



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

THIAGO FERREIRA DA SILVA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

FORTALEZA/CE

2006
THIAGO FERREIRA DA SILVA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. MARIA CELINA AQUINO
SERRA

FORTALEZA/CE

2006
THIAGO FERRERIA DA SILVA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Maria Celina Aquino Serra (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará

Profa. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari
Universidade Federal do Ceará

Louise Araújo Barbosa

Aos meus pais, Paulo Tarcio e Verônica por todo o apoio e a dedicação.

À mulher que mais me ajudou nessa batalha da graduação, minha musa Juliana Andrade.

RESUMO

Trata da efetividade do processo judicial, enfatizando as medidas de urgência sobretudo a medida cautelar e a antecipação da tutela enfrentando como tema principal da pesquisa o instituto da antecipação em face da Fazenda Pública. Aborda de forma geral os conceitos as posições doutrinárias a possibilidade de utilização em face da Fazenda, bem como apresenta a posição a respeito da constitucionalidade das leis que concedem a esta última as prerrogativas processuais sob o argumento da supremacia da administração pública sobre o interesse individual.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela, Fazenda Pública, Possibilidade, Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DA TUTELA CAUTELAR COMO MEDIDA DE URGÊNCIA.....	10
1.1 Medidas cautelares: conceitos e aspectos.....	10
1.1.1 A instrumentalidade do processo cautelar	12
1.1.2 A provisoriedade na cautelar.....	13
1.1.3 Revogabilidade da medida cautelar.....	14
1.1.4 Autonomia do processo cautelar	15
1.1.5 Requisitos da tutela cautelar	17
1.1.6 Concessão “ex officio” da tutela cautelar	20
1.2 Cautelares típicas e atípicas	21
2 DA TUTELA ANTECIPADA	
2.1 Aspectos gerais da tutela antecipada.....	25
2.2 Concessão da tutela antecipada “ex officio”	27
2.3 Requisitos da tutela antecipada.....	28
2.4 Diferenciação e peculiaridades da tutela cautelar e da tutela antecipada...33	
3 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	
3.1 As restrições processuais em favor da Fazenda Pública.....	37
3.2 Conflito entre as prerrogativas processuais da fazenda pública e as garantias constitucionais.....	39
3.2.1 A remessa obrigatória (Reexame) e a tutela antecipada.....	40
3.2.2 O precatório e a sentença judiciária como óbices à concessão da tutela antecipada.....	43
CONCLUSÃO.....	45

BIBLIOGRAFIA.....47

INTRODUÇÃO

Notória a dificuldade enfrentada por aqueles que buscam a realização plena de seus direitos pelo caminho da Justiça, estar-se aqui diante da problemática relacionada à acessibilidade da justiça. Entretanto, superado este primeiro obstáculo, o acesso à Justiça esbarra na morosidade de se conseguir o provimento judicial perquirido, o qual, muitas vezes, quando alcançado, se mostra inócuo.

À bem da verdade, o Direito Brasileiro se preocupou em determinar instrumentos capazes de assegurar o acesso à Justiça e a aplicabilidade efetiva de suas decisões, como se vê nas medidas e procedimentos cautelares e na pronúncia *in limini* dos provimentos jurisdicionais.

Mesmo com a preocupação demonstrada pelo ordenamento pátrio quanto à eficácia da tutela jurisdicional, a realidade processual ainda se mostrou carente nesse aspecto frente à constante necessidade de se ter a realização plena e imediata da Justiça.

Com vistas a garantir o acesso à Justiça e, principalmente, propiciar um resultado eficaz do provimento judicial, apoiada na sapiência doutrinária, surge a necessidade de uma reforma em nosso ordenamento, no âmbito do direito processual, para tornar mais célere e realmente efetiva a prestação dessa tutela.

Assim, “nasce” no direito brasileiro, através da reforma processual civil alinhada na Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela, encravado no Art. 273, de nosso Código de Processo Civil.

Poder-se-ia afirmar, categoricamente, que esta “inovação” veio solucionar a necessidade do imediatismo e eficaz satisfação na solução das demandas judiciais, resgatando assim o valor Justiça.

Isto porque, nas ações onde a demora de até mesmo horas seria um inimigo mortal, este instituto possibilitou a concessão de decisões interlocutórias urgentes capazes de antecipar os efeitos de uma decisão final terminativa de mérito e, portanto, garantidoras da efetividade e eficácia jurisdicional.

Contudo, quando se está diante da aplicação desta medida antecipatória nos procedimentos em que a Fazenda Pública figura no pólo passivo, percebe-se que as prerrogativas processuais a ela conferidas configuram verdadeiros obstáculos inviabilizadores da efetividade jurisdicional por via da tutela antecipada.

Dentre os vários benefícios processuais, em específico às vedações à aplicação das medidas de urgência, concedidos à Fazenda Pública, destaca-se aqui a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, a qual estendeu à Antecipação de Tutela a proibição legal de decisões liminares em seu desfavor.

Assim, estar-se diante da problemática legal resultante do conflito ente a previsão codificada do instituto da antecipação de tutela e a vedação contida na legislação ordinária infraconstitucional que proíbe a sua aplicação em face da Fazenda Pública.

Justamente esse conflito será o objeto do presente estudo, delimitado, propriamente, nas seguintes indagações. Seria lícita a aplicação da antecipação de tutela quando figurar a Fazenda Pública no pólo passivo da ação? Até que ponto a legislação que veda a concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública é constitucional?

Diante deste embate, propõe-se no presente trabalho monográfico demonstrar que as prerrogativas processuais pertencentes à Fazenda Pública, no tocante à possibilidade da aplicação do instituto da antecipação de tutela, representam verdadeiros abusos, desrespeitando-se os princípios garantidores do acesso à jurisdição, os princípios da isonomia, do tratamento igualitário entre as partes etc.

Para tal, será abordada no primeiro capítulo deste trabalho a medida cautelar como tutela de urgência de modo a especificar as características, os requisitos e as aplicações desse instituto.

Já no segundo capítulo desta obra, se pretende o conhecimento e aprofundamento específico do instituto da tutela antecipada, dispondo sobre a sua conceituação e aspectos gerais, sobre os requisitos para a sua aplicação, a ainda diferenciando-a da tutela cautelar.

