevalecendo o entendimento na doutrina de que o art. 100, da CF apenas e tão-somente

³³⁸ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 82.

³³⁹ Ob. Cit. p. 85.

³⁴⁰ Ferro, Marcelo Roberto. Execução de Crédito de Natureza Alimentícia Contra a Fazenda Pública – Exegese do art. 100 da Constituição Federal. Revista de Processo, São Paulo, n. 70, p. 72, abr./jun. 1993.

³⁴¹ no mesmo sentido Santos, Ernani Fidelis dos. Manual de Direito Processual Civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 212.

assegurou uma preferência aos créditos alimentares em relação aos demais créditos, não estando, entretanto, dispensados do regime dos precatórios.³⁴³

A nosso ver, condicionar a antecipação de tutela, ao regime dos precatórios, não só nas demandas que visem a percepção de verbas de natureza alimentar, mas em todas as situações em que estejam presentes os requisitos que autorizam a antecipação de tutela, em especial, nos casos em que a demora possa configurar risco ao direito à vida, seria corroborar para o perecimento de direito fundamental do jurisdicionado.

Não se pode conceber, portanto, que direitos fundamentais venha a sucumbir, pelo simples fato do Estado figurar no pólo passivo da ação e gozar de privilégios processuais.

Destarte, não se pode olvidar que o próprio Legislador, sensível a esta situação, achou por bem flexibilizar a exigência do regime dos precatórios, de modo a propiciar uma maior efetividade nas demandas fundadas em obrigação de pagar quantia certa contra o Estado.

Com efeito, a Emenda Constitucional n. 30, de 13 de setembro de 2000, que alterou o art. 100 da CF, dispensou do regime dos precatórios, no parágrafo 3.º, as obrigações definidas em Lei como sendo de pequeno valor.

Art. 100.omissis....

§ 1º.....

§ 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.³⁴⁴

§ 2º.....

§ 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 transitada em julgado.

....omissis....

Posteriormente, já sob a égide da Emenda n. 30, sobreveio a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais e que, no seu art. 17,

³⁴² Ob. Cit. p. 87.

³⁴³ A respeito o STJ editou a súmula n. 144: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

³⁴⁴ Esse parágrafo veio positivar o que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência, que reconhecia a natureza alimentar dos salários.

seguindo o mandamento constitucional dispensa do regime dos precatórios os créditos de pequeno valor a assim entendidos para efeitos desta Lei os créditos não superiores a sessenta salários mínimos.

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o transito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, pó 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.

§ 1º Para efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas 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. 3º, caput).³⁴⁵

....omissis....

Observe que o legislador em ambos preceitos normativos, conquanto, dispense os pagamentos de obrigações de pequeno valor do regime dos precatórios, ainda mantém a necessidade da existência de sentença transitada em julgado.

Por sua vez, no art. 17, ainda concede o prazo de sessenta dias para que a Fazenda Pública realize o pagamento.

Embora represente significativo avanço tais normas ainda deixam a desejar, em relação à aplicação do instituto da tutela antecipada que protege direitos, que no mais das vezes requer a imediata proteção.

Concluindo, entendemos, que o precatório, por tudo o que já foi dito, não possa constituir óbice à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, frise-se, por fim, que não se trata de defender uma maior efetividade da decisão provisória em face da definitiva, na verdade, o que se pretende é evitar que o cumprimento da obrigação a destempo, possa causar uma lesão irreparável ao direito de demandante, assim, o que realmente se busca proteger é a efetividade do direito quer seja ele, o direito, reconhecido na sentença transitada em julgado quer seja reconhecido em mera decisão interlocutória.

³⁴⁵ Com efeito assim dispõe o caput do art. 3º, da Lei 10.259: “art. 3º Compete ao Juizado Especial Civil processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”

4.6 - A Antecipação da Tutela Específica em Face da Fazenda Pública.

O legislador ordinário da Lei 8.952/94 reservou à antecipação da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer sistemática própria esculpida no art. 461 e parágrafos do CPC, que, junto com o art. 273 do CPC, compõe um sistema integrado de antecipação de tutela.

Historicamente, as obrigações de fazer e não fazer, ante a ausência de mecanismos capazes de compelir o demandado a cumprir com sua obrigação resolvia-se, na maioria das vezes, em perdas e danos, esta era a regra.

