

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA EM DEMANDAS CONTRA
AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

**Prof. Rodolpho Vannucci
Aluna: Mônica Neves dos Santos Quito**

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA EM DEMANDAS CONTRA
AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Rodolpho Vannucci, como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

**O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA EM DEMANDAS CONTRA
AS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Rodolpho Vannucci , como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado a todos aqueles que desejam ser abraçados pelo Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me permitiu a existência, além do meu esposo e dos meus filhos, pela paciência que tiveram comigo durante a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo analisar o instituto da tutela antecipada, com perspectiva específica para a verificação das ações nas quais as pessoas jurídicas de Direito Público são parte demandada e, principalmente pela demonstração dos obstáculos legais, doutrinários da tutela antecipada em face das pessoas jurídicas de direito público, à luz do princípio da efetividade da jurisdição. Diante de todas as inovações introduzidas, ressalta a importância do instituto da tutela antecipada, criada pela lei 8.952/94, que alterou substancialmente os artigos 273 e 461 do CPC. Em função deste novo instituto, ficou possível ao juiz, antes da prolação da sentença, adiantar ao autor da ação o cabimento dos efeitos da prestação jurisdicional final. As pessoas jurídicas de direito público desfrutam de tratamento especial, por motivos óbvios, em várias situações processuais. Entretanto, no que tange ao regime geral da tutela antecipada, deve-se apenas observar as restrições impostas pela lei 9.494/97 no sentido de diferenciar o Poder Público das pessoas particulares. Nem mesmo o reexame obrigatório, que deve ser efetuado pelo Tribunal, é motivo de obstáculo à antecipação da tutela. Não constitui, empecilho nem mesmo a concessão da tutela antecipada aos créditos contra o Poder Público, decorrente de sentença judiciária a regime de precatório. Quanto às limitações operadas pelas normas ordinárias, podendo estas serem legítimas ou não, nada impede a antecipação da tutela, dependendo, isto sim da circunstância e do caso concreto. A tutela antecipada tem objetivo constitucional, instrumento destinado à harmonização do conflito entre a segurança e a efetividade.

Palavras-chave: Tutelas de Urgências. Direito Público. Processo Civil.

ABSTRACT

This monographic study aimed to examine the institution of guardianship early, with view to the verification of specific actions in which legal persons of public law is the defendant, and especially the demonstration of the legal obstacles of doctrinal authority early in the face of people legal public law, in view of the effectiveness of the court. Faced with all innovations, the importance of early institution of guardianship, created by Law 8952/94, which substantially changed the articles 273 and 461 of the CPC. In light of this new institute, it was possible to judge, before pronouncing the sentence, the author of the lawsuit say the place of the effects of providing court final. Legal persons under public law enjoying special treatment, for obvious reasons, in many situations procedure. However, with regard to the general advance of supervision, you should only observe the restrictions imposed by the Law 9494/97 in order to differentiate the authority of private persons. Even the mandatory review, which must be made by the Court, is cause for anticipation of the barrier protection. There is no obstacle to granting the same protection prior to the claims against the government, ruling from the judicial system of precatory. As to the limitations made by ordinary standards, which may be legitimate or not, nothing prevents the advance of supervision, depending on, but that the circumstances and the case. The goal is early constitutional authority, an instrument for the harmonization of the conflict between safety and effectiveness.

Keywords: Urgent Relief. Public Law Process civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – TUTELA JURISDICIONAL	11
1.1. Considerações Iniciais.....	11
1.2. Tutela Provisória e Tutela Definitiva.....	13
1.3. Prerrogativas da Pessoa Jurídica de Direito Público.....	15
1.4. A Tutela Antecipada.....	16
CAPÍTULO 2 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA PESSOA JURIDICA DE DIREITO PÚBLICO	19
2.1. Do Acesso á Justiça.....	19
2.2. Efetividade da Justiça x Segurança Jurídica.....	21
2.3. O Princípio da Igualdade.....	22
2.4. Posição Especial das Pessoas Jurídicas de Direito Público no Processo.....	27
2.5. Restrições Legais e Doutrinárias Referentes à Concessão da Antecipação da Tutela em Demandas contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.....	30
2.5.1. O Reexame Necessário.....	30
2.5.2. O Óbice Constitucional do Precatório.....	33
CAPÍTULO 3 – A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO	39
3.1. Normas Infraconstitucionais que Limitam a Possibilidade de Concessão do Provimento Antecipado em Face das Pessoas Jurídicas de Direito Público.....	39
3.2. Constitucionalidade das Leis que Vedam a Tutela Antecipatória contra o Direito Pública.....	39
3.3. O pedido de suspensão das decisões antecipatórias prolatadas contra o Poder Público.	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	48

INTRODUÇÃO

A tendência moderna do processo civil é a de oferecer o caminho que assegure às partes, nas demandas interindividuais e nas ações coletivas, uma solução mais rápida e justa.

A idéia da Tutela Jurisdicional deve aliar-se ao conceito da instrumentalidade substancial do processo. Portanto, este deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico.

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a todos um resultado eficaz, em se tratando de tutela jurisdicional, cujas decisões satisfazem ao direito substancial pretendido. A efetividade do processo está na consecução do amplo acesso à Justiça, consubstanciada na noção de realização da justiça e na plena eficácia das decisões.

As tutelas de urgência, especificamente a cautelar e a antecipação da tutela surgiram como uma medida harmônica, a fim de evitar a colisão dos direitos fundamentais relativos ao processo: a efetividade do processo e a segurança jurídica.

O acesso à Justiça significa que todos possuem direitos a uma tutela justa e rápida, devendo esta propiciar às partes decisões que sejam satisfatórias ao direito pretendido em juízo. Por esta razão, quando a Constituição da República Federativa do Brasil se presta a garantir o acesso à Justiça, ela o faz por meio do devido processo legal, e não com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. Desta forma, o que se está garantindo, na verdade, é a tutela jurídica a todos, fazendo com que nenhuma lesão ou ameaça ao direito fique sem proteção.

Após a reforma de 1994, através da Lei n. 8.952, houve uma profunda mudança nos rumos ideológicos do próprio sistema processual civil, acarretando um rompimento definitivo na tradicional segmentação das atividades jurisdicionais e na estrutura original do Código, onde os efeitos eram antecipados por ações e processos autônomos. Esta modificação introduziu a tutela antecipada, tornando possível ao juiz adiantar ao autor os efeitos da prestação jurisdicional.

As medidas cautelares inominadas contribuíram para o acirramento da discussão, o que acarretou uma incorreta compreensão entre acautelar e satisfazer. Além da tutela cautelar, como importante meio de proteção ao direito em perigo, algumas liminares previstas em certos procedimentos especiais do ordenamento jurídico satisfaziam aos efeitos da prestação jurisdicional, podendo-se destacar a liminar em mandado de segurança. Esta discussão caiu por terra com o surgimento do instituto da tutela antecipada, que visa justamente à satisfação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Pelo que se pôde depreender, o instituto da tutela antecipada representa um dos grandes avanços da Reforma Processual Civil, atendendo aos anseios mais urgentes das partes. O instituto garante assim o acesso a uma ordem jurídica justa, e conseqüentemente, a uma jurisdição de resultados eficazes.

O ponto de partida deste estudo está relacionado às tendências com que o processo civil, enquanto ciência voltada à realização e efetivação do direito material vem experimentando mais recentemente. Pelo vigor constitucional com que o instituto da tutela antecipada se afigura, desde já, ele é tido como uma das inovações mais efetivas que se têm introduzido no Código de Processo Civil. Se bem utilizado, constituir-se-á em um dos institutos nobres do processo, face ao seu espírito modernista. Por isso, merece ser, pelo seu potencial, estudado

e aplicado de acordo com a filosofia para o qual foi criado, devendo conferir maior rapidez ao processo, no intuito de proteger o direito a ser discutido.

Neste âmbito, cujo propósito é o de mais rapidamente proporcionar esta tutela antecipada, depara-se com o dilema de ser ou não aplicável à tutela antecipada contra as pessoas jurídicas de Direito Público. Na relação processual reza o princípio processual e constitucional da isonomia. O Estado, no entanto, quando figura no pólo passivo, possui alguns privilégios. As pessoas jurídicas de Direito Público desfrutam de benefícios processuais que as tornam especiais no que diz respeito ao tratamento diferenciado, podendo-se citar para isto, por exemplo, prazo dilatatório, honorário de sucumbência, reexame obrigatório, sistema de precatórios, entre outros.

A fim de verificar a plausibilidade da concessão da tutela antecipatória diante dos entes públicos, realizou-se um exame de suas prerrogativas processuais, como o reexame necessário e a execução pelo regime dos precatórios.

1. TUTELA JURISDICIONAL

1.1. Considerações Iniciais

Os processos atuais preferem substituir a fórmula clássica “instrumento a serviço do direito material” pela expressão “tutela jurisdicional”, que significa proteção aos direitos, mediante uma duração plena da ordem jurídica, correspondente à manutenção dos direitos e garantias previstos na Carta Magna ¹.

Tutelar (do latim *tueor*, *tueri* que significa ver, olhar, observar, velar...), significa proteger, amparar, assistir e/ou defender. Teori Albino Zavascki afirma:

Esse papel de proteger e assistir cabem ao Estado, que tem por objetivo fundamental criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem desigualdades, conforme preceitua o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quando se fala em tutela jurisdicional, está-se falando exatamente sobre assistência, defesa e vigilância do Estado ².

O conceito da tutela jurisdicional relaciona-se, principalmente, com o dever que o Estado tem em apreciar lesões ou ameaças aos direitos, constituindo-se assim num dever estatal que deve ser cumprido quando suscitado.

A seguir proposto por Teori Albino Zavascki, conceitua-se a tutela jurisdicional:

[...] o conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional significa, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparar ³.

Sob o aspecto doutrinário, importa ressaltar que a tutela jurisdicional tem assento constitucional, conforme tratado no art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que ao lado das lesões, também se lhe incorporaram as ameaças aos direitos, tanto que nenhum obstáculo pode ser interposto contra o direito de acesso ao Poder Judiciário. Reis Friede, ao analisar tal dispositivo, faz a seguinte observação: o legislador ao se referir às ameaças de direito, sem sombra de dúvida, levou em consideração não só as lesões já verificadas a direito, mas também, as ameaças de lesões a direito. E, por outro lado, ao utilizar-se da expressão “direitos” no seu sentido mais amplo, permitiu o acesso ao Judiciário em defesa de direitos individuais, coletivos ou difusos. Assim, a ameaça a qualquer desses direitos autoriza o indivíduo a buscar socorro no Poder Judiciário ⁴.

A seguir, transcreve-se a atual redação deste dispositivo, constante da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Para Reis Friede, quando se tratar de norma constitucional, como é o caso do art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil,

¹ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

³ ZAVASCKI, op. cit., p. 6.

ninguém, nem mesmo a lei, expressão maior da vontade nacional, pode excluir a lesão ou a ameaça de direito do dispositivo do controle jurisdicional ⁵.

Carreira Alvim comenta que através do art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao direito. Considerada norma superlativa, esta impede que uma simples lei ordinária ou medida provisória possa impor restrições ao exercício desta jurisdição ⁶.

O autor relata que:

O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito. Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, in Concreto, sempre que importe transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição ⁷.

O tema “acesso à justiça” ⁸ tem de ser visto dentro de um contexto mais amplo, o da própria justiça social. O acesso à Justiça não se resume ao ingresso do processo nem aos meios que lhe oferece, sua amplitude vai bem mais além. Perfeita é a assertiva de Kazuo Watanabe, afirma que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” ⁹.