Finalmente, no terceiro capítulo, demonstrar-se-á aplicação da tutela antecipada nas demandas em que a Fazenda Pública figure no pólo passivo, esclarecendo as restrições processuais que impedem a utilização do instituto em estudo nesses procedimentos e asseverando os conflitos constitucionais gerados por tais regalias.

Destarte, alinhadas estas considerações, destaca-se que o intuito deste desenvolvimento monográfico é apresentar uma contribuição para a solução dos

conflitos gerados pelo embate entre a aplicação da tutela antecipada, como realização do princípio garantidor do acesso à jurisdição, e as restrições legais que vedam a aplicabilidade a sua em face da Fazenda Pública.

1 DA TUTELA CAUTELAR COMO MEDIDA DE URGÊNCIA

O Estado, como único detentor da jurisdição, garante o acesso à solução judicial dos litígios, através do direito de ação. Este direito de ação é exercitado de forma organizada e sistemática, compreendendo uma seqüência de “atos que formam o procedimento judicial, cujo conteúdo sistemático é o processo”, segundo Theodoro Júnior (2004, p.41).

Devido a essa sistematização e ordenamento dos atos formadores do processo, a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado não é imediata e depende de como esses atos se apresentam para a formação do livre convencimento do Juiz.

Surge então a necessidade de se encontrar mecanismos capazes de tornar essa prestação jurisdicional uma atividade mais célere para atender aos anseios imediatos por uma solução jurídica. Esses mecanismos podem ser consideradas como as medidas de urgência

1.1 Medidas cautelares: conceitos e aspectos

Essa demora necessária, por seu turno, muitas vezes dá margem à alteração das condições iniciais, tanto das partes, dos objetos e até mesmo do próprio processo, obtidas na composição da lide.

A alteração dessas condições acaba por dificultar ou mesmo até inviabilizar a efetividade do provimento jurisdicional que, devido à delonga processual, perde o seu objeto.

Salienta Theodoro Júnior (2004, p. 350),

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e frequentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis, não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos.

Necessário se torna, portanto, a criação de um mecanismo que impedisse a ocorrência dessas alterações, de efeitos lesivos e de caráter irreparável, para que o verdadeiro intuito do processo, qual seja, a solução do litígio, não fique comprometido ou frustrado em virtude dessa demora necessária.

Surge então a tutela cautelar que, para Frederico Marques (1997, p. 381), é “o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo de execução”.

A medida cautelar se apresenta como prevenção contra o perigo de dano imediato, advindo da demora, que afetaria o interesse litigioso e poria em risco a eficácia da tutela definitiva.

Ressalte-se que tal medida acautelatória não possui natureza satisfativa, pois não mergulha no mérito do direito que será aplicado na solução do processo nem muito menos soluciona o conflito de interesses entre as partes, determinado o direito a ser aplicado ao caso.

Na verdade, ela se mostra como uma medida preventiva ou garantidora, assecuratória, que visa à manutenção das condições fáticas e jurídicas, que prevaleciam quando do início da demanda, para assim possibilitar a eficácia da tutela definitiva.

Tem-se, assim, vislumbrada uma de suas principais características, a da instrumentalidade.

1.1.1 A instrumentalidade do processo cautelar

Esculpida no Código de Processo Civil, a dependência do procedimento cautelar com relação ao processo principal ilustra essa característica instrumental, conforme se lê no Art. 796, por seguir.

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e *deste é sempre dependente*. (Destaques acrescidos)

Entende-se por instrumentalidade a missão que o procedimento cautelar possui de servir como meio garantidor do resultado eficaz da prestação jurisdicional.

Não se pode, contudo, confundir essa garantia de eficácia com a antecipação da satisfação da lide. O litígio somente poderá ser solucionado através do processo principal que buscará aplicar ao caso concreto o direito abstrato, pondo fim ao conflito das partes.

Assim, a medida cautelar é apenas o instrumento que atuará de forma a preservar as condições necessárias e iniciais do processo principal para que a decisão satisfativa possua eficácia.

Esclarece Theodoro Júnior (2004, p. 350), “o principal tem por escopo a definitiva composição da lide, enquanto o cautelar visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide”.

Portanto, a função instrumental da tutela cautelar reside no seu poder assecuratório e preventivo, provisório e emergencial, das condições iniciais da lide ameaçadas por uma situação que venha a comprometer a efetividade do provimento jurisdicional, afastando-se, notadamente, qualquer declaração ou realização de direito.

1.1.2 A provisoriedade na cautelar

Falou-se no parágrafo anterior sobre provisoriedade. Essa é outra característica que apresenta a tutela cautelar.

Como bem assevera Frederico Marques (1997, p. 424),

o princípio da provisoriedade está imamente ao objeto e fim da medida cautelar: se ela existe para garantir complexivamente os efeitos de um processo, chegando este a seu termo final, para que medida cautelar?

A provisoriedade então acompanha a medida cautelar, pois a garantia, ou melhor, a preservação das circunstâncias por ela tutelada, não possui caráter definitivo e nem o poderá.

Esse caráter definitivo só se consegue com a decisão final no processo principal. Essa sim, diferente da cautelar, envereda no mérito do direito relacionado à lide e põe fim à demanda, notando-se, portanto, seu caráter satisfativo.

Na realidade, as medidas cautelares surgem com o tempo de vida já determinado. Elas somente sobrevivem até a prolação da decisão definitiva, no processo para o qual ela serve de instrumento garantidor de eficácia, capaz de substituir ou absolver o provimento cautelar.

Vale ressaltar que a provisoriedade está intimamente ligada à instrumentalidade. Ora, se a o processo cautelar serve como instrumento garantidor e preventivo do processo principal, uma vez findado o conflito entre os litigantes, a medida cautelar perde o objeto e não mais tem sentido a sua existência.

1.1.3 Revogabilidade da medida cautelar

Além da provisoriedade e da instrumentalidade, a medida cautelar apresenta também uma outra característica, qual seja a revogabilidade.