Todavia, algumas situações demonstravam que o prejuízo resultante do inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer nem sempre poderia ser mensurável, ou melhor, quantificado para que se pudesse convergir os prejuízos resultantes do inadimplemento da obrigação em perdas e danos. Nesse quadro, legislações modernas seguindo o exemplo dos tribunais franceses, idealizaram as astreintes (multa diária), que se caracterizavam como uma coerção idônea capaz de produzir uma pressão eficaz na vontade do devedor.³⁴⁶

No Brasil a tutela específica das obrigações de Fazer e não Fazer tem como precedente mais remoto o art. 84 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor, que serviu de inspiração para a alteração do art. 461 e parágrafos do CPC. Nesses dispositivos, o legislador pátrio, além das astreintes idealizou a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, conferindo ao magistrado uma série de medidas a fim de viabilizar o quanto possível a efetivação da tutela pretendida pelo autor.

Assim, a regra de conversão das obrigações de fazer e não fazer em perdas e danos, para o caso de inadimplemento da obrigação, passou a ser tida como exceção. Atualmente, a conversão em perdas e danos só será utilizada diante da existência de requerimento expresso do demandante, ou diante da impossibilidade material de efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente.

³⁴⁶ Guimarães, José Lazaro Alfredo apud Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 70.

Vê-se, portanto, que o legislador ordinário, em sintonia com a necessidade de conferir maior efetividade à tutela das obrigações de fazer e não fazer implantou através das modificações inseridas no bojo do art. 461, do CPC, um sistema *sui generis* para a efetivação da tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer.³⁴⁷

Todavia, a aplicação dessa sistemática em face da Fazenda Pública, quando parte demandada em juízo, esbarrou de início em algumas dificuldades.

Assim, por exemplo, a astreinte que, frise-se, não constitui meio de reparação de dano, mas meio eficaz de coerção, capaz de produzir uma pressão psicológica na vontade do devedor e, por isso, de larga aplicação nas obrigações de fazer e não fazer que envolvam particulares, revelou-se pouco eficaz quando imposta contra o ente Público, eis que, em razão da falta de legislação específica atribuindo responsabilidade ao agente público que descumprisse a ordem judicial, o erário público é quem sofria os efeitos emanados da decisão.³⁴⁸

Como forma de contornar essa dificuldade, Marcelo Lima Guerra³⁴⁹ propôs, de longa data, que as astriente fossem aplicadas ao agente ou representante do Poder Público, responsável pelo adimplemento da obrigação.³⁵⁰

Sobre outro aspecto, a jurisprudência dominante negava a aplicação da tutela específica em face da Fazenda Pública sob o argumento de que ao Poder Judiciário não é dado o poder de ordenar ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, sob pena de ofensa ao princípio da independência dos poderes.

Nesse sentido se pronunciou o Excelso Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial (REsp 169876/SP), proferido pela 1.^a Turma, de lavra do Ministro José Delgado, que reproduzimos abaixo:

Administrativo. Processo Civil. Ação Civil Pública..

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo

³⁴⁷ Observe que, as regras previstas nos §§ 4.º e 5.º do art. 461, por força do art. 1.º da Lei 10.444/02, que alterou dentre outros dispositivos o § 3.º do art. 273, do CPC, também são aplicadas, no que couber, à tutela antecipada preconizada no art. 273.

³⁴⁸ Raciocínio desenvolvido por Benucci, Renato Luís. *Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 72.

³⁴⁹ Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 58-60.

³⁵⁰ Em sentido contrário Leonardo Greco apud Renato Luis Benucci. *Ob. Cit.* p. 72.

modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Recurso provido.

Em sentido contrário, manifestando seu posicionamento favorável à possibilidade de concessão da antecipação de tutela específica em face da Fazenda Pública se pronunciou Renato Luis Benucci:

....em razão da obstinada e injustificada resistência dos agentes do Poder Público em cumprir comando judiciais, amiúde verificada, que se utilizam inclusive de meios ilegítimos para impedir a efetivação dos comandos jurisdicionais, entendo que há plena possibilidade de aplicação pelo juiz, em face da Fazenda Pública, de quaisquer medidas necessárias para a obtenção do resultado prático equivalente.³⁵¹

Com efeito, as medidas trazidas pelo legislador no bojo dos parágrafos 4.º e 5.º do art. 461, do CPC, são meramente exemplificativas, quer isto dizer que, o magistrado pode adotar outras medidas necessárias para afastar a resistência do demandado, desde que, é claro, sejam respeitados a natureza e o objeto da ação.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco³⁵² sugeriu a adoção de medidas interventivas. Assim, recomendava o festejado autor que, ante a negativa do agente administrativo em dar normal cumprimento à obrigação, o Poder Judiciário deveria nomear um administrador judicial para atuar no órgão administrativo recalcitrante, com a função precípua de realizar as atividades determinadas pelo comando judicial, ou seja, a atividade

³⁵¹ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 73-74.

³⁵² Apud Benucci, Renato Luís. Ob. Cit. p. 74.

do administrador, auxiliar da justiça, estaria, neste caso, limitada à prática dos atos necessários ao cumprimento da ordem judicial.

