



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÍLVIO JOSÉ MACIEL MACÊDO

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

SOUSA - PB
2006

SÍLVIO JOSÉ MACIEL MACÊDO

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

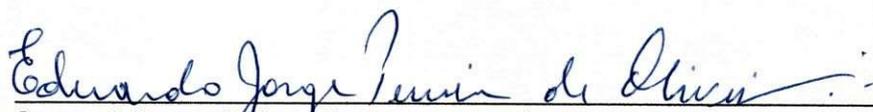
Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2006

SÍLVIO JOSÉ MACIEL MACÊDO

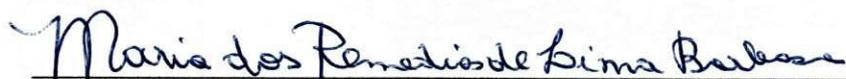
TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

BANCA EXAMINADORA



Professor Mestre Eduardo Jorge Pereira de Oliveira (Orientador)

Professora Mestre Maria da Luz Olegário



Professora Especialista Maria dos Remédios de Lima Barbosa

22 DE MARÇO DE 2006
SOUSA - PB

Dedico

A minha mãe, exemplo de vida em todos os momentos.

A minha esposa, pelo incentivo, compreensão e apoio, sabendo me encorajar e entender nos momentos mais difíceis.

Agradecimentos

A Deus, fonte onipotente de sabedoria e amparo, luz divina de proteção.

Às minhas tias, que sempre estiveram ao meu lado, não importando o momento, nem a ocasião.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 HISTÓRICO	10
CAPÍTULO 2 PROCEDIMENTOS	15
2.1 PRAZO	15
2.2 FORMAS	17
2.3 MOMENTO DA CONCESSÃO E DO CONTRADITÓRIO	20
2.4 NATUREZA DO ATO E SUA MOTIVAÇÃO	22
2.5 EFEITOS	24
CAPÍTULO 3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
BIBLIOGRAFIA	42

INTRODUÇÃO

O homem sempre viveu em grupo, mesmo nos tempos remotos havia a preocupação de cuidar-se daquilo que era seu, portanto, de seus bens. Essa condição levou ao desenvolvimento da jurisdição privada à jurisdição pública. Segundo o eminente professor baiano J. J. Calmon de Passos: “se a liberdade é a marca eminente da condição individual do homem a sociedade a sociabilidade é a marca de sua humanidade” (in comentários do código de processo civil, p. 7, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984).

Entendemos aqui, que o conceito de justiça se transferiu do homem que impunha sua força bruta, para o ente público, de forma que a aplicabilidade da norma deu-se de forma concreta ao caso. Surgindo o direito como ordenamento jurídico baseado nas relações entre Indivíduo e Estado, um com o direito de exigir (*jus puniendi*) e o outro na obrigação de cumprir, obedecendo às limitações impostas entre os interesses, vontades e ações do homem.

Foi enfrentando esse impasse que, a teoria processual procurou se amoldar nas formas de prestação da tutela jurisdicional às variadas situações de direito material criou através dos processos de conhecimento e de execução, o processo cautelar, como um *tertium genus* capaz de assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional mediante medidas adotadas provisoriamente por meio de uma cognição sumária. Mesmo assim, a necessária demora do processo, a lide poderia ser composta no estado em que se encontrava quando da sua propositura, os danos da demora eram evitados pelas medidas cautelares.

Com efeito, a índole própria do processo é essencialmente conservadora. Ele se destina à reprodução, e subsequente solução, da lide já ocorrida. O artigo 469, I modestamente,

admite que a verdade dos fatos não se mostrará indiscutível, em virtude das eventuais e prováveis deficiências do mecanismo, e o órgão judiciário formule a regra concreta aplicável à causa, se preservará o status quo.

É relevante destacar o caráter progressista do instituto sob o prisma: o provimento antecipatório permitirá uma inovação imediata, redistribuindo entre as partes o ônus temporal do processo, no regime anterior suportado, exclusivamente, pelo autor, de uma e de outra, bem como da verificação de sua natureza jurídica.

A tutela antecipatória constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a justiça civil. Trata-se de instrumento que se for usado corretamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.

A técnica antecipatória, melhor explicando é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação claramente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, seu grave prejuízo, a lentidão da justiça. Assim, Marinone (1974, p. 17) apud Trocker:

A justiça realizada morosamente é, sobretudo uma grande mal social; provoca danos econômicos, favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Entendemos que um processo que demora por longo tempo transforma-se em instrumento de ameaça e pressão, é uma forte arma nas mãos dos poderosos para ditar ao adversário as condições da rendição.