Ao se mencionar a tutela jurisdicional, está a se falar em segurança, efetividade e vigilância que o Estado presta aos direitos dos indivíduos, não limitada à apreciação do dano a um direito violado, mas, sim ao comprometimento a uma apreciação de ameaça a direito.

Não é por outra razão que, atualmente, nas tensões entre a segurança jurídica e a efetividade do processo, o eixo gravitacional deslocou-se da esfera da segurança e do formalismo para a órbita da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional.

Rui Barbosa afirmou: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Esta célebre expressão de Rui Barbosa condensa a idéia fundamental de buscar-se uma rápida composição das lides, enquanto fator de perturbação da paz social ¹⁰.

O direito ao acesso à Justiça é também o direito de ter acesso a uma Justiça organizada, e para tanto à justiça devem ser assegurados por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito.

1.2. Tutela Provisória e Tutela Definitiva

⁴ FREIDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a MP n.1906/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 48.

⁵ FRIEDE, Reis. **Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória**. São Paulo: LTR, 2000. p. 122.

⁶ CARREIRA, Alvim J. E. **A ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 185.

⁷ CARREIRA, op. cit., p. 185.

⁸ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 24

⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 136 p.

¹⁰ FREIDE, op. cit., p. 27.

De acordo com a natureza e o conteúdo, a tutela jurisdicional pode ser classificada em tutela definitiva e tutela provisória, cujo teor analisará a seguir.

A tutela jurisdicional definitiva privilegia a segurança e é formada por procedimentos da cognição exauriente da lide e pela imutabilidade decorrente da coisa julgada. Já a tutela provisória privilegia a efetividade e caracteriza-se pela situação de urgência e pela cognição sumária, que é considerada uma cognição menos aprofundada ¹¹.

Sobre cognição, observa Kazuo Watanabe, comenta que a mesma pode ser vista sob dois prismas, o horizontal e o vertical, conforme segue:

No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do debate travado no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada ¹².

A cognição exauriente e a coisa julgada material constituem elementos indispensáveis à função jurisdicional, que é a manutenção da paz social mediante decisões justas. Teori Albino Zavascki afirma “que a cognição exauriente é requisito fundamental de segurança nas decisões judiciais” ¹³.

A cognição exauriente, considerada como meio adequado para a solução pacífica dos conflitos, visa a formação da coisa julgada material, que é o fundamento da atividade jurisdicional do Estado, pois só após a sua formação é que haverá a efetiva prestação da tutela jurisdicional, ou seja, terá caráter definitivo.

Por outro lado, a cognição exauriente pode comprometer a integridade do bem jurídico ameaçado, porque a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Entre o pedido e a entrega efetiva, decorrerá, necessariamente, um razoável espaço de tempo, e nele é possível que ocorram fatos que possam pôr em risco a execução de uma futura sentença; por exemplo, no caso do direito à prestação alimentícia, a quem dela necessitar. Em assim sendo, sistemas processuais oferecem uma tutela diferenciada, de caráter provisório. A primeira característica dessa espécie de tutela jurisdicional está no fato daquilo que lhe serve de pressuposto, pois ela prevê a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição ¹⁴.

A tutela provisória é fundamentada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade. A profundidade com que é exercida a atividade cognitiva do julgador influi diretamente na decisão e quanto maior for o grau de profundidade de cognição, mais justa será a decisão. Por outro lado, a cognição sumária representa uma limitação à profundidade, onde a certeza jurídica é substituída pelo juízo de probabilidade ¹⁵.

Enquanto que na tutela definitiva se busca o juízo de certeza, por outro lado à tutela provisória baseia-se em de juízos de verossimilhança. Kazuo Watanabe, define cognição sumária como:

Uma cognição superficial, menos aprofundada em relação à cognição exauriente prevista para a correspondente tutela definitiva, a cognição, na tutela provisória, é sumária, isto é, menos profunda do que a cognição prevista para a tutela definitiva à

¹¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 38.

¹² WATANABE, op. cit., p. 84.

¹³ ZAVASCKI, op. cit., p. 18.

¹⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 19.

¹⁵ WATANABE, op. cit., p. 86.

que se acha referenciada. A tutela provisória guarda invariavelmente um elo de vinculação a uma tutela definitiva, a ser prestada no mesmo processo (como ocorre, em geral, se a tutela provisória tiver natureza antecipatória) ou em outro, na "ação principal"(se a tutela provisória tiver natureza cautelar, pleiteada em ação autônoma). A tutela definitiva, de cognição exauriente, pode resultar tanto de procedimento comum ordinário, como de procedimento especial de caráter sumário. E em relação a cada um deles é possível identificar a respectiva cognição sumária: é a correspondente cognição menos aprofundada no sentido vertical¹⁶.

Como se pode perceber, a cognição sumária tem caráter temporário, sendo inapta a formar coisa julgada material e está sempre relacionada a uma tutela definitiva, à qual serve. É provisória, isto é, temporária, e com eficácia necessariamente limitada quanto ao tempo. Por ser precária, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada.

Entre as espécies de tutelas de urgência há aquelas que satisfazem ao próprio direito objeto da tutela, e àquelas que asseguram a futura realização do direito, sem, contudo satisfazê-lo, e ambas não interferem no plano das normas jurídicas, influenciando única e tão somente o plano social¹⁷.

Neste contexto, o direito processual, para amenizar os efeitos da eternização do processo, oferece uma série de medidas de urgência, tais como as cautelares e a antecipação da tutela.

1.3. Prerrogativas da Pessoa Jurídica de Direito Público

Ao litigarem em Juízo, as pessoas jurídicas de direito público recebem a denominação de Fazenda Pública, uma vez que as conseqüências patrimoniais das ações recairão sobre o erário¹⁸.

Expõe Sérgio de Andréa Ferreira:

Finalmente, a expressão Fazenda Pública abrange as pessoas elencadas no inciso I o artigo 475 do Código de Processo Civil (CPC), e, portanto, as pessoas jurídicas de direito público; e, por extensão, as fundações públicas (embora sejam de direito privado); e por entendimento jurisprudencial, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) (empresa pública: D, STF, Pleno RE 220.906/DF, DJ de 14.11.02)¹⁹.

Com efeito, enquanto sujeito de um processo judicial a Fazenda Pública goza de uma série de prerrogativas, justificáveis pela natureza dos interesses postos em causa os quais, via de regra, são coletivos e indisponíveis.

¹⁶ WATANABE, op. cit., p. 86.

¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3, p. 39-42.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, p. 436.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 696.

Transcreve-se a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “a Administração Pública, quando é parte em uma ação judicial, usufrui determinados privilégios não reconhecidos aos particulares, é uma das peculiaridades que caracterizam o regime jurídico administrativo, desnivelando as partes nas relações jurídicas”²⁰.

As prerrogativas processuais em análise são justificadas pelo fato de que o Estado é uma estrutura jurídica extremamente complexa, com atuação nas mais variadas áreas, circunstância que, aliada às dimensões continentais de nossa federação e o reduzido número de advogados públicos em relação ao gigantesco volume de demandas, torna dificultosa a defesa judicial dos entes públicos.

Dentre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública destacam-se o foro privativo, o critério próprio para o cálculo dos honorários de sucumbência, os prazos dilatados, regramento específico disciplinando a prescrição de seus débitos, o reexame necessário como condição suspensiva da eficácia das sentenças desfavoráveis, a execução de seus débitos pelo regime dos precatórios e de seus créditos por meio de execução fiscal, as normas restritivas para o deferimento da antecipação da tutela e o pedido de suspensão da execução das decisões desfavoráveis.

1.4. A Tutela Antecipada

Uma das principais alterações ocorridas no sistema processual brasileiro foi, por conta da recente Reforma, sem dúvida, a adoção do instituto da antecipação de tutela. A antecipação, total ou parcial, dos efeitos práticos materiais pretendidos no pedido da inicial, prevista nos arts. 273 e 461 § 3º, do Código de Processo Civil, vem recebendo dos doutrinadores diferentes denominações tais como: “tutela antecipada”, “tutela antecipatória” e “Antecipação da tutela”²¹.

As medidas antecipatórias provêm do sistema constitucional, sendo instrumentos de harmonização destinados a dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica. Neste sentido, Teori Albino Zavascki sustenta que:

Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a

²⁰ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Execução contra a Fazenda Pública. **Série Cadernos do CEJ** n. 23, p. 337.

²¹ próprio art. 273, embora denomine o instituto de "tutela antecipada", emprega ainda a expressão "antecipação da tutela", em seu §5º.

necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo Juiz²².

Dinamarco afirma que “para evitar dano grave e de difícil reparação, recorre-se a medidas cautelares e antecipatórias da tutela. Através delas, o ordenamento visa evitar, sempre que possível, o perigo de dano, optando, na incerteza do direito ainda não definido, pelas soluções que não deixem o direito material ficar sujeito a sacrifício”²³.

E, em nome da efetividade do processo, surge o instituto da tutela antecipada. Luiz Guilherme Marinoni comenta que:

A busca de uma tutela mais rápida se dá em homenagem à efetividade do direito de ação. Mas se falamos em efetividade do direito de ação para indicar a necessidade de efetividade da tutela dos direitos, queremos também deixar claro que a morosidade do processo é fator potencializador das disparidades entre as partes. (...) A demora do processo coloca em risco importantes mecanismos da democracia participativa²⁴.

O instituto da antecipação da tutela teve como objetivo principal o de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo. “Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, desde que levado ao processo, ele desempenha idêntico papel tendo em vista que o processo também é vida. O tempo no processo angustia os litigantes, pois todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir”²⁵.

O art. 273 do CPC prevê a possibilidade de que se antecipem alguns, ou mesmo todos os efeitos do provimento jurisdicional de mérito, sempre que o Juiz se convencer da verossimilhança das alegações do autor. Se forem demonstradas através de prova veemente e robusta de *fumus boni iuris* e se (inciso I) houver “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (isto é, *fumus* qualificado mais *periculum in mora*) ou, se (inciso II) ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou houver um manifesto propósito protelatório do réu, o juiz poderá antecipar em parte ou sem seu total o direito litigado. Segue-se o art. 273 do CPC:

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 execução da tutela antecipada, observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588.

§ 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 do julgamento.

Devido ao instituto da tutela antecipada, que é uma das medidas provisórias, o ordenamento visa evitar, sempre que possível, o perigo de dano, optando, quando houver incerteza do direito ainda não definido, por soluções que não permitam que o direito material seja sacrificado.

²² ZAVASCKI, op. cit., p. 68.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 65.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação de tutela na reforma do processo civil, p. 36.

²⁵ FREIDE, op. cit., p. 45.

2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

2.1. Do Acesso à Justiça

Se atentarmos para a evolução do Estado, observaremos que a idéia do acesso à justiça foi objeto de transformações a se refletir no estudo do direito processual.

Segundo Cappelletti, “no Estado liberal, onde predominou uma filosofia que se apresentou essencialmente individualista, o acesso à proteção jurisdicional do Estado restringiu-se a um direito formal do indivíduo o qual propunha ou contestava ação contra ele proposta”²⁶.

As desigualdades naturalmente existentes entre os indivíduos, que à nível sócio-econômico foram fortemente agravadas em face das idéias liberais de então, foram totalmente ignoradas pelo Estado, que se mantinha em uma posição passiva em relação à questão.