Observe que, a hipótese levantada pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, ou seja, a possibilidade de intervenção judicial, com nomeação de administrador, já existia em nosso ordenamento jurídico, em relação às empresas privadas, notadamente, nos arts. 62 e ss. da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste).

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1.º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Frise-se que, a própria Fazenda Pública se vale da possibilidade de intervenção judicial, como forma de satisfazer seu direito, em especial, nas ações de execução fiscal, quando exauridos todos os meios de que dispunha para identificar e localizar componentes patrimoniais do devedor capazes de assumir a função processual de garantia da execução.³⁵³

Renato Luís Benucci se pronunciando sobre o tema sugeriu que fosse criada, em nosso ordenamento jurídico, uma sanção penal específica, a ser aplicada ao servidor público que desatendesse a determinação judicial, pelo próprio juiz que determinou o cumprimento da obrigação.

³⁵³ A Fazenda Pública, não raro às vezes, ante a ausência de componentes patrimoniais do devedor, no processo de execução fiscal, se socorre à possibilidade de incidência da constrição sobre o faturamento da empresa, o que se dá através da intervenção do poder judiciário, nomeando administrador judiciário, neste sentido o acórdão proferido pela 3.ª Turma do STJ, em sede de Recurso Especial (Resp. 261314/SP), de lavra do Min. Francisco Peçanha Martins, abaixo transcrito:

Ementa

Processual Civil. Execução Fiscal. Penhora. Faturamento da Empresa. Possibilidade. Precedentes. Recurso Especial. Divergência improvada. Matéria Probatória. Súmula 07/STJ.

1. O paradigma indicado para viabilizar o recurso especial pelo fundamento da letra "c" há de compatibilizar-se com o acórdão recorrido.
2. Inadmissível o reexame de matéria fático-probatória no grau extraordinário de jurisdição.
3. Desde que atendidas as exigências legais, tais como, nomeação de administrador e apresentação do esquema de pagamento, é admissível a penhora, em dinheiro, sobre o faturamento da executada. Entendimento consagrado nesta Corte.
4. Recurso não conhecido.

...a sanção penal, direcionada pessoalmente aos servidores públicos responsáveis pelo inadimplemento, parece ser um dos poucos mecanismos realmente efetivos de cumprimento das decisões judiciais pela Administração Pública.

Não obstante o crime pelo descumprimento de ordem judicial já estar devidamente previsto e tipificado em nossa codificação penal (podendo caracterizar-se como desobediência ou prevaricação), deve ser criado um modelo de maior eficácia, com a possibilidade de aplicação de sanção penal (com responsabilização pessoal do agente público) pelo próprio juiz da causa, com adoção de um mecanismo semelhante ao do contempt of court do direito anglo-saxão.³⁵⁴

Com efeito, a corrente esboçada acima parece ter feito eco no Poder Legislativo, que, atento à necessidade de se inserir um mecanismo de desestímulo e repressão às atitudes que visem criar embaraços ou diretamente descumprir uma determinação judicial, quer seja de natureza antecipatória, quer seja de natureza final, como ocorre em países que adotam o sistema Common Law onde existem as chamadas injunctions e a repressão ao contempt of court, alterou o art. 14 do Código de Processo Civil pátrio.

Assim, pela Lei n.º 10.358/2001, que alterou o caput, e incluiu o inciso V, e o parágrafo único ao art. 14, do CPC, o legislador pátrio, nas palavras de William Santos Ferreira, “inaugurou uma nova fase na sistemática processual civil brasileira”.³⁵⁵

Importa aqui, trazeremos a colação as novidades inseridas no artigo 14:

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

....omissis....

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

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Observe que a Lei 10.358/2001, estabeleceu a todos aqueles que participam de qualquer forma do processo o dever de cumprir os provimentos mandamentais, e o dever de

³⁵⁴ Benucci, Renato Luís. Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. São Paulo: Revista Dialética, 2001. p. 75-76.

³⁵⁵ Ferreira, William Santos. Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.31.

tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais, com a instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição.

A nosso ver, essa alteração vem viabilizar a eficácia dos provimentos jurisdicionais que concedem a medida antecipatória específica em face da Fazenda Pública, afastando a discussão exposta linhas acima e, consolidando a tendência de dar maior efetividade aos provimentos jurisdicionais.

Quanto às obrigações que tenham por objeto a entrega de coisa, deve-se aplicar o mesmo modelo operativo do art. 461, por força do art. 2.º da Lei 10.444/02, que acrescentou o art. 461-A, que, por sua vez, no § 3.º, determina a aplicação na ação de entrega de coisa o disposto nos §§ 1.º ao 6.º do art. 461 do Código de Processo Civil.