Essa característica abrange não só a possibilidade da medida cautelar ser revogada, como também permite que ela seja modificada ou até mesmo substituída pela prestação de caução ou outra garantia suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente, conforme Arts. 805 e 807, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Essa possibilidade de mudança ou de revogação é explicada pelo próprio objeto fim da tutela cautelar, na medida em que esta procura garantir uma situação inicial suscetível de alteração com a demora do processo.

Ora, se essa situação inicial não for permanente, ou se a fumaça do bom direito não mais se apresentar da mesma forma quando da concessão da medida, esta teria de ser alterada a fim de se adequar aos anseios da nova situação fática.

Daí infere-se que, por não ser uma tutela que analisa o mérito, ou a existência do direito discutido, e sem nenhum caráter satisfativo, conforme já exposto anteriormente, a decisão cautelar não faz coisa julgada, característica exclusiva das decisões de mérito, e, portanto, permite que o Juiz, incitado pelas partes, proceda à alteração da medida a fim de adequá-la às novas circunstâncias.

Entendida a revogabilidade e mutabilidade das medidas cautelares, finaliza-se a apresentação de suas características trazendo à baila a autonomia do processo cautelar.

1.1.4 Autonomia do processo cautelar

A despeito da característica entendida como a principal do procedimento cautelar, a instrumentalidade, não há como contrariar o fato de que essa tutela se apresenta de forma autônoma.

Mas, como afirmar se tratar o processo acautelar de um procedimento autônomo se o próprio Código de processo Civil Brasileiro estipula a dependência obrigatória deste em relação ao processo principal?

A resposta para essa aparente contradição assenta novamente nos fins próprios da tutela acautelatória.

Explica Carnelutti (1958, p. 355) “o processo cautelar introduz assim qual *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e de execução”.

Assim a tutela cautelar representa uma das atividades jurisdicionais e, como tal, é motivada através de ação própria, que representa o direito de se obter a prestação jurisdicional.

Assim, fica clara a idéia de que “todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista, obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas”. (THEODORO JÚNIOR,2004, p. 355)

Cumprase asseverar que a ação cautelar, apesar de sua relação com a principal, é acolhida ou mesmo rejeitada com base nos seus próprios requisitos. Somente eles são capazes de interferir no provimento assecuratório, o qual se mostra independente do resultado final do processo principal.

Tanto o é que, muitas vezes, a parte que obteve o provimento acautelatório favorável à sua pretensão, termina por ser vencida na análise meritória do processo principal, o que ratifica a autonomia do processo cautelar.

1.1.5 Requisitos da tutela cautelar

Alinhadas as principais características das medidas cautelares, passa-se agora ao estudo dos requisitos para obtenção da tutela preventiva e assecuratória da eficácia jurisdicional.

Estes requisitos específicos ou pressupostos, como colocam alguns, da tutela cautelar estão encravados no Art. 798 de nosso Código de Rito, por seguir.

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (Destaques acrescidos).

Diante da leitura do artigo acima transcrito, pode-se identificar os dois requisitos necessários à tutela acautelatória, quais sejam, o perigo na demora e a fumaça do bom direito.

Entende-se por perigo na demora a possibilidade iminente de uma das partes ter de experimentar um dano considerável ao seu direito devido a demora necessária em se obter um provimento satisfativo em decisão final do processo principal.

Se por alguma hipótese a eficácia da decisão definitiva se mostrar ameaçada, faz-se necessária a utilização de uma medida cautelar capaz de afastar este temor.

Assim, para se obter o provimento acautelatório, a parte deve demonstrar que a espera de uma tutela definitiva acarretará mudanças nas circunstâncias

configuradas no início do processo capazes de tornar inócua a decisão meritória final.

Contudo, não é apenas a simples afirmação, o querer subjetivo ou o estado de dúvida das partes que as permite utilizar-se da tutela cautelar.

É necessário para tal que este receio fique comprovado aparentemente, ou seja, que a ameaça de dano grave irreparável ou de difícil reparação seja fruto de uma situação objetiva, na qual esteja facilmente identificada a possível existência do direito.

É de bom alvitre ainda destacar que a lesão capaz de ensejar a medida assecuratória deve se mostrar concomitantemente grave e de difícil reparação.

Na lição de Frederico Marques (1997, p. 393), tem-se.

A ameaça de lesão grave e de difícil reparação é o “periculum in mora”. Se a ameaça não existe, ou se o risco da dilação processual não se refere a lesão grave, não cabe medida cautelar. Igualmente será esta inadmissível se o ato lesivo, apesar de grave, for de fácil reparação.

O segundo requisito obrigatório à concessão da antecipação da tutela diz respeito à fumaça do bom direito.

A expressão se apresenta desta forma, pois, para o deferimento da medida acautelatória, não é necessário que o interessado comprove a existência cabal de seu direito.

A princípio, basta que exista um elemento objetivo, fato, circunstância etc., que, ao crivo da análise subjetiva do Juiz, seja capaz de apontar a um direito subjetivo efetivo, o qual somente poderá ser declarado ou reconhecido quando da análise de mérito da decisão final o processo principal.

Ressalte-se que o direito propriamente dito não necessariamente tenha que existir, ou seja, “quando se pede uma antecipação provisória do resultado final do processo, deve haver uma pretensão provável, como objeto indireto ou mediato do processo cautelar”(MARQUES, 1997, p. 393).

Vê-se aqui, de certa forma, o supedâneo da instrumentalidade hipotética de CALAMANDREI, vez que, sob o argumento de um provável direito, que se mostra plausível o suficiente a ponto de ensejar a proteção acautelatória, o processo cautelar aparece como meio a garantir a efetividade do processo principal que confirmará este direito antes hipotético.

Ronaldo Cunha Campos (1974, p. 128 – 129.) assevera que

É o direito de ação, como direito a um processo eficaz, que se defende no processo cautelar, pelo que não se há de transformá-lo num veículo de indagação do direito subjetivo material do promovente. O que se perquiri na espécie é apenas a ocorrência das condições do direito de ação, portanto.

Entretanto, a existência do direito material, o qual no processo cautelar se mostra apenas como provável, conforme visto, não pode ser totalmente afastada como assim o quer Ronaldo Cunha Campos e Humberto Theodoro Júnior.