Atingiu essa passividade, também, o acesso que os indivíduos tinham à justiça de forma que as exigências legais, principalmente em termos processuais, afastaram, por vezes de forma definitiva, a possibilidade desses indivíduos de buscarem a proteção aos seus direitos. Lançados à sua própria sorte, o acesso à justiça era privilégio de alguns²⁷.

Com a evolução do Estado, abandonou-se o entendimento do individualismo liberal; progrediu-se no sentido de uma compreensão do indivíduo integrado numa coletividade. Já não mais se fez suficiente o reconhecimento dos direitos, mas clamou-se pelas garantias desses direitos, e, mais, pela possibilidade de se ter acesso a essas garantias, respeitadas as desigualdades individuais já agora consideradas em termos de coletividade. Aquele Estado passivo, o governo, as associações, os indivíduos passaram a ser vistos como portadores de direitos e de deveres sociais.

Sendo a atuação do Estado agora ativa, no sentido de ser essencial para assegurar os direitos básicos dos indivíduos, dentre eles o direito à saúde, à educação, ao trabalho, natural e

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9.

²⁷ ZAMUDIO, Héctor Fix: González Péres, Jesús, **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, 160 pp. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XIX, Número 57, Septiembre-Diciembre de 1986.

obrigatoriamente se ampliou o entendimento para incluir dentre esses direitos que se encontravam sob a égide do Estado, o acesso à justiça.

Essas observações nos levam a reconhecer a influência que essas idéias exerceram sobre o direito processual, seja o comum, sejam os direitos processuais especializados. Não há mais apenas a necessidade da tutela dos direitos materiais, faz-se mister a adequada tutela dos direitos instrumentais.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A letra da lei deixou de ser exclusivamente tema para estudos dos juristas, estudos estes indiferentes e distantes da realidade social. Evoluiu para entender como sendo intrínseca a esse direito instrumental a função social, que passou a ser reconhecida em decorrência daquelas transformações ²⁸.

A eliminação dessas dificuldades ao acesso à justiça e à sua efetividade passou a ser buscada através de medidas que visavam à atenuação das desigualdades sócio-econômicas existentes, com alternativas como a implantação dos Juizados de Pequenas Causas, com a dispensa das custas processuais em situações específicas regulamentadas por lei, com o favorecimento da assistência judiciária gratuita aos mais necessitados financeiramente, com a edição da nova lei de Arbitragem, com a introdução do instituto da tutela antecipada.

Medidas vêm sendo tomadas no sentido de se atingir esse objetivo hoje tão justamente aclamado que é a efetividade da justiça.

Que não se compreenda, entretanto, como simples, problema de tão complexos contornos a envolver, a busca de sua solução ou pelo menos a atenuação desses problemas, a própria alteração estrutural do Poder Judiciário, bem como questões sociais de tão intrincadas soluções.

Chegamos aos dias atuais com o instituto da tutela antecipada se apresentando como medida que busca que o acesso à justiça seja alcançado de forma eficaz e efetiva. É de tal monta a esperança depositada no instituto da tutela antecipada que Luiz Guilherme Marinoni enfaticamente afirma que “a tutela antecipatória constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil” ²⁹.

Ensina José de Moura Rocha que:

Não nos deixemos, todavia, envolver com o instituto como se fosse possível a ele ser conferido um poder mágico de solucionar os problemas atuais que muito mais que meramente processuais atingem aspectos econômico-político-jurídicos, estruturais e conjunturais de muito mais amplos e complexos contornos ³⁰.

²⁸ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 12.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme: **A Antecipação da Tutela**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1997, p. 21.

³⁰ MOURA ROCHA, José: Atualização do Código de Processo Civil. Curitiba: JM Editora, 1995. PELAYO, Garcia: Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Revista de Occidente, S.A., 1961.

Para que alcancemos o acesso à justiça e a efetividade do processo, através do instituto da tutela antecipada, será preciso uma compreensão do instituto de forma a considerar as diversas variantes envolvidas no tocante à natureza da matéria tutelada, à natureza das partes envolvidas na relação jurídica processual, etc. A não consideração desses aspectos acarretará, obrigatoriamente, em interpretação e aplicação do instituto de forma errônea e danosa e que, mais que não alcançar o efeito desejado, acarretará em graves prejuízos, agindo como uma erva daninha.

2.2. Efetividade da Justiça x Segurança Jurídica

É dentro desse novo enfoque, sob o qual hoje se compreende o direito ao acesso à justiça, que vamos encontrar intimamente a ele ligado o princípio da efetividade da justiça. O direito ao acesso à justiça mais que entendido meramente como as condições para que se busque a tutela jurisdicional, só será alcançado uma vez que também se verifique a efetividade do processo, a efetividade da justiça.

A morosidade observada na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado tem se apresentado como um dos mais importantes entraves para a sua efetividade. Já não mais se faz suficiente a prestação da tutela jurisdicional sem a sua real efetividade. O longo decurso de tempo que comumente se tem verificado desde a propositura da ação até a prolação da sentença tem tornado inefetiva a prestação jurisdicional decorrente de alterações circunstanciais e fáticas possivelmente havidas no decorrer desse período.

Mais do que apenas reconhecida a sua importância, o acesso a justiça vem a se caracterizar, no dizer de Teori Albino Zavascki, como um direito do litigante à efetividade da jurisdição³¹.

No reconhecimento da necessidade de se fazer efetivo o processo (nessa íntima relação com o princípio do acesso à justiça) encontramos a motivação para as recentes alterações que se fizeram sentir no nosso direito instrumental, visando primordialmente suprir o grave entrave observado na prática forense atual tocante à já referida morosidade verificada quando da prestação da tutela jurisdicional.

³¹ ZAVASCKI, Teori Albino: **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Ao princípio da efetividade do processo contrapõe-se o princípio da segurança jurídica.

Neste sentido, brilhante o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni:

O tão criticado rito ordinário do processo de conhecimento tem como sua vigia mestra a segurança jurídica a qual, para ser alcançada, implica na necessidade de formalismos que buscam, antes de mais nada, assegurar às partes o amplo direito de defesa, o respeito ao devido processo legal e contraditório, princípios que, elevados à categoria constitucional, não podem ser, em qualquer circunstância, relegados a uma categoria secundária³².

Entram, assim, em choque a segurança jurídica e a efetividade do processo. Como diz Zavascki, o alcance da primeira tem acarretado, via de regra, o afastamento da segunda. Atenemos para que o alcance da segunda não signifique o afastamento da primeira com as possíveis danosas conseqüências³³.

A tutela antecipatória foi introduzida na atual sistemática processual com o intuito de sanar este impasse. Desde que presentes àqueles pressupostos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, deverá o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos da tutela jurisdicional buscada tornando efetivo o processo, tornando efetiva a justiça, com o prosseguimento do processo em seu iter até final sentença. Soluciona-se, ao menos teoricamente, em grande parte, a questão da inefetividade do processo

2.3. O Princípio da Igualdade

Encontra-se o princípio da igualdade consagrado expressamente na vigente Constituição Federal em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei...”. Essa igualdade a que se refere a Carta Magna no mencionado artigo, bem como em diversos outros que vedam a distinção entre os sujeitos tendo em conta a igualdade dos mesmos, é a igualdade apreciada sob o ponto de vista jurídico.

Segundo Cappelletti, considerando os grandes problemas que surgem plenos de dificuldades na interpretação das normas constitucionais, devemos observar ser necessário para tal tarefa termos sempre em mente os princípios constitucionais que as informam³⁴.

³² MARINONI, op. cit., p. 21.

³³ ZAVASCKI, op. cit. p. 168.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro: **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves; Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 89-90.

De se verificar, assim, uma elevada importância tanto das normas constitucionais quanto dos princípios constitucionais.

É sob esse enfoque que devemos estudar o princípio da igualdade.

A busca do real significado da palavra igualdade não se apresenta como uma tarefa simples pois, na realidade, os sujeitos se diferenciam entre si nos mais variados sentidos e aspectos. Como conciliar, então, a determinação legal da igualdade dos sujeitos com o fato incontestável da desigualdade fática existente entre os mesmos?³⁵.

Se traçarmos breve apreciação histórica teremos a igualdade, como também a liberdade, bandeiras da revolução francesa, como fatores condicionantes do Estado liberal.

Concebido como uma concepção individualista, o liberalismo enxerga o indivíduo, e não os grupos, como essência em si mesmo.

Teori Albino Zavascki em trabalho intitulado, Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais diz:

Numa análise dessa concepção, vamos encontrar o individualismo concreto e o abstrato: o primeiro se caracteriza por encarar o indivíduo a partir das desigualdades existentes entre eles, ou seja, o indivíduo singular; e o segundo, abstrato - concepção que lastreia o liberalismo -, caracterizando-se por conceber os indivíduos em seu aspecto singular, a partir da sua essência ³⁶.

Frente a esta concepção de igualdade, os direitos fundamentais dos homens seriam os direitos do homem considerado de forma isolada, individual, abstrata, tais como o direito à liberdade de consciência, do sigilo de correspondência, da inviolabilidade do domicílio, da liberdade pessoal, ou do homem enquanto cidadão relacionando-se com outros homens. Sob este segundo ângulo, teríamos a liberdade de culto, a liberdade de reunião, a se expressarem de forma totalmente apolítica, pois do contrário, descaracterizar-se-iam como direitos fundamentais.

No Estado Liberal prevaleceu a ideologia do racionalismo a se formalizar através de sua Constituição, com a função de guardadora de direitos, e, mais ainda, passava a Constituição de mais do que norma incluidora de garantias, a ser ela própria garantia ou sistema de garantias.

Sob este aspecto, o Estado Liberal assegurou os direitos fundamentais frente aos abusos dos órgãos estatais e o conjunto de liberdades através de um sistema de garantias constitucionais assentado sobre um esquema racional, ou seja, sobre um esquema ordenado de

³⁵ LEITÃO, Helder Martins, NETO, Manuela: **Dos Princípios Básicos em Processo Civil**. Coleção Vademecum. Porto: Elcla Editora, 1994, p. 103.

³⁶ PELAYO, García: **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Revista de Occidente, S.A., 1961, p. 143.

órgãos e atos estabelecidos em uma disposição e com um papel funcional com vistas a atingir um fim previamente determinado.

A liberdade era o valor maior onde se assentava a ordem jurídica. As relações jurídicas privadas tinham uma configuração a exigir, através da autonomia da vontade, a realização daquele valor maior: a liberdade ³⁷.

No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho:

Esta concepção antropológica, entretanto, deixava de considerar o homem em seu aspecto histórico, social, para, ignorando as desigualdades externas, traduzirem-se em injustiças e numa imoral desigualdade. Tudo isto posto a pretexto de uma oposta igualdade interna ou ontológica ³⁸.

A liberdade do indivíduo só pode apresentar em si a essência da justiça se puder coexistir com a liberdade dos demais indivíduos. Não há que se falar em uma liberdade justa se a mesma for alcançada através da destruição da liberdade dos outros.

A explicação estará no caráter, digamos, ‘tendencial’ a caracterizar a Constituição. Este caráter implica na existência de pressupostos formais a determinar as diferentes situações. Note-se que sem ferir a ‘igualdade’ a existir para todos: indivíduos têm direito a algo que a outros não atinge, ou podem fazer ou deixar de fazer alguma coisa que a outros não é autorizado ou vedado.

Sem adentrarmos no mérito quanto à igualdade em seus demais sentidos, devemos atentar para o princípio da igualdade do ponto de vista jurídico, a ser observado não só pelos legisladores mas também pelos aplicadores das leis. No tratamento igual dos sujeitos não de ser respeitadas as suas desigualdades.