4.7 - A Antecipação da Tutela para Suspensão do Crédito Tributário: Da Súmula 212 do STJ à Lei Complementar 104/01.

Ultrapassado, os obstáculos processuais levantados por parte da doutrina, à adequação do instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, resta-nos, agora, averiguar a utilização deste instituto no âmbito do direito tributário.

Como consignamos em linhas atrás, a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, suscitou, desde o início, diversas celeumas na seara do direito, dentre as quais reclama um estudo a parte, em razão da peculiaridade de que se reveste, a possibilidade de sua concessão para suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

Não bastasse, toda discussão envolvendo o reexame necessário, a vedação a concessão de liminares e o sistema dos precatórios, já por nos aqui tratadas, no campo do direito tributário a questão da concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública mostrou-se ainda mais acentuada em virtude da edição da Súmula 212/STJ, publicada no DJ de 2 de outubro de 1998, “in litteris”: “*A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar*”.

Com confecção da Súmula 212, pela 1.ª Secção do STJ, em 23 de setembro de 1998, vedando a compensação de crédito tributário liminarmente, algumas vezes, mais apressadas, erroneamente se levantaram no sentido de que a partir da edição daquela

Súmula estaria vedado ao magistrado autorizar liminarmente a compensação de crédito tributário que, a partir de então, deveria aguardar toda “via crucis” da repetição de indébito, essa manifestação, todavia, se justificava em razão do próprio enunciado da Súmula 212, que, não espelhava fielmente a intenção daquela Corte.

Assim transpareceu, aos menos avisados, que a intenção do STJ era vedar expressamente a compensação de crédito tributário antes do trânsito em julgado da ação proposta pelo contribuinte. Essa tese, entretanto, não prosperou eis que se mostrava flagrantemente contrária aos precedentes jurisprudenciais que culminaram com a orientação do STJ firmada na Súmula 212.

Em verdade, o entendimento consubstanciado na Súmula 212 teve como causa subjacente a vedação que, por reiteradas vezes, aquela Corte pregou à concessão de liminar em Mandado de Segurança e Ação Cautelar, ajuizados com o escopo de compensar créditos tributários³⁵⁶, e não negar propriamente ao contribuinte o direito de compensar o tributo.

Nesse sentido, explicando as razões dessa vedação, em apartada síntese, se pronunciou Mauro Roberto Gomes de Mattos:

...o STJ ao baixar a orientação sumular nº 212, não nega vigência ao direito do contribuinte compensar, apenas não vislumbra a necessidade de deferir-se liminarmente tal direito, visto que a medida cautelar não permite o esgotamento do objeto a ser decidido no processo principal (ação ordinária), bem como a falta de direito líquido e certo da liminar que antecipa o pleito no writ of mandamus.³⁵⁷

Continuando, afirma que em nenhum momento o STJ dismantela o direito do contribuinte utilizar-se da compensação para recompor o seu legítimo e sagrado direito de ser ressarcido pelo pagamento em excesso de determinado tributo, mas apenas ressalva, nas hipóteses de Mandado de Segurança e Ação Cautelar, a impossibilidade de concessão de liminar da respectiva compensação tributária, eis que tal medida esgotaria o próprio mérito da causa.

Seguindo os ensinamento do professor Hugo de Brito Machado conclui o insigne advogado que a orientação do STJ visa impedir que o crédito tributário seja extinto

³⁵⁶Ver REsp's nºs 158.768 – CE (1.ª T. 02/04/98 – DJ 25/05/98) e 121.315 – PR (1.ª T. 05/06/97 – DJ 30/06/97).

³⁵⁷ Mattos, Mauro Roberto Gomes de. A Antecipação de Tutela em Face da Súmula 212/STJ – Legalidade da Compensação ou Suspensão de Exigibilidade do Tributo. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 50, p. 58, nov. 1999.

liminarmente sem condição resolutória de ulterior homologação do lançamento, pela autoridade fiscal, em razão do art. 66 da Lei 8.383/91 não autorizar a extinção do crédito tributário antes da sua constituição.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume as autorizadas palavras de Leo Kradowiak:

*...o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como afirmado efetivamente é um só, absolutamente coerente: a compensação de valores correspondentes a tributos pagos indevidamente é um direito do contribuinte assegurado por lei, que, portanto, não pode ser restringido por normas infralegais. Tal compensação, todavia, opera-se pela sistemática do lançamento por homologação, de modo que, não pode o juiz substituindo-se à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos de molde a extingui-los. Se assim é, verifica-se que a Súmula nº 212 refere-se única e exclusivamente àqueles casos em que a liminar é pleiteada para que seja deferida a compensação de sorte a extinguir seus créditos e débitos.*³⁵⁸

Nessa moldura, assentou-se o entendimento de que a vedação da Súmula 212 atingia apenas as medidas liminares deferidas em mandado de segurança e em medida cautelar destinadas a extinguirem créditos tributários, sem que os mesmos fossem conferidos pelo Poder Público.