Defende-se tal posicionamento com base no próprio texto legal do Art. 798, do Código Processual, que possibilita a obtenção da tutela cautelar quando houver

fundado receio de que **uma parte**, antes do julgamento da lide, **cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação**.

Ora, se a medida cautelar visa primordialmente servir de instrumento a prevenir uma lesão do direito de uma das partes que pudesse abalar a efetividade do provimento final de mérito, não há como afirmar que o juiz no exercício da jurisdição não indague ou analise a plausibilidade do direito alegado em sede cautelar.

Desta feita não pode prosperar o entendimento de Theodoro Júnior (2004, p. 361) ao afirmar que *“há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar”*.

A existência da fumaça do bom direito, como requisito da tutela cautelar, há sempre de ser analisada pelo julgador, pois há casos em que a pretensão acautelatória não se funda no risco de lesão a um provável direito, que, no caso, não se mostra facilmente perceptível em uma análise superficial, ensejando, portanto, o indeferimento da medida assecuratória.

1.1.6 *Concessão “ex officio” da tutela cautelar*

Não se pode ainda deixar de tecer alguns comentários sobre as medidas cautelares de ofício ou “ex officio”.

Toma-se a início o conduto do Art. 2º, do Código de Rito que afasta a possibilidade da prestação judiciária compulsória e autoritária, porquanto preconize que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Contudo, essa repulsa à jurisdição automática contida no princípio dogmático acima exposto sofre um relativo abrandamento quando se trata de tutela cautelar, consoante o comando legal do Art. 797 do mesmo diploma, a seguir.

Art. 797 – Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Esse dispositivo, como se vê, abriu a possibilidade de obter o provimento acautelatório de ofício, sem a necessária provocação das partes. Porém essa possibilidade é extremamente limitada e somente admitida nos casos especificados em lei.

Ainda a respeito das medidas cautelares, considerar-se-á agora para efeitos de melhor conhecer tais medidas uma divisão constante em praticamente toda a doutrina processual a respeito de sua tipicidade.

1.2 Cautelares Típicas e Cautelares Atípicas e o poder geral de cautela

O nosso Código de Processo Civil optou por alinhar as possibilidades fáticas e as circunstâncias de direito capazes de possibilitar o acesso à tutela cautelar.

A essas medidas que o código cuidou de precisar, Capítulo II, Livro III, dá-se o nome de medidas cautelares típicas, pois recebem da lei processual um nome específico, um tratamento determinado inclusive quanto ao processamento.

Por outro lado, seria praticamente impossível a previsão legal de todas as possibilidades capazes de ensejar uma medida cautelar e, portanto, o legislador conferiu ao juiz a faculdade de determinar medidas provisórias quando houver fundado receio de dano iminente ao direito de uma das partes do processo.

Tal faculdade corresponde ao poder geral de cautela que autoriza a utilização de medidas assecuratórias mesmo que o fato ao qual ela deverá incidir não esteja tipificado na lei.

Essas medidas, conferidas no uso do poder geral de cautela pelo juiz, são as chamadas medidas cautelares atípicas.

Ressalte-se que, a despeito do Art. 799, do Código de processo Civil, preceituando que essas medidas consistem em “ autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar guarda judicial de pessoas ou depósito de bens e impor a prestação de caução”, este dispositivo não possui caráter limitador do poder geral de cautela.

Mesmo que se possa atribuir interpretação restritiva, o caráter genérico do poder geral de cautela permanece, porquanto não são individualizadas as situações jurídicas nas quais podem ser concedidas as medidas atípicas.

Ratifica-se este caráter genérico até pelo próprio texto do dispositivo comentado que transmite claramente a generalidade das medidas ao utilizar a expressão “autorizar ou vedar a prática de determinados atos”.

2 DA TUTELA ANTECIPADA

A demora na solução da lide, mesmo sendo ela necessária, haja vista e ordinarização processual observada atualmente, representa uma verdadeira ameaça à efetividade do provimento judicial.

Diante desse problema, a sapiência jurídica vem demonstrado uma tendência em possibilitar um provimento judicial tempestivo, afastando, portanto, a possibilidade do processo se mostrar inócuo devido à sua delonga exagerada.

Num primeiro passo, o nosso Código de Processo Civil cuidou de possibilitar o julgamento antecipado da lide, preceituado no Art. 330, segundo o qual “o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando ocorrer a revelia ou: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Todavia, apesar de demonstrar a preocupação com a celeridade em se obter uma solução judicial, a realidade processual ainda se mostrava carecedora de um dispositivo capaz de salvaguardar as situações não abrangidas pelo Art. 330.

Noutros termos, mesmo com o instituto do julgamento antecipado da lide, algumas demandas, que necessariamente ainda dependeriam de instrução

probatória para se chegar a uma decisão satisfativa de mérito, apresentavam a urgente necessidade de obter um provimento jurisdicional imediato.

É certo que o nosso ordenamento jurídico já contempla diversas previsões em que o julgador pode deferir em decisão liminar que alguns efeitos da decisão final sejam antecipados

Assim, frente a essa necessidade, a reforma processual, obtida através do advento da Lei N° 8.952, de 13 de dezembro de 1994, trouxe para o nosso ordenamento a moderna preocupação com o direito a um processo justo e com uma prestação jurisdicional efetiva.

Referida lei alterou a redação do Art. 273 de nosso Código Processual no sentido de possibilitar o alcance antecipado a uma tutela de mérito final, ou mais precisamente, antecipar os efeitos dessa decisão a fim de possibilitar a eficácia plena do provimento satisfativo derradeiro.

O dispositivo citado, então, passou a vigorar com a seguinte redação.

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

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

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

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

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

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

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

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

§ 7º 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.

Neste diapasão, a introdução do instituto da antecipação de tutela veio a por fim, ou pelo menos amenizar, o conflito entre a necessariamente demorada sistemática processual para se obter a prestação jurisdicional estatal e a ameaça que essa delonga exerce na efetividade dessa prestação.

2.1 Aspectos Gerais da Tutela Antecipada

Oportunamente, passa-se agora a uma análise sobre os aspectos gerais da tutela antecipada.