Dessa forma, teremos que não poderão os legisladores legislar de forma a distinguir iguais ou dar tratamento igual àqueles desiguais, sob pena de estarem indo de encontro ao princípio da igualdade. E, uma vez observado este princípio, tornar-se-á possível eliminar ou ao menos atenuar distorções sociais e distinções fáticas comumente tão acentuadas.

A exegese literal ou gramatical dos termos constitucionais relativos aos “todos são iguais perante a lei” tornar-se-ia, natural e automaticamente, uma norma constitucional eivada de inconstitucionalidade porque, na verdade, nenhum amparo teria na mesma Constituição.

Podemos dizer não haver justiça quando é esta buscada em termos de ficção igualitária.

³⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin: **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 212.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982, p. 33.

A igualdade das partes no processo será alcançada quando forem colocadas numa situação de paridade, igualdade processual esta atingida a partir do reconhecimento das diferenças e desigualdades que abrangem as partes.

No tocante aos sujeitos privados vamos encontrar nos ramos do direito instrumental, diversas medidas que visam a igualar as partes a partir de suas desigualdades fáticas. Nesse campo vamos encontrar a concessão da assistência gratuita, nos termos da lei, a criação de Juizados Especiais, a dispensa ou redução de custas em casos específicos, a aplicação do princípio do *ius postulandi* na Justiça especializada do trabalho.

Afigura-se-nos de fácil compreensão e aceitação que estas desigualdades fáticas, uma vez identificadas, sejam eliminadas em termos jurídicos em busca da igualdade jurídica, da igualdade na lei. Encontramo-nos aqui, diante de circunstâncias que ressaltam e que nos revelam a fragilidade, a submissão, a opressão, uma qualquer condição de inferioridade de um dos sujeitos da relação material sobre o outro. O seu reconhecimento e eliminação dá-nos um sentimento de agradabilidade uma vez que nos sentimos próximos da justiça, e a entendemos como realizada e alcançada.

Por outro lado, esse sentimento de agradabilidade tende a desaparecer quando temos como sujeito da relação material e como parte da relação processual, um ente público, cujo poder a ele inerente e pela sua superioridade havida na relação material de direito público, existente por força da sua qualidade de ser, faz desaparecer o sentimento de agradabilidade para dar lugar a um sentimento forte de desagradabilidade.

Entretanto, qualquer análise que tome como base sentimentos de agradabilidade ou de desagradabilidade para a compreensão de um determinado instituto jurídico é, antes de mais nada, anticientífica.

Por outro lado, o estudo de um instituto, tomado de forma isolada, como se fora componente estanque em sistema onde não se realizam permutas de conhecimentos e de experiências, certamente torna menos árdua a tarefa da busca da sua compreensão. Respostas e explicações fluem com facilidade, embora acarretem conclusões falaciosas, imagens e impressões distorcidas do objeto do estudo. Faz-se mister o seu estudo a partir de uma interpretação sistemática, sendo o mesmo compreendido não só como elemento integrante deste sistema, mas, também, sendo tomadas em consideração às características e peculiaridades que são a ele inerentes.

O estudo de um qualquer instituto só nos dará respostas satisfatórias desde que sejam considerados todos os aspectos que o envolvem. Neste sentido, a interpretação da norma, sob a égide do direito público ou privado, levar-nos-á a conclusões que podem vir a se apresentar

diametralmente opostas. No mesmo diapasão, vamos encontrar a necessidade de caracterização do sujeito da relação jurídica, sabendo-se que considerações referentes à sua capacidade, às desigualdades fáticas econômico-financeiras (ressalte-se o direito do trabalho), ou à natureza, à qualidade de ser do sujeito implicará em distinções nítidas as quais devem ser consideradas quando do estudo e aplicação de qualquer instituto.

Surge-nos, então, a pergunta quanto a como deverá ser compreendido o sujeito Estado quando for a mesma parte numa relação jurídica processual?

Podemos responder que a compreensão dos entes públicos enquanto parte deverá atender às suas peculiaridades e características como sujeitos de direito público que o são.

Encontramos a norma instrumental civil determinando em várias oportunidades um tratamento diferenciado às partes, diferenciação esta que vem a abranger diversos institutos ali contidos. Encontramos prerrogativas que são reconhecidas aos entes públicos não por mera deferência, mas sim para atender às desigualdades com que se apresenta esse sujeito especial.

Respeitados aqueles doutrinadores que entendem que tais prerrogativas ferem o princípio da igualdade, não podemos com eles concordar por força do nosso entendimento quanto à interpretação e aplicação das normas e princípios constitucionais, especificamente falando, quanto à interpretação e aplicação do princípio da igualdade.

O não reconhecimento da especialidade dos entes públicos e a dispensa aos mesmos de uma tratamento jurídico sob a égide do direito privado, como se sujeito privado fosse é, antes de mais nada, uma afronta ao princípio da igualdade. Desconhecer a desigualdade existente entre os entes públicos e o sujeito privado, negar as prerrogativas que lhe devem ser atribuídas por força dessa desigualdade, negar uma interpretação e aplicação da norma instrumental que atendam a essas características quando forem os entes públicos parte numa relação processual é afastar o alcance e a aplicação do princípio constitucional da igualdade à norma processual.

Prerrogativas tais como prazo diferenciado para contestar e recorrer, tratamento diferenciado quanto às custas processuais, aplicação do reexame obrigatório (art. 475 do CPC), o procedimento executório especial contra a Fazenda Pública, Lei Especial para a cobrança de seus créditos (Lei 6.830/80), o sistema de precatórios (art. 100 do CPC) representam não mais que o reconhecimento pela lei processual da especialidade do sujeito. Decorrem não de uma afronta ao princípio da igualdade, mas, ao contrário, da busca de sua aplicação e alcance decorrentes do reconhecimento das diferenças havidas.

Diante deste entendimento faz-se inócua toda discussão a respeito da inconstitucionalidade de normas que, reconhecendo tal especialidade, vedam, limitam a

concessão de determinadas medidas judiciais. Que não se fale em desrespeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Fale-se em respeito ao princípio da igualdade.

Ainda na esteira da aceitação de que os princípios assumem uma enorme importância no estudo dos institutos jurídicos, na interpretação da norma e na sua aplicação, constituindo-se a viga mestra do sistema jurídico, entendemos que o não cabimento do instituto da tutela antecipada contra o Estado encontra-se amparado na própria qualidade do sujeito. O entendimento de que a não previsão legal, expressa, para o não cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública implica na sua não incidência³⁹ é por nós contestado em face de nossa compreensão do princípio da igualdade nos termos em que foi exposto anteriormente.

Não concordamos que o sistema de precatórios ou a obrigatoriedade do reexame, como pretendem os defensores do não cabimento da tutela antecipada contra o Estado, apresentem-se como fundamento para a sua não incidência. A fundamentação para tal encontra-se, repita-se, na qualidade, na essência do sujeito público, diferenciando-o dos sujeitos privados e reconhecidas na lei instrumental, por aplicação, conseqüentemente, do princípio constitucional da igualdade.

2.4. Posição Especial das Pessoas Jurídicas de Direito Público no Processo

São consideradas pessoas jurídicas de Direito Público aquelas que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos tais como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. São também tidas como pessoas de Direito Público de natureza meramente administrativa as autarquias que podem desempenhar atividades econômicas, previdenciárias, educacionais e quaisquer outras outorgadas por entidade estatal-matriz e, ainda, pela nova orientação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as entidades fundacionais também⁴⁰.

As pessoas jurídicas de Direito Público, quando forem partes em ação judicial, passam a desfrutar de tratamento especial não reconhecido aos particulares.

Os privilégios quanto às normas processuais são: prazos dilatados (conforme arts. 188 e 277 do CPC), isenção de pagamento de preparo para interpor recursos (art.55, §1º do CPC), possibilidade de obtenção de liminar na ação de arresto sem justificação prévia (art. 816, inc I, do CPC), procedimento próprio para execução (art. 100 CF/88 e art. 730 do CPC), reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, II do

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto: **Tutela antecipada e Tutela Cautelar**. In RT-742 - Agosto de 1997 - 86º Ano, p. 52.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 66-67.

CPC), regime próprio quanto às decisões proferidas contra si em caráter provisório (liminares e antecipações de tutela) e sistema de pagamento através de precatórios (art. 100 da CF/88) ⁴¹.

Segundo Benucci, os pressupostos não estão restritos ao âmbito processual, podendo se estender também ao âmbito do direito material, exemplificados pela auto-executoriedade dos atos estatais; a de aplicar sanções administrativas; alterar e rescindir contratos unilateralmente, entre outros ⁴².

Ainda cita o autor que o Estado tem incrementado cada vez mais suas relações jurídicas com a sociedade e vem contando com todas estas prerrogativas. Diante disso, os particulares também precisam dispor de mecanismos ágeis e eficazes de proteção face ao Estado, como forma de resguardar seus direitos individuais, com o fito de evitar abusos ⁴³.

Ao abordar o assunto da antecipação da tutela, grande controvérsia surge acerca da possibilidade de sua aplicação nas demandas contra pessoas jurídicas de Direito Público. Há polêmica dentre os doutrinadores, trazendo à tona fortes argumentos tanto para a possibilidade ou impossibilidade de aplicação da tutela antecipada, face ao Poder Público. Poucas são as vozes, entretanto, que se manifestam favoravelmente à possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela.

Têm-se como principais argumentos contrários: o reexame necessário, previsto no art. 475 do Código de Processo Civil, como condição de eficácia da decisão proferida contra as pessoas jurídicas de Direito Público, a inexorabilidade do pagamento através de precatório, conforme art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais disposições legais previstas nas Leis nº 8.437/92 (posteriormente abarcadas pela Lei nº 9.494/97) ⁴⁴.

Há uma vertente doutrinária que considera cabível a antecipação da tutela face às pessoas jurídicas de Direito Público. Participam desta corrente, dentre outros, Antonio Cláudio da Costa Machado⁴⁵, J. E. S. Frias⁴⁶ e, na área tributária, Hugo de Brito Machado⁴⁷, Teori Albino Zavascki⁴⁸, Reis Friede⁴⁹, Cássio Scarpinella Bueno⁵⁰ e Renato Luís Benucci ⁵¹.

Na busca incessante de argumentos que favorecessem a possibilidade da antecipação da tutela em demandas contra o Poder Público, nada mais coerente do que autores participantes da vertente desta idéia serem fontes de referência para este trabalho.

O texto legal instituidor não criou privilégios para a não aplicação da tutela antecipada contra as pessoas jurídicas de Direito Público, até porque a antecipação da tutela é um meio pelo qual o demandante, carecedor de proteção jurisdicional, sente necessidade de proteção do pretense direito perecível ou que padece do retardamento, mesmo que a parte ré seja o Poder Público.

Neste enfoque, há que se destacar o posicionamento de Teori Albino Zavascki, ao afirmar que:

⁴¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 68.

⁴² BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 47.

⁴³ BENUCCI, op. cit. p. 47.

⁴⁴ BENUCCI, op. cit. p. 47.

⁴⁵ MACHADO, Antonio Claudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.84.

⁴⁶ FRIAS, J. E. S. **Tutela antecipada em face da Fazenda Pública**. Revista dos Tribunais, nº 728.

⁴⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário nº 5**. São Paulo: Dialética, 1996.

⁴⁸ ZAVASCKI, op. cit., p. 260.

⁴⁹ FREIDE, op. cit., p. 190.

⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança: um tema com variações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.26-62.