Vê-se, pois, que a intenção daquele tribunal superior foi evitar a concessão de liminar em Ação Cautelar que, frise-se, por sua própria natureza – tutela assecuratória – mostra-se incompatível com a finalidade que a medida liminar teria in casu, qual seja, esgotar o objeto da lide principal a ser posteriormente ajuizada pelo contribuinte.

De outro lado, resta igualmente legítima a vedação de liminar em Mandado de Segurança com o escopo de compensar tributo – pensar de forma diversa seria o mesmo que desnaturar ou banalizar o M S – eis que o Mandado de Segurança é, por assim dizer, um instrumento excepcional destinado à tutela de direito líquido e certo – assim entendido aquele direito cuja existência não comporta dúvida – disso resulta que o M S reclama para seu ajuizamento a existência de prova pré-constituída eis que pela sumariedade de se reveste não comporta dilação probatória.

³⁵⁸ Kradowiak, Leo. A Súmula 212 do STJ é Perfeitamente Harmônica com a de n.º 213 Daquele Mesmo Tribunal não Impedindo a Concessão de Liminar em Todos os Processos Versando a Compensação de Tributos, mas Apenas na Hipótese Específica que Alude. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 42, p. 83, nov. 1999.

Nesse contexto, a concessão da tutela antecipada em ação ordinária – passível de dilação probatória - como meio de suspender a exigibilidade de crédito tributário não estaria prejudicada pela Súmula 212.

Alias, neste sentido, admitindo a antecipação de tutela para compensação de tributos e suspensão da exigibilidade de crédito tributário, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores já se manifestavam, como se observa na r. ementas dos precedentes jurisprudências transcritas abaixo:

Processo Civil – Agravo de Instrumento – Pedido de antecipação de tutela para compensação de crédito de valores recolhidos a título do PIS, por força dos Decretos-leis n^{os} 2.445/88 e 2.449/88, no pagamento de outros tributos da mesma espécie – agravo conhecido e provido.

I – A extinção de crédito tributário, por meio de compensação, é direito reconhecido pelo Código Tributário Nacional. Assim, desde que compatível, poderá a agravante realizar a operação.

II – A Fazenda Nacional dispõe de meios coercitivos próprios para coibir qualquer compensação indevida, não sendo, por isso, prejudicado o erário com o deferimento da antecipação de tutela.

III – Agravo conhecido e provido.³⁵⁹

No mesmo sentido:

Processo Civil – Agravo de Instrumento. Tributário. PIS. Compensação. Contribuições da mesma espécie. Lei 8.383/91, art. 66. Código de Processo Civil, artigos 1.009 e 1.017. Código Tributário Nacional, artigos 170 e 156, II. Precedentes. Agravo a que se dá parcial provimento.

I – O Senado Federal suspendeu a eficácia dos Decretos-leis n^{os} 2.445 e 2449, de 1988 através da Resolução n. 49/95. Crédito da agravada no que pertine a indébito.

II – A Compensação é instituto colhido da Lei Civil (artigos 1009 e 1017) e previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional.

III – Não se reveste de ilegalidade o despacho monocrático que, em sede de tutela antecipada autoriza a noticiada compensação, destituída, é de se frisar, nessa oportunidade, de força extintiva do crédito fiscal (art. 156, II do CTN), é sempre sujeita à inerradável verificação pela autoridade administrativa (art. 195 do CTN).

IV – Agravo provido.³⁶⁰

A questão, todavia, suscitava controvérsia, assim, algumas vezes defendiam a inaplicabilidade da antecipação de tutela para o fim de suspender a exigibilidade de crédito

³⁵⁹ TRF 2.^a Região, Agravo de Instrumento n.º 0151617-4, 4.^a T., Rel. Juíza Eliana Calmon, decisão de 20.05.97, DJU de 16.06.97.

³⁶⁰ TRF 3.^a Região, Agravo de Instrumento n.º 03050840-3, 6.^a T., Rel. Juíza Salette Nascimento, decisão de 18.11.96, DJU de 22.01.97.

tributário, por não estar tal instituto previsto no rol de hipóteses de suspensão da exigibilidade de crédito tributário, previsto no art. 151 do CTN.

Neste sentido se pronunciou, o Dr. Pedro Afonso Gutierrez Avvad:

...Todavia, um dispositivo parece finalmente vedar a utilização da antecipação de tutela para operar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, qual seja, o art. 141 do CTN, que Expressamente exige a presença de todas as hipóteses de suspensão no seu texto. Trata-se de técnica normativa sofrível, pois ao invés de referir-se à lei, genericamente, individualizou o próprio CTN, fazendo com que uma lei que queira instituir nova forma de suspensão não possa fazê-lo diretamente, mas por meio de nova redação ao art. 151.