O texto legal traz em seu “caput” a expressão “o juiz poderá...” que sob a influência da interpretação literal denota certa discricionariedade facultada ao julgador.

Entretanto, à despeito da indicação de possibilidade contida na norma em comento, a concessão da antecipação não se trata de mero poder discricionário. Na verdade, preenchidos os requisitos esculpido no Art. 273 do Código processual Civil, o juiz deverá antecipar a tutela pleiteada.

O emprego do vocábulo “poderá” representa apenas um comando abstrato que possibilita ao juiz aferir se realmente os pressupostos autorizadores dessa antecipação estão presentes.

Nessa linha, ensina o renomado Barbosa Moreira (1996, p.208):

O poderá, em muitos textos legais, como sabem, equivale a deverá... Aqui, o que acontece, a meu ver, é o seguinte: de duas, uma, ou estão presentes todos os pressupostos da antecipação de tutela e, neste caso, não é lícito ao juiz denegá-la, ou falta algum, a impossibilitar o juiz de concedê-la.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à impossibilidade de concessão de ofício da antecipação da tutela. Aqui, segue-se fielmente o princípio contido no Art. 2º do Código de Processo Civil, de que não prestação jurisdicional sem a provocação do judiciário.

Justifica-se tal impedimento através do próprio texto legal, donde, da leitura da expressão “[...] a requerimento da parte [...]” infere-se que somente quando provocado pela parte legítima e, claro, presentes os requisitos necessários, poderá o juiz antecipar no todo ou e parte os efeitos da tutela pretendida.

Essa antecipação dos efeitos da tutela final de mérito, como dito anteriormente, poderá ser no todo, ou seja, poderá corresponder a totalidade do pedido formulado na inicial; ou apenas em parte, quando se defere apenas uma parcela do pedido, deixando o restante para ser confirmado em decisão final.

Oportunamente, cumpre ressaltar o ensinamento de Dinamarco (1995, p. 140), onde ele defende que *a sua concessão equivale, “mutatis mutandis” à procedência da demanda inicial, com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.*

Essa decisão antecipatória é satisfativa, pois permeia o mérito do direito sobre o qual se funda a lide. Trata-se, portanto, de exercício de jurisdição propriamente dito, prestação jurisdicional cognitiva, exercitado através de um processo de conhecimento, onde o direito reclamado, ou pelo menos os efeitos advindos desse direito, podem ser vislumbrados em primeira face, sem a necessidade de uma instrução probatória.

A antecipação concedida pelo juiz poderá ser total ou parcial como informa o dispositivo comentado. Assim a parte que demonstra preencher os requisitos para a concessão da tutela antecipada poderá ter os efeitos de uma posterior decisão final antecipados em sua totalidade ou apenas naquilo em que o juiz se convença, fundamentando seu provimento.

De forma sucinta, traçou um apanhado geral sobre o instituto da antecipação da tutela, o que se mostra já suficiente para se partir aos seus requisitos.

2.2 Concessão da Tutela Antecipada “ex officio”

Sem maiores considerações, quando da análise sobre a possibilidade de concessão de ofício da antecipação da tutela, é de se reconhecer que no *caput* do Art. 273 a expressão “[...] a requerimento da parte [...]” denota sem dúvida a necessidade de provocação para se obter o fim desejado, a antecipação.

Portanto, diante do silêncio da lei propulsora da reforma e da expressa preconização legal, conclui-se que a tutela antecipada somente poderá ser exercida através da provocação da parte, ou seja, não há a possibilidade de obtenção “ex officio” desta prestação.

2.3. Requisitos da tutela antecipada

Passa-se ao comentário dos requisitos necessários capazes de ensejar a antecipação de tutela e novamente para início remete-se ao texto do Art. 273 do Diploma Processual Civil, onde se encontra presente o primeiro requisito, “[...]existindo prova inequívoca [...]” (grifo nosso).

Aqui se tem, como dito, o primeiro requisito autorizador da tutela antecipada. Trata-se, pois, da existência de prova inequívoca entendida na terminologia literal do vocábulo como aquela sobre a qual não se admite qualquer discussão.

Entretanto, abaliza-se que esta prova apresentada (que, à despeito do que parte da jurisprudência vem afirmando, não necessariamente tem de ser a documental) como inequívoca pode ser sim contestada e, caso ela não se mostre suficiente a ponto de indicar a existência, pode ensejar na denegação do provimento antecipatório.

Não há como separar o conceito de prova inequívoca do segundo requisito da tutela antecipada que se estuda agora, contido também no próprio “caput” do Art. 273, qual seja, a “[...] verossimilhança [...]”.

A verossimilhança é explicada na sua conceituação lingüística como sendo a qualidade de ser verossímil, semelhante à verdade, parece ser verdadeiro.

Entretanto, a doutrina, a jurisprudência e os demais técnicos do direito não admitem de forma majoritária essa conceituação para colocá-la como uma idéia de probabilidade de existência de direito.

De acordo com Dinamarco (1995, p. 145) tem-se que esse conceito de probabilidade é:

[..].portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada posição, sobre os motivos divergentes. ... A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima em afirmar, também não ousa em negar.

Infere-se que o julgador, ao realizar o juízo de verossimilhança, deve se convencer de que os fatos e os argumentos jurídicos apresentados inicialmente norteiem, predominantemente, interpretações e conclusões acerca da existência do direito, em contrapartida aos fatos e argumentos que tendem a indicar a sua ausência.

Daí exige-se a verificação da verossimilhança em grau máximo, sob pena de se antecipar um direito que na verdade não existe.

Quanto ao tema, Nery Júnior (1997, p. 145), comparando o instituto da tutela antecipada com a tutela acautelatória, ressalta que a verossimilhança trazida na tutela antecipada *é mais que o “fumus boni iuris”, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro.*

Da mesma forma se pronuncia o renomado processualista Arruda Alvim (1996, p. 384.), conforme se denota por seguir.

Comparativamente ao juízo de concessão (ou não) das medidas cautelares, exige-se um nível maior de probabilidade para a concessão da tutela antecipada.