⁵¹ BENUCCI, op. cit. p. 125.

As pessoas jurídicas de direito público desfrutam de tratamento especial em várias situações processuais, como por exemplo honorários advocatícios, prazos, eficácia das sentenças contra elas proferidas ação de execução para delas haver pagamento ação por elas movida para haver seus créditos, na ação de arresto, ação possessória. (...) Relativamente ao regime geral que orienta o instituto da antecipação de efeitos da tutela, nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas para excluí-las de sua aplicação. Nem mesmo o reexame obrigatório, pelo tribunal, das sentenças condenatórias contra elas proferidas constitui empecilho à antecipação da tutela quando esta for cabível. (...) igualmente não constitui empecilho à concessão da medida antecipatória a disposição do art. 100 da Constituição, que submete os créditos contra a Fazenda Pública, decorrentes de sentença judicial, a regime de precatório⁵².

Quanto à possibilidade da antecipação da tutela em demandas contra pessoas jurídicas de Direito Público, Humberto Theodoro Júnior sustenta que: “Na tutela antecipada, tem-se entendido que o particular, observados os requisitos do artigo 273, do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente adviriam da sentença final de mérito mesmo em face das pessoas de Direito Público”⁵³.

Seguindo este mesmo raciocínio, Manoel Antonio Teixeira Filho reforça que:

O Poder Público está submetido aos mesmos deveres legais impostos às partes; o entendimento contrário fará com que se esteja causando uma grave lesão a essas regras deontológicas. A partir de então, o Poder Público vê-se livre para a prática de atos processuais de má-fé ou, de qualquer forma, que transgridam os princípios éticos do processo, como método estatal de solução de conflitos de interesse⁵⁴.

Em vista das regras tratadas até o momento, é mister que se analise, de forma conceitual, os obstáculos impostos ao cumprimento da antecipação da tutela face ao Poder Público.

2.5. Restrições Legais e Doutrinárias Referentes à Concessão da Antecipação da Tutela em Demandas contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público

O instituto da tutela antecipada tem suscitado dúvidas no que diz respeito à aplicabilidade face às pessoas jurídicas de Direito Público. Há uma corrente doutrinária que se manifesta contrária à aplicabilidade quando o réu se tratar de um ente público. Primeiramente, já se vê como restrição o art. 1º da lei 8.437/92, para em seguida acreditar-se em só ser possível a satisfatividade do débito público através do sistema precatório e, por último, não se dá crédito à real possibilidade da antecipação da tutela, por esta depender de confirmação do duplo grau de jurisdição.

⁵² ZAVASCKI, op. cit., p. 161.

⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II, p. 349.

⁵⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Antecipação da tutela & liminares**. São Paulo: LTr, 1996. p. 117.

A seguir serão demonstrados que tais obstáculos são superáveis, quando Renato Luís Benucci, afirma que “a tutela antecipada, como instituto prestigiador do princípio da efetividade do processo, não deve sofrer tamanha restrição”⁵⁵.

O não reconhecimento da tutela antecipada em ações contra as pessoas jurídicas de Direito Público, nada mais é do que estar negando a possibilidade de uma tutela célere e adequada, mesmo existindo os obstáculos acima descritos. O próprio princípio da isonomia não permite que seja afastada a utilização da tutela antecipada face às pessoas jurídicas de Direito Público⁵⁶.

2.5.1. O Reexame Necessário

O duplo grau de jurisdição obrigatório tem sido considerado um dos maiores obstáculos para a concessão da tutela antecipada face ao Poder Público.

O reexame necessário se apresenta para uns, como o mais importante óbice à antecipação de tutela, por ter o texto legal expressamente negado eficácia à sentença proferida contra o Poder Público antes da devolução obrigatória.

Segundo Luiz Renato Benucci, o argumento apresentado para superar o obstáculo imposto ao artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil, baseia-se nos efeitos da sentença ainda não recorrida proferida contra o Poder Público, cujos efeitos igualam-se à sentença proferida contra o particular na qual foi interposta apelação com efeito suspensivo. “Embora o recebimento da apelação com o duplo efeito, em nossa sistemática processual, ainda seja a regra, tal fato não pode impedir a aplicação da tutela antecipada, sob pena de se tornar o instituto da tutela antecipada inócuo”⁵⁷.

Inicialmente é preciso esclarecer que a decisão que defere a antecipação de tutela, não se submete ao duplo grau de jurisdição, como condição para sua efetivação, já que esta decisão está apta a produzir todos os efeitos práticos. A decisão que concede a tutela antecipada desafia o manejo do agravo de instrumento, não sendo a apelação o recurso previsto pelo sistema processual para a impugnação das decisões interlocutórias.

Com o acréscimo do inciso VII ao artigo 520, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.352/2001, retirando o efeito suspensivo da apelação que confirma a tutela antecipada, deixa evidente que a concessão da antecipação de tutela poderá produzir os seus efeitos imediatamente. O recebimento da apelação, em seu duplo efeito, não impede a antecipação do

⁵⁵ BENUCCI, op. cit. p. 48.

⁵⁶ BENUCCI, op. cit. p. 48.

provimento e a execução imediata da sentença prolatada em face do particular, de igual forma a sentença proferida em face ao Poder Público.

No mesmo sentido, ressalta Paulo Afonso Brum Vaz: “se admitirmos que a tutela antecipada contra o Poder Público não produz efeitos antes da confirmação pelo tribunal, teríamos inviabilizado o próprio instituto jurídico, pois nem aos particulares teria aplicabilidade, em razão da regra do duplo efeito atribuído em regra à apelação”⁵⁸.

Contudo, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, em seu artigo 1º REVISTA DA ESMESE, Nº 05, 2003 – 303 estabelece que:

“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 1996, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” Ao remeter ao artigo 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, o Diploma Processual, regulador da tutela antecipada estendeu efeito suspensivo também às decisões prolatadas em face da concessão de antecipação de tutela nos casos a que se refere, vedando ao nosso ver a execução provisória nesses casos.

Teori Albino Zavascki, sobre este prisma, afirma:

A antecipação da tutela tem natureza interlocutória, não se submete à regra do art. 475, apenas aplicável a sentenças. As sentenças contrárias a Fazenda Pública submetem-se a uma condição para sua eficácia: a sua confirmação pela segunda instância julgadora. Antes disso, seria ilógico admitir-se que o juízo de primeiro grau poderia antecipar o que mesmo na fase final do procedimento, lhe é negado conceder⁵⁹.

No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno comenta que o reexame necessário deve ser afastado em caso de a concessão da tutela ser antecipada, ao declarar que:

No entanto, parece correto o entendimento de que, na espécie, reexame necessário do art. 475 do CPC deve ser efetivamente afastado. Não fosse porque a decisão judicial que concede a tutela antecipada não pode ser vista como sentença – ao menos para fins daquele dispositivo –, porque a incorporação do instituto no Processo Civil Brasileiro acabou por revelar opção nítida do legislador brasileiro no sentido de prestigiar, naqueles casos encartáveis no caput e nos incisos I ou II do atual art. 273 do CPC, a efetividade da Justiça e não a segurança jurídica, estandarte do processo de conhecimento pleno e exauriente, do qual o ato culminante é a sentença⁶⁰.

Posição semelhante também é adotada por Reis Friede:

O reexame necessário (art. 475, II, do CPC) somente tem aplicação em sentença. A antecipação da tutela não é sentença, mas sim decisão precária que não põe fim ao processo já que esse prossegue até o julgamento final (art. 273, § 5º do CPC). Além do mais, permitir que a entidade pública, quando autora, possa se utilizar o novo instituto da tutela antecipatória e negar direito igual ao particular quando este demanda contra a mesma entidade pública, afronta o princípio constitucional do art. 5º, da CF/88, como também, o art. 125, II, do CPC⁶¹.

⁵⁷ BENUCCI, op. cit. p. 65.

⁵⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 256

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, p. 49-58. Maio. 1999.

⁶⁰ BUENO, op. cit., p. 38.

⁶¹ FREIDE, op. cit., p. 198.

A obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em se tratando de sentença contra pessoas de Direito Público, apenas significa dizer que, ao ser dada como vencida, a lei considera a apelação sempre interposta, no intuito de proteger o ente público contra a eventual inércia de seus representantes judiciais.

Os efeitos da sentença proferida contra a Fazenda Pública são exatamente os mesmos produzidos por uma sentença contra a qual foi interposta a apelação. Hugo de Brito Machado conclui:

Vê-se, portanto, que ao prevalecer o argumento segundo o qual não é admissível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública em face do duplo grau de jurisdição, tem-se de entender também incabível a antecipação da tutela em qualquer caso, posto que sempre poderá ocorrer a interposição de apelação. Interposta esta, a sentença somente poderá ser executada depois de confirmada pelo Tribunal⁶².

O reexame necessário deverá ser feito sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados, desde que o duplo grau represente para as partes, quer o Estado, quer os particulares, uma certeza de que esta reapreciação seja um ato decisório e que nunca vá contra a concessão da tutela antecipada.

Desde que presentes os pressupostos específicos do art. 273 do CPC, será cabível a tutela antecipada, mesmo em ações dirigidas contra as pessoas de Direito Público. Aceitar a incongruência entre o reexame necessário do art. 475 e a plena efetividade da decisão que antecipa a tutela contra o Poder Público, é muito mais uma questão relacionada a todo o sistema⁶³.

No momento em que o legislador criou o instituto da tutela antecipada, como já referido, o mesmo procurou harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica. Destarte, os artigos 273 e 461 do CPC não são criações isoladas, mas integra-se ao sistema jurídico, obrigando que se proceda a uma releitura de todo o sistema processual⁶⁴.

O reexame necessário há de ser compartilhado pela decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências dela decorrentes, como sói acontecer nas ações de mandado de segurança, cuja natureza da liminar é antecipatória, e o reexame obrigatório não inviabiliza a execução provisória.

Após transcrições de doutrinadores e juristas, está mais do que manifesta a hipótese levantada de que o reexame necessário não é causa impeditiva para a concessão da tutela antecipada nas ações contra o Poder Público.

2.5.2. O Óbice Constitucional do Precatório

Toda vez que se pretende executar alguma condenação imposta ao Estado, logo uma dificuldade se apresenta: a impenhorabilidade é um dos princípios do patrimônio estatal. O sistema de precatório é a forma através da qual o Poder Judiciário solicita do Poder Executivo a tomada de precauções orçamentárias visando o pagamento da execução de uma ordem judicial.

O adimplemento das obrigações pecuniárias devidas pelas pessoas jurídicas de direito público é sempre realizado de acordo com o sistema dos precatórios, no caso de

⁶² MACHADO, op. cit., p. 45.

⁶³ BUENO, op. cit., p. 377.

débitos superiores a sessenta salários mínimos, ou das requisições de pequeno valor, nas hipóteses de dívidas inferiores a sessenta salários mínimos em relação à Fazenda Pública Federal, quarenta salários mínimos para a Fazenda Pública estadual e distrital e 30 salários mínimos para a Fazenda Pública municipal, a teor dos artigos 17, § 1º da Lei n. 10.259/2001 e 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesse sentido são os apontamentos de Araken de Assis:

À exceção das dívidas de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública Federal, alimentares ou não, mostra-se obrigatória a expedição do precatório. O art. 100, caput, dá ênfase, mediante o emprego do advérbio “exclusivamente” à necessidade da requisição do pagamento, realizando-se os pagamentos na “ordem cronológica de apresentação dos precatórios”. É o que dispõe, igualmente, o art. 730, II, do CPC. Quis a Carta Política repetindo o CPC, assegurar o pagamento dos credores mais antigos à frente dos mais recentes. Para tal arte, impõe-se respeitar a classificação dos créditos, objeto de item precedente, no qual se ressaltou que da requisição de pagamento escapam, a rigor, os créditos de pequeno valor ⁶⁵.