*O problema maior está, então, no fato de que o CTN foi recepcionado pela Constituição Federal de 1967, como lei complementar *ratione materiae*, o mesmo ocorrendo em face do art. 146, II, B, da Constituição Federal de 1988, pelo que se exigiria uma nova lei complementar para alterá-lo, forma então não utilizada pelo legislador ordinário da Lei nº 8.952/95.*

Além disso, mesmo que o art. 141 do CTN não fizesse tal proibição expressa, esta poderia ser obtida pela simples interpretação do art. 146, III, b, da CF/88, que exige lei complementar para estabelecer normas gerais referentes a obrigação, lançamento e crédito tributários.³⁶¹

A fim de afastar a discussão acima exposta sobreveio em 10 de janeiro de 2001, a Lei Complementar n.º 104 que ao acrescentar o inciso V ao art. 151 do Código Tributário Nacional, reconheceu, com todas as letras, a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, como se observa:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

...omissis...

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

Como se vê, essa alteração veio corroborar com o posicionamento que já vinha sendo adotado pela jurisprudência dos tribunais superiores, reconhecendo, taxativamente, o direito do contribuinte, quando postulando contra a Fazenda Pública, e desde que preenchidos os requisitos legais, obter, contra esta, a concessão da antecipação de tutela.

³⁶¹ Avvad, Pedro Afonso Gutierrez. A Aplicabilidade da Medida Cautelar e da Antecipação de Tutela para Suspensão da Exigibilidade de Crédito Tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 54, p. 93-94, mar. 2000.

5. CONCLUSÃO.

O surgimento de novos direitos, acordou o legislador brasileiro para a necessidade de se renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, mas criando novos remédios de nítido interesse social e coletivo, destinados principalmente a acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, menos burocratizada, mais flexível e, principalmente, mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.

Dentre as medidas inovadoras merece destaque a tutela antecipatória, que foi introduzida de forma genérica em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 8.952/94, que alterou a dicção dos arts. 273 e 461, do CPC, trazendo inegável contribuição em prol da efetividade do processo.

Nosso direito é de origem romano-germânica, onde a segurança jurídica sempre foi extremamente valorizada, assim, tradicionalmente, nosso sistema processual sempre foi protetor do direito de defesa do litigante demandado, o que resultou na disciplina de solução dos litígios, salvo raras exceções, através do procedimento comum, em especial o procedimento ordinário, no qual a cognição exercida pelo órgão jurisdicional é plena e exauriente, essa situação, de outro lado, impunha ao credor um longo trajeto a ser percorrido até obter a respectiva satisfação, não obstante a evidência, muitas vezes, de seu direito.

Neste contexto, exsurge o novel instituto da tutela antecipada como fruto dos anseios da sociedade moderna por uma maior equidade na distribuição do ônus do tempo no processo e, refletindo uma mudança de perspectiva na ciência processual, que passa a valorizar a situação do autor, pois este tem, afinal, direito à prestação jurisdicional célere e efetiva.

Neste diapasão, a tutela antecipatória, tenta harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, nas situações em que o risco da demora na prestação jurisdicional possa acarretar situações de injustiça, e o faz, através de medidas de caráter provisório, de modo a evitar a supressão do princípio da segurança jurídica.

No que tange à natureza jurídica, conquanto, tenha mais semelhanças do que diferenças com as medidas cautelares a tutela antecipada efetivamente não se confunde com o provimento cautelar, entretanto, é com este, perfeitamente compatível.

Para a concessão da medida antecipatória além de estarem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a parte deverá demonstrar a existência dos requisitos genéricos: “a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações” e de um dos requisitos específicos: “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, ou ainda a “existência de parcela incontroversa”.

A expressão “prova inequívoca” deve ser entendida como sendo a prova capaz de levar o juiz a concluir que as alegações do requerente possam em potencial corresponder à realidade dos fatos suscitados.

Para convencer o juiz da verossimilhança a parte poderá fazer uso de os meios de prova em direito admitidos, nos termos do art. 332 do CPC.

A irreversibilidade a que se refere o parágrafo 2.º do art. 273, não deve ser levada a ferro e fogo, reclama, pois, uma flexibilização a ser feito sob a égide do princípio da proporcionalidade.

O fundado receio não se confunde com o simples temor subjetivo da parte, é mister que haja, efetivamente, provas ou dados, suficientemente concretos, capazes, por si só, de autorizar o juízo de verossimilhança em torno do risco de prejuízo grave ou de difícil reparação.