O comando legal apresenta ainda duas situações alternativas (incisos I e II do Art. 273) que legitimam o interessado a requerer a antecipação dos efeitos da tutela, sendo eles o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, alternativamente repete-se.

Quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, destaca-se que “um mero temor da parte requerente” (VIANA, 2003, p. 207) não é capaz de autorizar a concessão da tutela antecipada.

Este receio presente na norma há de ser necessariamente objetivo, concreto, iminente, não admitindo subterfúgios acerca da possibilidade de se sofrer um possível e distante prejuízo com a decisão final.

O processualista Arruda Alvim (1996, p. 364-365) leciona esclarecendo que o

dano a que se refere o Art. 273, I, não diz necessariamente respeito ao perecimento da pretensão, se não for antecipada a tutela. O texto do Art. 273, I, não faz maiores distinções. Esse dano pode ser externo à pretensão, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão, desde que presentes os pressupostos do “caput” do 273...

Aqui se entrelaça a idéia de fundado receio com a expressão prova inequívoca. Explicando-se, tem-se que o receio de dano deverá ser obrigatoriamente um receio

concreto e atual capaz de permitir tal celeridade em se obter o provimento satisfativo. Essa objetividade, esse receio de dano concreto é percebido pelo julgador através da prova inequívoca apresentada pelo interessado.

A tutela antecipada poderá ainda ser concedida, conforme o inc. II, Art. 273, quando for caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O preceito aparentemente apresenta uma certa incoerência com o princípio do contraditório e da ampla defesa do réu quando traz abuso de direito de defesa.

Entretanto a norma bem coloca que não é apenas o exercício desse direito de defesa que possibilita a concessão da tutela antecipada, o que se tem na verdade é que o exercício desse direito de forma abusiva é que dá margem ao provimento antecipado.

Assinala de forma sagaz Luiz Fux (1996, p. 347) que:

Defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas.

A idéia de abuso de poder ocorre quando o exercício do direito garantido é feito de forma a extrapolar o limite necessário garantido, ou quando esse exercício não objetiva alcançar a tutela relacionada a ele e devida ao seu titular, mas perquiri outro fim atípico, capaz de comprometer a relação tridimensional.

Caso ocorresse esse abuso, esse exercício desproporcional, extrapolado, a parte que obteve provimento favorável na verdade se encontraria em situação de derrota, pois a solução da lide não lhe seria efetiva e eficaz.

Além dos requisitos já tratados anteriormente, temos presente no parágrafo segundo do artigo ora comentado a exigência da reversibilidade do provimento antecipado.

Diz a norma que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (Art. 273, § 2º). Destarte é defeso a concessão de provimentos que antecipem os efeitos de uma decisão final capazes de produzir conseqüências e resultados que impossibilitem o retorno à situação inicialmente posta.

Tal requisito encontra supedâneo na Lei Maior, especificamente nos Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, pois se estaria diante de uma condenação que não respeito o direito à ampla defesa e ao contraditório garantidos àquele processado.

2.4 Diferenciação e peculiaridades da tutela antecipada e da tutela cautelar

A uma primeira análise, os provimentos cautelares e os provimentos antecipados, como medidas de urgência, se mostram bastante semelhantes, contudo, apesar destas semelhanças, eles guardam características próprias capazes de diferenciá-los um do outro.

Ambas as tutelas, cautelar e antecipada, apresentam em comum o traço da urgência, o emprego da cognição sumária, a provisoriedade, sendo ainda suscetíveis de modificação ou revogação, mas apresentam além destas as características que as individualizam e as distinguem, as quais serão apresentadas por seguir.

Primeiramente salientamos que a medida cautelar, como visto, tem por finalidade a garantia do desenvolvimento do processo principal, servindo de instrumento assecuratório desse.

Já a tutela antecipada busca na verdade trazer à lide a própria solução do problema com base em um direito que já se apresenta de forma “inequívoca”, capaz de permitir que os efeitos da decisão final já sejam experimentados sem a necessária instrução do processo de conhecimento.

Como assevera Vasconcelos Viana, (2003, pg. 207)

O processo cautelar tem por finalidade a obtenção de uma medida de índole provisória, instrumental e não satisfativa, que vise assegurar o resultado útil e eficaz de um outro processo, o qual a doutrina convencionou chamar de principal. Nesse último, busca-se a tutela jurisdicional de índole definitiva e satisfativa, a providência de mérito solucionadora da lide. Ou seja, a medida dali advinda (cautelar) é concedida para assegurar o final exitoso de um processo; a técnica antecipatória implica o adiantamento dos efeitos, embora de forma provisória e limitada da tutela de mérito que se demanda.

Segundo a lição de Dinamarco (1996, p. 330 e p.356).

As antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser útil e justo (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende ao fim, ou seja a coisa ou a situação da vida pleiteada.

(...)

A grande diferença conceitual entre as medidas cautelares e as antecipatórias reside em que (a) as primeiras visam a aparelhar o processo de meios adequados e suficientes para que possa desenvolver-se regularmente e com utilidade, caracterizando-se como processo justo, enquanto que (b) as antecipações se propõem a oferecer a um sujeito, em sua vida exterior ao processo, o mesmo resultado que ele espera obter ao fim do processo, ou parte desses resultados. As cautelares dão apoio ao processo e as antecipações, às pessoas.

Da mesma forma colabora o renomado processualista Nery Júnior (1997, p. 68) lecionando sobre a tutela antecipada e sua diferença da cautelar ao afirmar.

Ainda que fundada na urgência (CPC, 273, I), não tem natureza a cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, ou ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)

Aí está, portanto, a principal diferença entre a tutela cautelar e a antecipada na medida em que aquela servirá de instrumento assecuratório e garantidor de um processo, enquanto que esta, fundando-se em um elevado grau de probabilidade demonstrado pelo autor, traz a este a própria solução o próprio bem jurídico almejado no processo.

Dessa diferenciação esposada acima se infere o provimento alcançado pela cautelar não se mostra satisfativo, apenas instrumental, pois não cabe a ele engendrar uma solução de mérito à lide.

Por seu turno, a antecipação da tutela vai a fundo, mesmo que não em grau definitivo, no mérito do processo e permite ao sujeito uma medida satisfativa de seu direito capaz de propiciar resultados e efeitos como se decisão final o fosse.