O precatório consubstancia-se em uma requisição feita pelo Presidente do Tribunal ao qual está vinculado o juiz da causa à Fazenda Pública vencida na demanda, informando a quantia devida e o nome do beneficiário.

O ofício emitido pelo Poder Judiciário obriga a inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes dos precatórios apresentados até primeiro de julho, efetuando-se o pagamento até o final do exercício seguinte ⁶⁶.

João Carlos Souto tece comentários pertinentes acerca do instituto em análise:

Trata-se de um instrumento processual civil mas que se poderia incluir no rol dos direitos fundamentais do cidadão. O instituto do precatório constitui-se numa garantia do cidadão de que seu crédito perante a Fazenda Pública será honrado sem a necessidade de apadrinhamento político, prática deletéria que se verificava antes da sua substituição pela Lei Fundamental de 1934. Trata-se, ainda, de providência constitucional umbilicalmente ligada ao princípio da impessoalidade dos atos da administração pública. Vale dizer, a administração não pode selecionar os destinatários do precatório. É ato impessoal e vinculado à lista encaminhada pelo presidente do órgão judiciário a que se encontra “subordinado” o juízo prolator da decisão transitada em julgado ⁶⁷.

A expedição do precatório exige o trânsito em julgado da decisão que condenou a Fazenda Pública ao pagamento de quantia certa, constituindo-se em um forte óbice ao levantamento de valores diante das pessoas jurídicas de direito públicos deferidos por meio de antecipação da tutela.

Para Athos Gusmão Carneiro, o impedimento constante do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, torna inviável a concessão da antecipação frente à Fazenda

⁶⁴ BENUCCI, op. cit., p. 66.

⁶⁵ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 937.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 470

Pública nas obrigações pecuniárias, sob o fundamento de que o precatório, o qual não pode ser afastado, pressupõe a necessidade de decisão judicial proferida após cognição exauriente, como medida de salvaguarda ao erário ⁶⁸.

João Carlos Souto posiciona-se contra a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública nas condenações de pagar quantia certa aduzindo a previsão constitucional do precatório é inafastável e prefere ao dispositivo de lei ordinária que possibilita o adiantamento ⁶⁹.

Luiz Rodrigues Wambier filia-se à posição segundo a qual a decisão deferitória da antecipação contra a Fazenda pode ser cumprida independentemente do precatório:

As antecipações deferidas contra a Poder Público podem ser cumpridas mediante depósito à disposição do juízo (com liberação apenas em casos excepcionalíssimamente considerados, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória seja apenas provisória, i. é, reversível) com recursos orçamentários advindos da dotação relativa às “despesas variáveis” ou de dotações outras, comumente presentes nos orçamentos dos Poderes Públicos ⁷⁰.

Luiz Guilherme Marinoni propõe a dispensa do precatório para a efetivação da antecipação da tutela em se tratando de verbas de caráter alimentar, quando, no exame do caso concreto, o magistrado aferir a necessidade mais elevada do demandante.

Esclarece o renomado processualista:

Portanto, para conciliar o art. 100, § 3º, e o art. 5º, XXXV – que estabelece o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – da CF é preciso entender que o precatório deve ser dispensado diante de obrigação – de qualquer natureza – definida na lei como de pequeno valor, mas que diante da tutela antecipatória sua dispensa deve ocorrer quando o próprio juiz tiver critérios capazes de demonstrar que o exeqüente necessita imediatamente de alimentos, ainda que em valor superior a 60 salários mínimos ⁷¹.

De acordo com Juvêncio Vasconcelos Viana o precatório deve ser utilizado como um instrumento operacionalizador da antecipação da tutela concedida em face da Fazenda Pública, com a observância dos preceitos estabelecidos pela Carta Magna. Valendo-se das lições de Hugo de Brito Machado, o autor explica que ao deferir a antecipação o julgador deve determinar a expedição do precatório respectivo, o qual será liberado para o demandante com o trânsito em julgado do processo ou previamente, caso o pagamento pelo Presidente do Tribunal seja efetuado antes ⁷².

Explica ainda que:

⁶⁷ SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 252.

⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 90.

⁶⁹ SOUTO, op. cit., p. 304.

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. Revista de Processo, n. 87, julho-setembro de 1997, p. 33.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**, 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 320.

⁷² VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 147.

O que não pode é, ao conceder a tutela, querer o juiz determinar bloqueios de verbas dos cofres da Fazenda para a satisfação imediata do requerente da medida. Isso nem mesmo sob o invocação de que o crédito seria de natureza alimentícia (vencimentos, soldos, etc.), pois, segundo a interpretação vigente no STJ e no STF, a exceção trazida no artigo 100 CF não gera a dispensa do precatório⁷³.

Também para Luciano Moisés Pacheco Chedid o precatório não representa óbice intransponível ao deferimento da antecipação, uma vez que a decisão poderia ser executada provisoriamente, mediante a expedição do precatório, cujo pagamento seria colocado à disposição do juiz que liberaria o montante após o trânsito em julgado⁷⁴.

Humberto Gomes de Barros adota semelhante posicionamento:

Mesmo em se tratando de causa contra o Estado, o limite é a inserção do precatório na linha de espera. Vale dizer: o juiz emite o precatório, que é inscrito. Se, antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória, chegar o momento de o precatório antecipado ser pago, o dinheiro respectivo ficará à disposição do juízo, até a solução final do processo. Essa solução, acredito, respeitando o sistema de precatórios, evita que o credor sofra os prejuízos decorrentes da demora⁷⁵.

Cássio Scarpinella Bueno, por sua vez, coaduna do entendimento que preconiza a admissão da antecipação da tutela contras as pessoas jurídicas de direito público inclusive nas obrigações de pagar quantia certa.

A antecipação neste caso poderia significar o início, desde logo, da 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, § 1º), mantendo aí depositado o valor até o 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 vemos, também, qualquer óbice à concretização, em definitivo, da antecipação da tutela naquelas ações contra o Poder Público⁷⁶.

Segundo Paulo Afonso Brum Vaz a tese que apregoa que o precatório pode ser expedido tão logo seja deferida a antecipação perdeu o objeto com o advento da Emenda Constitucional n. 30 de 13 de setembro de 2000, a qual deu nova redação ao artigo 100 da Constituição Federal de 1988, erigindo o trânsito em julgado como condição inarredável para a expedição do precatório⁷⁷.

O Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região defende que a exigência do precatório constitui-se em um meio de compatibilizar a indisponibilidade dos bens públicos com os interesses da justiça, devendo ceder diante do princípio da efetividade

⁷³ VIANA, op. cit. p. 147.

⁷⁴ CHEDID, Luciano Moisés Pacheco. Algumas considerações sobre o instituto da antecipação da tutela. **Revista da Ajuris**. n. 87, setembro de 2002, p. 210.

⁷⁵ BARROS, Humberto Gomes de. **Execução de antecipação de tutela contra o Estado**. Execução contra a Fazenda Pública: Série Cadernos do CEJ. n. 23, 2003, p. 194.

⁷⁶ BUENO, op. cit. p. 49-50.

⁷⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz. **Manual da Tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 261.

da prestação jurisdicional. Como medida prática para a efetivação da tutela deferida, sugere o sequestro de numerário público (procedimento previsto no artigo 17, § 2º, da Lei n. 10.259/2001) suficiente à satisfação da obrigação ⁷⁸.

Nesse diapasão, prossegue o doutrinador:

Com efeito, se a finalidade da tutela antecipada é a de afastar situações que, se tivessem que aguardar o julgamento definitivo, poderiam causar um dano irreparável a uma das partes, não seria lógico, nem teria sentido mesmo, submeter a parte beneficiada, que comprovou os requisitos legais à espera natural decorrente da satisfação do precatório e respectiva satisfação. Seria o mesmo que admitir que a urgência, nas lides contra o Poder Público não é tão urgente e pode esperar pelo menos um ano. Em outras palavras, admitir-se que o dano irreparável ou de difícil reparação que consubstancia a situação de perigo, nunca ocorre antes de um ano. Exigir-se a expedição do precatório para a efetivação da tutela antecipada, quando a constituição o exige apenas para a execução de sentença transitada em julgado, corresponde à verdadeira aniquilação do instituto quando concedido em desfavor do Poder Público. É olvidar que a tutela antecipada, enquanto tutela de urgência, foi concebida para casos excepcionais (que às vezes não podem aguardar por um dia), não para mera atenuação dos efeitos o tempo no processo ⁷⁹.

Conforme Renato Luís Benucci, afigura-se perfeitamente razoável a dispensa do precatório em situações peculiares analisadas parcimoniosamente pelo juiz:

Se a ordem judicial deve ser cumprida para se evitar um dano, e sendo uma manifestação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, é perfeitamente razoável e jurídico que o pagamento pela Fazenda Pública seja feito independentemente da ordem dos precatórios, em casos especiais, quando o magistrado, sopesando os valores dos bens jurídicos em conflito, assim entender ⁸⁰.

Continua o autor asseverando que o artigo 100 da Constituição Federal de 1988 não prevalece em qualquer situação, impondo-se no mundo dos fatos a interpretação mais favorável aos direitos fundamentais do indivíduo.

Se até os princípios jurídicos fundamentais apresentam determinadas situações de colidência, que implica relativizar um dos princípios colidentes, não há motivo razoável em não relativizar um dispositivo constitucional – como o art. 100 – em face da colidência inerente aos vários princípios constitucionais. [...] Portanto, condicionar a possibilidade de atuação da antecipação de tutela frente à Fazenda Pública ao regime dos precatórios em qualquer hipótese, é admitir a possibilidade de perecimento dos direitos fundamentais do jurisdicionado ⁸¹.

Consigna-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a possibilidade do arresto de valores em contas públicas como medida de caráter excepcional, a fim de assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

Cumprir trazer a lume as considerações de Humberto Ávila acerca do procedimento para a aplicação dos princípios (postulados, segundo o ilustre professor) da razoabilidade e da proporcionalidade:

⁷⁸ VAZ, op. cit., p. 259-260.

⁷⁹ VAZ, op. cit., p. 261.

⁸⁰ BENUCCI, op. cit., p. 84

⁸¹ BENUCCI, op. cit., p. 85-87

[...] a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).

[...] O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais, E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim ⁸².

Com efeito, a atuação do princípio da proporcionalidade para solucionar a colisão entre direitos fundamentais dá-se para que a relação entre o meio utilizado e o fim perseguido seja proporcional, necessária e adequada, fazendo com que a restrição a um dos interesses postos em causa justifique-se apenas se for compensada pelo elevado grau de satisfação do outro ⁸³.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, guarda semelhanças com a proporcionalidade uma vez que também exige que os atos sejam adequados e necessários ao alcance da finalidade ao qual se propõem. Distingue-se desse, contudo, por exigir que o ato, além de ser adequado e necessário, traduza uma idéia de consenso, aceitação, de legitimidade e compatibilidade com os valores da comunidade onde será realizado ⁸⁴.

Assim, observa-se que anotaram com acerto Paulo Afonso Brum Vaz e Renato Luís Benucci ao concluírem favoravelmente pela possibilidade do deferimento da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, partindo de uma análise pormenorizada do caso concreto, pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, acarretando a dispensa do precatório em situações especialíssimas.

⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 98-102.

⁸³ MATTOS, Sayonara Gonçalves da Silva. A importância da proporcionalidade e da ponderação de interesses na solução do conflito entre os princípios jurídicos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrinatr4.gov.br/edição016/SayonaraMattos.htm>>. Acesso em: 25.05.2009.

⁸⁴ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; MACHADO, Hugo de Brito Segundo. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade: algumas notas sobre sua aplicação no âmbito tributário. **Revista de Direito Tributário da APET**. v. 3. n. 9, março de 2006, 61-62.

3. A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO

3.1. Normas Infraconstitucionais que Limitam a Possibilidade de Concessão do Provisório Antecipado em Face das Pessoas Jurídicas de Direito Público

A antecipação da tutela diante da Fazenda Pública também encontra restrições previstas em dispositivos infraconstitucionais, como o artigo 1º da Lei n. 9.494/97 (oriunda da Medida Provisória n. 1.570/97).

Tal diploma legal foi motivado pelo temor da Fazenda Pública Federal de que surgissem vários pedidos de antecipação da tutela deferidos em relação ao adicional de 28,86% pago aos servidores militares em 1993 e estendido aos servidores públicos civis pelo Supremo Tribunal Federal ⁸⁵.

A publicação da Lei n. 9.494/97, ocorrida em 11 de setembro de 1997, tornou patente a existência de divergências de cunho doutrinário e jurisprudencial acerca da constitucionalidade da edição de normas que limitem o deferimento da antecipação da tutela, culminando no ajuizamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade de seu artigo 1º perante o Supremo Tribunal Federal.

3.2. Constitucionalidade das Leis que Vedam a Tutela Antecipatória contra o Direito Público

A questão da constitucionalidade das normas que restringem o âmbito da tutela antecipatória é bastante controversa, eis que, em um primeiro exame, afrontam a garantia plena de acesso à Justiça explicitada na Carta Magna de 1988.

Em relação ao assunto, bem esclarece João Carlos Souto:

⁸⁵ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 1998, p. 149.

A constitucionalidade desse artigo 1º da Lei n.º 9.494/97 foi colocada em xeque por inúmeras decisões judiciais – especialmente por parte da magistratura federal – que o entendiam contrário ao texto do Estatuto Político, por suposta violação do seu art. 5º, XXXV. Por outro lado, havia juízes federais e membros do Superior Tribunal de Justiça que se filiavam a outra corrente doutrinária, liderada, entre outros, pelo Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia J.J Calmon de Passos. Para o citado processualista o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) não impede que o Estado exija limitações à tutela provisória. O que não se pode admitir são óbices ao direito à ação principal⁸⁶.

Relevante examinar, mesmo que perfunctoriamente, as razões elencadas pelas teses que defendem que as restrições legais impostas à concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública vão de encontro ao texto da Lei Fundamental.

Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o direito à tutela antecipada é constitucionalmente garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna:

De qualquer forma é oportuno ressaltar que o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso à justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, não que dizer apenas que todos têm direito ao recorrer ao Poder Judiciário, mas também, que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Ora, se o legislador infraconstitucional está obrigado a, em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular⁸⁷.

Cássio Scarpinella Bueno ensina que o dispositivo legal em comento padece tanto de vícios formais, por ser oriunda de Medida Provisória (MP 1.570/97) editada sem os requisitos da urgência e da relevância, como materiais, por versar sobre o direito fundamental do acesso à justiça. Apesar de tais circunstâncias, vislumbra o professor paulista aspectos positivos na Lei n.º 9.494/97:

Há de qualquer sorte, a nosso ver, um lado positivo na edição da medida provisória e da lei em que se converteu. Ao estender ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu o ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices referidos na doutrina e na jurisprudência quando da Lei 8.952/94 e que procuramos colocar em destaque nos itens anteriores. Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual e, certamente, não haveria preocupação em disciplinar, regular ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público⁸⁸.

Defendendo a constitucionalidade de tais leis, destacam-se as idéias de Teori Albino Zavascki, segundo o qual as limitações são legítimas à medida que respeitem os princípios da

⁸⁶ SOUTO, João Carlos. A União Federal em juízo. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 301-302.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 316.

⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança: um tema com variações, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.88.

necessidade, da maior restrição possível e da salvaguarda do núcleo essencial, explicados anteriormente.

Ressalva que juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão ou restrição à concessão de medidas liminares antecipatórias não dispensam o exame particular da colisão de direitos fundamentais no caso concreto ⁸⁹.

Adotando um posicionamento intermediário Paulo Afonso Brum Vaz leciona, com acerto, que são constitucionais as restrições impostas pelo artigo 1º da Lei n. 9.494/97, considerando-se que, ao mesmo tempo em que não pode haver direito incondicionado do particular ao deferimento da antecipação, também não pode haver direito absoluto da Fazenda Pública a se tornar imune a seus efeitos:

Penso que é legítima a disciplina legal da tutela de urgência em face da Fazenda Pública. As peculiaridades que permeiam a atuação do Poder Público em juízo, já se disse, permitem ingerências legislativas para que se defina com precisão seus contornos, evitando os abusos de direito, seja no âmbito interno, seja no que diz respeito à conduta de quem contra ele litiga, mesmo que tenha o legislador ordinário que operar com restrições. O aparato legislativo de proteção justificada ao Estado, entretanto, não pode se revelar intimidativo de um direito fundamental, no caso, o de acesso à justiça, a ponto de afastar a perspectiva de utilização de uma espécie de tutela jurisdicional, à vista de determinadas situações concretas ⁹⁰.

3.3. O pedido de suspensão das decisões antecipatórias prolatadas contra o Poder Público

O instituto da suspensão da efetivação das decisões que deferem a antecipação dos efeitos da tutela pretendida em face das pessoas jurídicas de direito público, outrora previsto no ordenamento jurídico pátrio apenas para a ação de mandado de segurança⁹¹ (Lei n. 191/36), encontra-se regulamentado pela Lei n. 9.494/97, a qual determina a aplicabilidade do disposto no artigo 4º da Lei n. 8.437/92 a tais situações.

Tal instituto traduz-se em mais um óbice para a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, haja vista que mesmo após preenchidos todos os pressupostos para a concessão e deferida a medida, sua efetivação pode ser suspensa pelo Presidente do órgão

⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança: um tema com variações, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.88.

⁹⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 264-265.

⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de Segurança. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 73-74.

hierarquicamente superior mediante requerimento do interessado, desde que presentes os requisitos do artigo 4º da Lei n. 8.437/92.

O dispositivo legal citado, alterado pela Medida Provisória 2.180-35 de 24 de agosto de 2001, erige como pressupostos para a suspensão que a antecipação deferida contrarie o interesse público, ou seja, flagrantemente ilegítima e, ainda tenha o condão de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Com efeito, o aludido instituto consubstancia-se em mais uma das prerrogativas processuais dos entes públicos, devendo ser interpretado restritivamente, sendo aplicável somente quando demonstrado cabalmente que a decisão que se almeja suspender subsuma-se aos exatos termos do caput do artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

Nesse sentido, leciona Paulo Afonso Brum Vaz:

Prerrogativa especial da Fazenda Pública, a suspensão em questão, como regra de exceção, somente se justifica quando inequivocadamente presentes os requisitos legais, vale dizer, quando se fizer necessária para a superposição do interesse público ao particular, pena de configurar privilégio antiisonômico. O exame da condição suspensiva deve ater-se a estrita exegese das hipóteses legais permissivas (manifesto interesse público, flagrante ilegitimidade, grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas)⁹².

A doutrina majoritária é contundente ao afirmar que o incidente em análise não tem natureza recursal, eis que não ser regido por nenhum dos princípios informadores dos recursos, sendo sim um incidente processual de contracautela⁹³.

Nesse diapasão, explica Marcelo Abelha Rodrigues:

Não o valer para o pedido de suspensão as palavras que já escrevemos sobre a natureza jurídica dos incidentes processuais, vale repisar que este incidente não tem cheiro nem cor de recurso, por lhe faltar inúmeros aspectos atinentes a este instituto. Assim, estão ausentes a tempestividade, o preparo, a tipicidade, a devolutividade, a legitimidade, a competência, etc. Nunca é demais repetir que o pedido de suspensão requerido ao Presidente do Tribunal não pretende a reforma ou anulação da decisão, o que significa dizer que, mesmo depois de concedida, o conteúdo da decisão permanecerá incólume⁹⁴.

Em sentido contrário, anota Renato Luís Benucci:

Não resta qualquer dúvida que estes novos dispositivos prevendo a suspensão da execução de liminares, tutelas antecipadas, e também sentenças, conferem aos legitimados (em especial a Fazenda Pública)⁹⁵ a possibilidade de socorrer-se dos tribunais superiores sem as dificuldades decorrentes da interposição de um recurso

⁹² VAZ, Paulo Afonso Brum. Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 271.

⁹³ TESSLER, Marga Inge Barth. Suspensão de Segurança. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre, 2004, p. 18

⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de Segurança. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 95-96.

⁹⁵ Cumpre referir que a Fazenda Pública não é a única legitimada a pleitear a suspensão, também ao Ministério Público pode fazê-lo, a teor do disposto no caput do artigo 4º da Lei nº. 8.437/92. Ellen Gracie Northfleet defende que, em casos excepcionais, as pessoas jurídicas de direito privado exercendo atividade delegada pelo Poder Público possuem legitimidade ativa para propor a suspensão (Suspensão de sentença e de liminar. Revista de Processo, n. 97, ano 25, 2000, p. 186).

especial ou extraordinário, significando a criação, por vias transversas, de verdadeiros recursos a estes tribunais sem qualquer previsão constitucional, uma vez que os arts. 102 e 105 da Constituição Federal de 1988, que regularam exaustivamente a matéria, na previram qualquer recurso ou revisão de atos monocráticos de membros de tribunais de segundo grau de jurisdição⁹⁶.

Adotando a posição predominante, mostra-se plenamente viável reconhecer a possibilidade da interposição simultânea do pedido de suspensão e do agravo de instrumento – ou outro recurso cabível no caso concreto – pelo representante do ente público em juízo.

Cabe ao Presidente do Tribunal ao qual compete o julgamento do recurso, apreciar o pedido de suspensão de suspensão formulado pela Fazenda Pública. Anota-se, à guisa de exemplo, que incumbe ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região examinar o pedido de suspensão de decisão deferitória de antecipação da tutela proferida por um dos Juízes Federais da subseção judiciária de Florianópolis/SC.

Em relação ao caráter discricionário ou não da decisão monocrática do Presidente da Corte ao julgar o pedido de suspensão, a doutrina diverge, sendo predominante a conclusão de que se trata de uma análise perfunctória, motivada, à luz do artigo 93, inciso IX da Carta Magna de 1988, , cingida aos pressupostos erigidos pela Lei n. 8.437/92.

Expõe Teori Albino Zavascki:

Manifesto “interesse público”, “flagrante ilegitimidade” e “grave lesão”, são conceitos extremamente indeterminados. Isso não significa, contudo, que a decisão do presidente possa ser considerada discricionária. Não há, a rigor, decisão judicial alguma que possa ser tida por discricionária, no sentido de que esteja vinculada apenas à vontade pessoal do juiz, ou a razões de mera conveniência ou oportunidade. Os conceitos vagos lançados pelo legislador nem por isso deixam de ter conteúdo jurídico, razão pela qual devem ser preenchidos com valores buscados na própria ordem jurídica⁹⁷.