O abuso do direito de defesa consiste no exercício anormal, irregular, egoístico com o propósito de prejudicar não só a parte contrária, mas também o bom andamento do processo.

A medida antecipatória poderá ser concedida de ofício em situações extremas, onde a não concessão da medida, por ausência de expresse requerimento da parte, quando esta cumpra as exigências legais, possa por em risco a própria subsistem da parte.

Preenchidos os requisitos legais a antecipação dos efeitos práticos matérias da sentença poderá ser concedido em qualquer processo de conhecimento, cujo objetivo é a obtenção de uma sentença de mérito que pode ser: condenatória, constitutiva, declaratória, mandamental ou executiva lato sensu, eis que o que será antecipado serão os efeitos práticos da sentença.

Não só o autor, mas também o denunciante, o denunciado, o oponente, o reconvinte, o substituto processual, incluindo o Ministério Público, e o réu, podem formular o pedido de antecipação de tutela.

A concessão “inaudita altera pars” da tutela antecipada, não ofende o princípio do contraditório.

A tutela antecipada poderá ser requerida durante todo o inter processual, inclusive, após a prolação da sentença, na fase recursal.

A competência para apreciação do pedido até a prolação da sentença é do juiz da causa e, em sendo indeferido, compete ao relator pleito apreciar o recurso e deferir a antecipação da tutela se for o caso.

Após, a prolação da sentença, a competência para conhecer do pedido será do tribunal competente para apreciação do recurso.

A da medida antecipatória será possível sempre que houver alteração no quadro fático que autorizou a concessão, podendo inclusive ser revogada de ofício.

A execução da medida deve se dar pela forma apropriada e compatível com os efeitos materiais da sentença a serem antecipados.

No sentido técnico processual, a expressão “Fazenda Pública” está a se referir à Administração Pública, representada pelas próprias pessoas jurídicas de direito público interno.

A Fazenda Pública goza de alguns privilégios processuais que não são atribuídos aos particulares, todavia, tais privilégios, não devem ser tidos como absolutos, devendo ser sopesado com os ônus e sujeições, que são impostos como limites a estas prerrogativas. Assim, o legislador, confere um núcleo de proteção ao indivíduo que deverá ser respeitado, sob pena de invalidar a própria prerrogativa estatal.

Neste quadro, a tutela antecipada exsurge como um instrumento de defesa contra as ingerências do Estado.

Entretanto, parte da doutrina levanta alguns obstáculos à concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública que, hodiernamente, sobre tudo à luz da efetividade do processo, não são suficientemente capazes de autorizar tal restrição.

A Lei 9.494/97 que veio disciplinar as hipóteses em que medida antecipatória não poderá ser concedida em face da Fazenda Publica, consagrou, por vias transversas a

possibilidade de concessão da medida antecipatória contra a Fazenda Pública, todavia, é de se admitir a concessão da medida antecipatória mesmo nas hipóteses discriminadas na Lei 9.494/97, que foram aclaradas constitucionais pelo Supremo, desde que, é claro, não tenha por fundamento a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.494/97, mas sim a tensão entre valores jurídicos igualmente relevantes tais como a efetividade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica.

Da mesma forma não se concebe a argüição de que o reexame necessário constitui óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Também sucumbe o argumento de que em sendo a Fazenda Pública parte demandada no litígio não haveria que se falar na ocorrência das regras disciplinadas nos inciso I e II, do art. 273, do CPC e, por isso estaria afasta a aplicação do novel instituto contra a Fazenda Pública.

O precatório, não pode constituir óbice à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, quando o cumprimento da obrigação a destempo possa causar uma lesão irreparável ao direito de demandante. Deve proteger a efetividade do direito quer seja ele, o direito, reconhecido na sentença transitada em julgado quer seja reconhecido em mera decisão interlocutória.

A Lei 10.358/2001, que estabeleceu a todos aqueles que participam de qualquer forma do processo o dever de cumprir os provimentos mandamentais sob pena de sanção pecuniária afasta o argumento de que a antecipação da tutela específica contra a Fazenda Pública não teria eficácia do ponto de vista prático.

A Lei Complementar n.º 104, que acrescentou o inciso V, ao art. 151, do Código Tributário Nacional, reconheceu, com todas as letras, a possibilidade de concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública em matéria tributária.

Por tudo o que foi exposto, respeitados os entendimentos divergentes, concluímos pela admissibilidade da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, como forma de se prestigiar os princípios proporcionalidade e da efetividade da jurisdição, bem como, assegurar a igualdade processual entre as partes conflitantes.