Não se pode ainda olvidar outro ponto diferenciado entre essas duas tutelas de urgência exatamente no que tange à possibilidade de concessão de ofício pelo julgador.

A tutela cautelar, por se tratar de uma jurisdição atípica, (alguns colocam até como imprópria, Reis Friede (1994, pg. 102), que não se mostra apta a julgar o mérito da demanda em cheque, mas de assegurar o processo de conhecimento que o fará, permite a concessão sem a devida provocação das partes como analisado em tópico anterior.

Diferentemente, justamente por enveredar no direito discutido e possibilitar uma solução meritória dotada de satisfação, a tutela antecipada não pode ser concedida “ex officio”.

A lógica jurídica para tal vedação advém do princípio de nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais (CPC, Art. 2º).

Nosso ordenamento preza pela provocação necessária da atividade jurisdicional como meio de solução dos conflitos sociais, assim, ao adentrar o mérito da lide, a tutela antecipada realiza de certo modo e a seus limites essa atividade pelo que não se admite esse exercício de forma autônoma e autoritária pelo julgador.

3 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Ponto bastante controvertido na doutrina processual atual, a antecipação dos efeitos da tutelas meritória nas demandas em que figuram no pólo passivo a Fazenda Pública encontra verdadeiras barreiras legais oferecidas pela legislação infraconstitucional.

Apesar de estar-se aqui diante de um instituto bastante recente, a tutela antecipada, a tendência na produção de leis concessivas de privilégios processuais à Fazenda pública não é atual.

Este derradeiro capítulo apresentará inicialmente um histórico a respeito da legislação infraconstitucional garantidora dessas regalias para posteriormente relacioná-las com o instituto da antecipação da tutela.

3.1 As Restrições processuais em favor da fazenda pública

Obedecendo-se a ordem cronológica, destacam-se as restrições legais impostas aos sujeitos que litigam contra a Fazenda Pública, especialmente aquelas relacionadas à possibilidade de concessão de provimentos concedidos *in limini*.

Destaca-se inicialmente a Lei nº 4.348/64 que traz em seu Art. 5º e Art. 7º o seguinte texto.

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Por seu turno, a Lei nº 5.021/66 estabelece em seu Art. 1º e parágrafo 4º a seguinte redação:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, Somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Noutra sorte, em momento mais próximo, o legislador infraconstitucional, através da Lei nº 8.437/92, em seus arts. 1º, 3º e 4º, estatui que:

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 Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

(...)

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.

Finalmente, destaca-se a Lei nº 9.494/97 que veio a tratar sobre a possibilidade de cabimento do instituto da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, rezando que.

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.

Aqui se percebe a excessiva preocupação legal em garantir o patrimônio “jurídico” (na verdade trata-se de proteção mais econômica que jurídica) do Estado ao impedir uma prestação jurisdicional efetiva ao detentor de direito através de medidas obstaculizadoras dos provimentos de urgência em desfavor da Fazenda Pública.

3.2 Conflito entre as prerrogativas processuais da fazenda pública e as garantias constitucionais

O incremento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela despertou, como já era de se esperar, a tendência “protecionista” dos interesses do Estado,

manifestada na promulgação de leis infraconstitucionais com o intuito de afastar essa possibilidade de tutela antecipada nas demandas contra a Fazenda Pública.

A defesa dessa argumentação protecionista repousa basicamente em dois argumentos: a necessidade de reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, preconizada pelo Art. 475 do Código de Processo Civil; e premissa constitucional da exigência dos precatórios como procedimento apito a realizar o pagamento das execuções contra a Fazenda Pública.

Analisaremos inicialmente o óbice da remessa obrigatória e posteriormente em tópico específico a questão da exigência dos precatórios.

3.2.1 A remessa obrigatória (Reexame) e a tutela antecipada

Para início das considerações traz-se à baila a regra disposta no art. 475 do Código de Ritos que dispõe.

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

Parte da doutrina defende a interpretação do dispositivo acima exposto de forma a estendê-lo a todo e qualquer provimento prolatado contra a Fazenda Pública incluindo aí a antecipação da tutela.

Assevera J. J. Calmon (1998, p. 30) que “a decisão sobre antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau”.

Contudo, a exegese mais adequada leva a crer que, uma vez não incluída no comando legal o instituto da antecipação, não se poderá aplicá-lo (Art. 475) para obstar os efeitos do provimento antecipatório.

Essa idéia fica clara através do próprio texto legal que submete ao duplo grau de jurisdição obrigatório **as sentenças**.

Ocorre que o provimento que antecipa os efeitos da sentença é de índole interlocutória, não cabendo, portanto, falar em reexame necessário de decisões interlocutórias.

Assim se mostra inaplicável a norma do Art. 475, levando à conclusão de que o provimento interlocutório antecipador dos efeitos da sentença deve sim produzir efeitos imediatos.

Oportuno colacionar a lição de J. E. S. Frias (1996, P. 70) enfatizando que:

Se o dispositivo impõe o reexame de “sentenças” proferidas contra as Fazendas, as decisões contra elas proferidas não deverão ser, só por isto, reexaminadas, até porque, ao cabo do processo em que preferidas estas, será prolatada aquela, esta sim a ser obrigatoriamente revista.

Para àqueles que defendem a necessidade de reexame obrigatório nas antecipações, salta aos olhos que a premissa infraconstitucional não poderá ir de encontro à garantia constitucional da efetividade, considerando um processo realmente efetivo, mesmo que a antecipação se dê em sede de sentença.

Assinala muito bem a questão o processualista Scarpinella Bueno (1999, p. 215-216) defendendo que:

Entre um sistema de proteção ao patrimônio jurídico do Estado, enquanto pessoa jurídica própria (o reexame necessário), e um princípio constitucional que assegura aos jurisdicionados a inafastabilidade de qualquer lesão ou ameaça à afirmação de direito do Judiciário, deve prevalecer, sem qualquer dúvida, o segundo. O interesse secundário do Estado de se ver protegido nas demandas judiciais só pode prevalecer se e enquanto em conformidade com o interesse primário que fundamenta a sua própria existência: o resguardo de direitos dos cidadãos.