Posicionamento relativamente diverso adota Ellen Gracie Northfleet:

O requerimento de suspensão não constitui, portanto, recurso e, menos ainda, ação. Nele não há espaço para contraditório, ainda que o Presidente possa, a seu exclusivo critério, ouvir a parte requerida e o Ministério Público (§ 2º do artigo 4º, da Lei nº 8.437/92). De tudo isso, se conclui que nessa excepcional autorização, a Presidência exerce atividade eminentemente política, avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extrajurídicas. Porque não examina o mérito da ação, nem questiona a juridicidade da medida atacada, é com discricionarieidade própria de juízo de conveniência e oportunidade que a Presidência examina o pedido de suspensão⁹⁸.

Importante ressaltar que a Lei em comento não estabeleceu expressamente prazo mínimo e máximo para a formulação dos pedidos de suspensão, todavia, entende-se conveniente que a Fazenda Pública faça uso da prerrogativa no menor tempo possível, com o

⁹⁶ BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001, p.57.

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 193/194.

⁹⁸ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. Revista de Processo, n. 97, ano 25, 2000, p. 184.

intuito de comprovar a necessidade imperiosa da sustação da execução da decisão favorável ao particular⁹⁹.

O § 4º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 prevê a possibilidade de novo pedido de suspensão da medida antecipatória, em petição autônoma e devidamente fundamentada a fim de demonstrar a subsunção do da situação concreta às circunstâncias expressas no caput do artigo 4º, na hipótese de o Presidente do Tribunal Estadual ou Regional decidir pela manutenção da antecipação deferida.

Assim, a teor do disposto no artigo 25 da Lei n. 8.038/90, se o pleito estiver embasado em questões de jaez constitucional a o julgamento competirá ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao passo que se encontrar supedâneo em matéria infraconstitucional incumbirá ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça suspender ou não a decisão.

O aludido dispositivo é extremamente criticado por grande parte dos doutrinadores brasileiros, porquanto proporciona à Fazenda Pública um acesso rápido e garantido aos Tribunais Superiores, causando sério abalo no Princípio da Igualdade das Partes, especialmente em uma época em que são criados mecanismos processuais que dificultam cada vez mais o acesso dos particulares aos Recursos Especial e Extraordinário¹⁰⁰.

Desse modo, leciona Cássio Scarpinella Bueno:

Ademais, a inconstitucionalidade desse novo pedido de suspensão é patente pela ausência de competência dos Tribunais Superiores para julga-lo. Não há, com efeito, previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça analisem tais pedidos. É cediço que a competência daqueles Tribunais é somente e exaustivamente definida na Constituição Federal. Em nenhum dispositivo daquela Carta vê-se que um daqueles Tribunais conhecerá desses esdrúxulos pedidos de suspensão da não-suspensão¹⁰¹.

Como último tópico de um perfunctório exame das considerações doutrinárias acerca do pedido de suspensão de decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela postulada diante de pessoa jurídica de direito público, tem-se por importante a análise do § 9º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, o qual dispõe sobre a vigência da decisão que concede a suspensão até o trânsito em julgado da ação.

⁹⁹ TESSLER, Marga Inge Barth. Suspensão de Segurança. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre, 2004, p. 22-23.

¹⁰⁰ Como exemplo desses mecanismos processuais pode ser citada a necessidade de demonstrar, em preliminar de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal a “repercussão geral” das questões constitucionais versadas na demanda (§ 3º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, regulamentado pela Lei nº 11.419/06, em vigor a partir de 20 de fevereiro de 2007.).

¹⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. O Poder Público em juízo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 75.

Com efeito, suspender a execução nada mais é do que sustar os efeitos concretos advindos da sentença ou liminar ¹⁰². Destarte, mostra-se ilógico que a decisão do Presidente, a qual não houve por analisar ao cerne da demanda, continue a produzir efeitos após a prolação da sentença de mérito, subsistindo até o trânsito em julgado da ação.

Nesse ponto, utilizam-se novamente as lições de Cássio Scarpinella Bueno:

Imediata a percepção de qual alcance se pretendeu dar à nova norma: uma vez suspensa, pelo Presidente do Tribunal, a eficácia de decisão liminar concedida em ação cautelar contra o Poder Público ou em sede de antecipação de tutela, esse estado de ineficácia perdura até o trânsito em julgado da sentença que julgar a ação. É dizer por outras palavras, trata-se de aniquilar, uma vez por todas, o que a tutela de urgência tem de mais importante: produzir efeitos úteis, necessários e imediatos àquele que se apresenta munido de maior probabilidade de êxito no desfecho da ação ¹⁰³.

Zavascki procede a uma interpretação mais restritiva do dispositivo:

Portanto, quando a lei estabelece que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (§ 9º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992) ela está supondo situação em que a decisão suspensa não tenha sido referendada pelo próprio Tribunal no julgamento do agravo contra ela interposto. Se o Tribunal a referendou, cessa a eficácia da decisão do presidente, hipótese em que, segundo prevê o § 4º, caberá novo pedido de suspensão, agora dirigido ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça” ¹⁰⁴.

Portanto, impõe-se que o incidente processual em apreço seja utilizado com absoluta parcimônia, sendo resguardado para as situações em que a manutenção da decisão antecipatória possa causar prejuízos irreparáveis para a coletividade, sob pena de tornar completamente inócua a antecipação dos efeitos da tutela diante das pessoas jurídicas de direito público, implicando o comprometimento total da prestação jurisdicional almejada.

¹⁰² TESSLER, Marga Inge Barth. Suspensão de Segurança. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre, 2004, p. 22.

¹⁰³ BUENO, Cássio Scarpinella. O Poder Público em juízo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 76.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 196.

CONCLUSÕES

A antecipação dos efeitos da tutela vem mostrando-se como um mecanismo hábil a compatibilizar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade do processo, implicando uma distribuição mais proporcional dos malefícios advindos do decurso do tempo, imanente à atividade processual, entre o autor e o réu.

A tutela jurisdicional consiste na apreciação de demandas relacionadas a lesões ou ameaças a direitos, cuja referência consta no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entretanto, existe o posicionamento doutrinário, afirma que trata-se poder jurisdicional de decretar medidas provisórias que nasce não necessariamente do art. 5º, XXXV da CRFB/88, mas do próprio sistema constitucional.

A tutela jurisdicional pode ser classificada, de acordo com a sua natureza e conteúdo, em tutela definitiva e tutela provisória.

A tutela definitiva privilegia a segurança, formada pela cognição exauriente da lide, marcada pela imutabilidade. Já a tutela provisória privilegia a efetividade jurídica, tendo como pressuposta uma situação de urgência, que é formada à base de cognição sumária e possui eficácia limitada no tempo, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo.

O poder jurisdicional de decretar medidas provisórias nasce do sistema constitucional e apresenta instrumentos cujo objetivo é o da harmonização, para que se tenha uma condição de sobrevivência aos direitos fundamentais da segurança e da efetividade da jurisdição.

Dentro do princípio da efetividade está o acesso à Justiça, que deve ter como finalidade o acesso a uma justiça organizada que seja também assegurada por instrumentos processuais para a realização do direito. Exemplos típicos destes instrumentos são a tutela antecipada e a medida cautelar.

Quando postulada em face das pessoas jurídicas de direito público encontra, afora os requisitos genéricos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, uma série de obstáculos, consubstanciados nas chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública e nas normas infraconstitucionais que limitam o deferimento da tutela antecipada contra os entes públicos em situações específicas.

Dentre as prerrogativas processuais do Poder Público que constituem óbices ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela destacam-se o reexame necessário disposto no artigo 475 da Lei Adjetiva civil, a execução das obrigações de pagar quantia certa pelo regime dos precatórios, de acordo com os ditames do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de suspensão das decisões antecipatórias, nos termos das Leis n. 8.437/92 e 9.494/97.

Verificou-se, a partir da doutrina pesquisada para a realização deste trabalho, que nenhuma das prerrogativas processuais citadas configuram óbices intransponíveis à concessão da tutela antecipada em lides contra os entes públicos, sendo imprescindível uma análise criteriosa do caso concreto, pautada sempre pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Todavia, nas hipóteses em que o artigo 1º da Lei n. 9.494/97, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, expressamente veda a outorga da antecipação, a medida não pode ser deferida sob pena de desrespeito a decisão do Pretório Excelso, a ser combatido pela via da Reclamação Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 937.

Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 98-102.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3, p. 39-42.

BARROS, Humberto Gomes de. **Execução de antecipação de tutela contra o Estado**. Execução contra a Fazenda Pública: Série Cadernos do CEJ. n. 23, 2003, p. 194.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**, 2001, p. 47.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ConstituicaoConstitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20. mai. 2009.

_____. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jan. 1916.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança: um tema com variações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.26-88.

_____. **O Poder Público em juízo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: **A Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982, p. 33.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9.

_____. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves; Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 89-90.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 90.

CARREIRA, Alvim J. E. **A ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 185.

CHEIDID, Luciano Moysés Pacheco. Algumas considerações sobre o instituto da antecipação da tutela. **Revista da Ajuris**. n. 87, setembro de 2002, p. 210.

CLÈVE, Clemerson Merlin: **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 212.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 65.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Realização das liminares e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Execução contra a Fazenda Pública. **Série Cadernos do CEJ** n. 23, p. 337.

FREIDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a MP n.1906/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 48.

_____. **Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e em tutela antecipatória**. São Paulo: LTR, 2000. p. 122.

FRIAS, J. E. S. **Tutela antecipada em face da Fazenda Pública**. Revista dos Tribunais, nº 728.

LEITÃO, Helder Martins, NETO, Manuela: **Dos Princípios Básicos em Processo Civil**. Coleção Vademecum. Porto: Elcla Editora, 1994, p. 103.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.84.

MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário nº 5**. São Paulo: Dialética, 1996.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; MACHADO, Hugo de Brito Segundo. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade: algumas notas sobre sua aplicação no âmbito tributário. **Revista de Direito Tributário da APET**. v. 3. n. 9, março de 2006, 61-62.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**, 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 320.

_____. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. p. 36.

MATTOS, Sayonara Gonçalves da Silva. A importância da proporcionalidade e da ponderação de interesses na solução do conflito entre os princípios jurídicos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Disponível em: < <http://www.revistadoutrinatr4.gov.br/edição016/SayonaraMattos.htm> >. Acesso em: 25.05.2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 470.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 696.

MOURA ROCHA, José: **Atualização do Código de Processo Civil**. Curitiba: JM Editora, 1995. PELAYO, Garcia: **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Revista de Occidente, S.A., 1961.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Suspensão de sentença e de Liminar**. Revista de Processo, ano 25, n. 97, p. 183-194, janeiro-março de 2000.

PELAYO, Garcia: **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Revista de Occidente, S.A., 1961, p. 143.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança**: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 252.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Antecipação da tutela & liminares**. São Paulo: LTr, 1996. p. 117.

TESSLER, Marga Inge Barth. **Suspensão de Segurança**. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre, 2004, p. 18

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II, p. 349.

_____. **Processo Cautelar**. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, p. 436.

_____. **Tutela antecipada e Tutela Cautelar**. In RT-742 - Agosto de 1997 - 86º Ano, p. 52.

VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz. **Manual da Tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 261.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 147.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. Revista de Processo, n. 87, julho-setembro de 1997, p. 33.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 136 p.

ZAMUDIO, Héctor Fix: González Péres, Jesús, **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, 160 pp. In Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XIX, Número 57, Septiembre-Diciembre de 1986.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, p. 49-58. Maio. 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.