BIBLIOGRAFIA

Livros

AMARAL, Júlio Ricardo de Paulo. **Tutela Antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASSIS, Araken de. **Antecipação de Tutela**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Alterações no Código de Processo Civil: Tutela Antecipada, Perícia. Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada e Ações Contra o Poder Público**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BENUCCI, Renato Luiz. **Antecipação de Tutela em Face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Código de Processo Civil Reformado**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada Tutela Específica e Tutela Cautelar**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERREIRA, William Santos. **Tutela Antecipada no Âmbito Recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

____. **Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada e o Art. 273 do CPC**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

____. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

____. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades Sobre o Processo Civil: A Reforma do CPC Brasileiro de Dezembro de 1994**. São Paulo: RT, 1995.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Da Antecipação de Tutela**. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 3. v.

____. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 3. v.

____. **A Antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual.** In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 1998.

SALVADOR, Raphael Silva. **Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada.** São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, 3. v.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 1 v.

____. **Tutela Antecipada.** In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos Da Antecipação De Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso À Justiça E Sociedade Moderna (participação e processo).** São Paulo: Saraiva, 1996.

____. **Tutela Antecipatória E Tutela Específica Das Obrigações De Fazer E Não Fazer (arts. 273 e 461 do CPC) . Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1998 e Processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Tereza Arruda A. **Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória.** In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação de Tutela e Desapropriação Indireta.** In: 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.

Publicação Periódica

ABRÃO, Carlos Henrique. Antecipação da Tutela Fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 31. p 15-22, abr. 1998.

ANNUNZIATA, Marcelo Salles. Tutela Antecipatória nas Ações Movidas Contra o Poder Público Inclusive em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 41, p. 33-45, fev. 1999.

AVVAD, Pedro Afonso Gutierrez. A Aplicabilidade da Medida Cautelar e da Antecipação de Tutela para Suspensão da Exigibilidade de Crédito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 54, p. 84-94, mar. 2000.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Novos Aspectos da Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 33, p. 93-107, jun. 1998.

CONTE, Francesco. A Antecipação da Tutela Jurisdicional Contra a Fazenda Pública: um balanço. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 44, p. 66-79, maio 1999.

FRIAS, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 728, p. 60-78, jun. 1996.

FANTONI JUNIOR, Neyton. Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil: A Tutela Antecipada à Luz da Efetividade da CF e do Prestígio da Função Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 35-46, abr./jun. 1997.

FERRO, Marcelo Roberto. Execução de Crédito de Natureza Alimentícia Contra a Fazenda Pública – Exegese do art. 100 da Constituição Federal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 70, p. 72, abr./jun. 93.

KRUSKOSKI, Cristiane Aparecida Moreira. Antecipação De Tutela Contra A Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Oliveira Rocha, n. 30, nov. 1997.

KRADOWIAK, Leo. A Súmula 212 do STJ é Perfeitamente Harmônica com a de n.º 213 Daquele Mesmo Tribunal não Impedindo a Concessão de Liminar em Todos os Processos Versando a Compensação de Tributos, mas Apenas na Hipótese Específica que Alude. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 42, p. 80-93, nov. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória Contra a Fazenda Pública. **Revista de Processo Civil**, São Paulo, maio/agosto de 1996.

_____. Observações Sobre a Tutela Antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 104-117, jul./set. 1995.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Antecipação de Tutela em Face da Súmula 212/STJ – Legalidade da Compensação ou Suspensão de Exigibilidade do Tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 50, p. 55-65, nov. 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. A Reforma do Processo Civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 215, set 1995.

PAVAN, Dorival Renato; CARVALHO, Cristiane da Costa. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 91, p. 137-169, jul./set. 1998.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da Inconstitucionalidade da Vedação de Concessão de Medidas Liminares ou da Antecipação de Tutela Contra Atos do Poder Público. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 51, p. 114-118, dez. 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Antecipação de tutela – Liminares e Tutela Antecipada. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 258, out. 1998.

VIANA, Juvênio Vasconcelos. Antecipação de Tutela Contra a Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 30, p. 58-67, mar. 1998.

Internet

ARAGON, Célio da Silva. Reflexões Acerca da Tutela Antecipada. **CONSULTOR**. Disponível em: <http://www.uol.com.br/consultor/view.ctm>. Acesso em: 22/02/2002.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação de Tutela de Ofício? **GEORGEMLIMA**. Disponível em: <http://www.georgemlima.hpg.ig.com.br/art14.htm>. Acesso em: 14/08/2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória (âmbito e diferenças dos institutos). **JUS**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 23/09/2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de uma avaliação objetiva. **FORENSE**. Disponível em: <http://www.forense.com.br/eff08b.htm>. Acesso em: 25/09/2001.

Dicionários

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1982. 3. v.

SACCONI. **Minidicionário da Língua Portuguesa: português**. São Paulo: Atual, 1996.