Posicionamento congruente apresenta VIANA (2003, p. 158) por seguir exposto:

Estamos assim diante de um conflito de valores: de um lado, o valor segurança, titularizado pelo Estado, representado pela necessidade do instituto do reexame obrigatório; e, de outro, a efetividade do processo, pertencente ao cidadão, para a tutela de direitos absolutamente verossímeis, devendo, a nosso sentir, ao final, prevalecer o segundo.

Vê-se, portanto, que o reexame necessário não poderá servir de obstáculo àquele que provoca o judiciário, requerendo-lhe providência urgente, sob o manto da probabilidade em grau máximo de existência do seu direito.

Ainda que entendido como obrigatório o duplo grau de jurisdição em se tratando de provimento final que traz em seu corpo medida antecipatória de seus efeitos, insta ressaltar que os efeitos antecipados não poderiam ser suspensos pelo reexame obrigatório.

3.2.2 O precatório e a sentença judiciária como óbices à concessão da tutela antecipada

Novamente estar-se diante do embate entre a garantia de um processo efetivo que traga um provimento, não somente justo, mas eficaz também, e a impossibilidade de se obter tal prestação de forma célere e com efeitos imediatos.

A problemática da discussão relacionada ao tema do precatório como óbice à concessão da tutela antecipada se relaciona com alguns aspectos que serão destacados por seguir.

O texto legal contido no Art. 100 de nossa Lei Maior traz a exigência obrigatória de uma sentença judiciária, para que se possa proceder à execução dos créditos contra a Fazenda e a conseqüente expedição dos precatórios.

Seria mais aceitável uma interpretação mais ampla capaz de estender o conceito de sentença judiciária às decisões interlocutórias de antecipação de tutelas, que à semelhança daquelas permeiam e analisam o mérito da demanda.

Nesse sentido, salienta Teori Albino Zavascki (1997, p. 160) que:

A expressão sentença judiciária comporta, sem dúvida, a decisão antecipatória da tutela de mérito que constitui título executivo, formado à base de cognição sumária, apto a desencadear execução contra pessoa jurídica de direito público, mediante procedimento do art. 730 do Código de Processo Civil.

Não há como sobrepujar o interesse econômico do Estado, no conceito da Fazenda Pública, à garantia de acesso ao judiciário e de uma prestação efetiva na solução dos conflitos.

O próprio potencial financeiro e os meios de obtenção desses recursos financeiros já dariam substrato suficiente para que o possível dano ocasionado pela antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda pública fosse pormenorizado frente ao prejuízo que teria o jurisdicionado em não poder tornar eficaz o provimento obtido.

Contudo, mesmo com a utilização do método de interpretação extensiva, a efetividade da tutela antecipada esbarraria em um adversário material, qual seja, a existência de recursos capazes de possibilitar a fruição do provimento antecipado.

Insta frisar em suma que, no cotejo entre a sujeição da Administração Pública ao Poder Judiciário e a Legalidade da Despesa Pública, deve prevalecer o primeiro até o ponto em que fique exhaustivamente demonstrado a total impossibilidade material orçamentária de se cumprir a ordem judicial.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico buscou-se o alcance de um conhecimento pormenorizado do instituto da antecipação de tutela, dando-se prevalência aos óbices infraconstitucionais e aspectos controversos quando da aplicação dessa medida nas demandas contra a Fazenda Pública.

A antecipação de tutela representa sem dúvida um avanço na busca da efetividade da prestação jurisdicional, garantia constitucional implícita no princípio do acesso ao Poder Judiciário.

Contudo, antes de traçar os aspectos controversos e apresentar os óbices à concessão do referido instituto, se mostrou necessário um prévio bosquejo sobre as medidas de urgência, analisando-se a medida cautelar e própria antecipação de forma pormenorizada.

Daí passou-se a um estudo específico do instituto e sua aplicação em face da Fazenda Pública, destacando-se as controvérsias, analisando a constitucionalidade das leis garantidoras de regalias processuais a ela garantidas, bem como apresentando posicionamento sobre a possibilidade de aplicação da ferramenta estudada à despeito destes óbices.

Chegou-se, através desse estudo às seguintes conclusões:

1) A antecipação de tutela prevista no artigo 273 do CPC deve ser interpretada à luz do sistema processual vigente, respeitadas, especialmente, as normas que regem as ações em que figura como parte a Fazenda Pública;

2) Os principais óbices à tutela antecipada no sistema processual brasileiro são os seguintes:

- O reexame necessário;

- A exigência do procedimento de precatório para a realização dos pagamentos em desfavor da Fazenda Pública

3) A legislação federal editada a respeito das medidas cautelares e da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública - Leis 8437/92 e 9494/97 -, apenas reafirmam o sistema vigente, tendo sido julgadas constitucionais as medidas ali insertas;

4) Não há grandes dissensos na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada ou a liminar contra a Fazenda Pública, quando esta providência se faça imperiosa para evitar o perecimento do direito ou a impossibilidade futura de dar efetividade à tutela final, acaso deferida.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito processual Civil*. Vols. 1 e 2, 5ª ed., São Paulo, RT, 1996

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Considerações Sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional” *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São,Paulo RT, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. - *Execução Provisória e Antecipação de Tutela*. São Paulo, Saraiva, 1999.

_. “Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público” *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São,Paulo RT, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Dirito e Processo*, Nápolis. Morano, 1958.

_.*Instituições do Processo Civil*. TRad. Adrian Sotero de Wiit Batista, São Paulo, Classic Book, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Procesos*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

_. *A Reforma da Reforma*. 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

_. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

FRIEDE, Reis. *Liminares em Tutela Cautelar e Tula Antecipada*. Rio de Janeiro, Destaque, 1996.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo Saraiva, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_. *Atualidades sobre o Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.

MACHADO, Francisco Roberto. “Restrição Legal ao Poder Cautelar e Antecipatório”. *Revista da Associação Cearense de Magistrados*, nº 6, ano V, jul/1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Antecipação da Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, nº 81, São Paulo, RT, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 31, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 31, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em Faca da Fazenda Pública*, São Paulo, Dialética, 2003.

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