A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação que pode causar prejuízo, como também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal.

A tutela antecipada não é uma ação, mas a lei não especifica o modo de sua concessão, que poderá se dar sob a forma de liminar ou de acordo com o caso, realizar através de provimentos executivos, inclusive o § 3º do art. 273 permite aplicação dos procedimentos da

execução provisória no que couber. Entretanto, nota-se que tal não significa que a antecipação da tutela seja uma forma de execução, pois esta pressupõe o título executivo. Ou se necessária, a prévia liquidação, dependendo da natureza da obrigação de direito material. Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 139) ensina que, pelo princípio da adaptabilidade da tutela jurisdicional, dependendo da finalidade, a antecipação da tutela pode se dar por “declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de assecuramento”.

Nossa preocupação está dirigida para o propósito de buscar meios mais céleres de prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 1 HISTÓRICO

Podemos observar que todas as alterações ou inovações objeto da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, é possível afirmar que talvez nenhuma tenha sido tão relevante e avançada quanto a que propugnou a sistematização do instituto da Tutela Antecipada, via da nova redação conferida ao art. 273, do CPC pela Lei nº 8952, de 13 de dezembro de 1994.

A questão da tutela antecipatória em face das ações declaratórias e constitutivas, talvez a mais difícil reforma do Código de Processo Civil, obriga-nos a uma análise do Direito Italiano, onde também se discute a tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas, conforme a nova redação do art. 282 do CPC – a problemática “execução imediata” das sentenças constitutivas e declaratórias. O novo art. 282 afirma, que a sentença de primeiro grau é provisoriamente executiva entre as partes. O fato de o art. 282 admitir em princípio, a produção imediata dos efeitos das sentenças constitutivas e declaratórias torna o direito italiano uma fonte muito rica em termos de Direito Comparado, para a solução do problema da Tutela Antecipatória nas ações declaratória e constitutiva.

A recente doutrina italiana, ao comentar o novo art. 282, mostra-se dividida. Segundo Marinoni apud Proto Pisani (1978, p. 195), propõe que seja repensada, a partir de pressupostos na problemática da eficácia da sentença.

Como se vê, a doutrina italiana parece admitir a possibilidade de a sentença constitutiva ainda não transitada em julgado produzir efeitos imediatamente em alguns casos,

bem como, e aí de forma praticamente pacífica, a execução imediata da sentença condenatória derivada de pedido condenatório cumulado com pedido constitutivo.

O estudo do instituto da tutela antecipada no nosso direito, não traz nenhuma novidade introduzida no ordenamento processual civil, de acordo com a Lei 8.952/94, modificando a redação do art. 273, do Código de Processo Civil.

Antes mesmo da vigência dessa lei, já era possível em alguns casos específicos, a antecipação da providência que se procurava, como nos casos de pedido de liminar de reintegração de posse (artigo 928 do C.P.C.) ou ainda no caso de venda antecipada de bens penhorados, se sujeitos a deterioração ou se a mesma venda representasse manifesta vantagem (artigo 670 do C.P.C.).

O que se pode observar é que o artigo 273 do C.P.C. representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio de princípio da efetividade da função jurisdicional.

Aqui, os operadores do direito passam a vislumbrar todo o sistema que deve ser “reinterpretado” a luz dos valores jurídicos agora privilegiados.

Como o direito busca se aperfeiçoar e adequar-se às necessidades do indivíduo na sociedade a efetividade há de ser buscada para ser adequada a exploração técnica dos mecanismos processuais ordinários. Teori Albino Zavascki (1997, p. 103) apud Barbosa Moreira:

A técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade; quando nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, devemos desconfiar de nós mesmos. Talvez estejamos confundindo com os limites da técnica ou da própria capacidade de domina-la e de explorar-lhe as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição.

Não se pode negar, que a tutela antecipada trouxe uma grande revolução processual, rompendo a barreira do passado, caracterizada pelo existente preconceito de que a antecipação dos efeitos não se coadunava com o acautelamento.

Talvez a importância maior que o instituto tenha trazido é o fato de que o inciso I do artigo 273 do CPC, não exigir a presença do *periculum in mora*, ou seja, ao perigo de que, não sendo concedida a medida, venha a decisão final a ser ineficaz, ou haja grande risco de isto ocorrer. No caso do artigo 273, inciso II, exige-se, ao lado do *fumus boni iuris*, que haja defesa protelatória ou abuso do direito de defesa. Trata-se de uma quase inexorabilidade diante da situação de uma real prova inequívoca da verossimilhança do direito.

O artigo 273 contém duas expressões quase inconciliáveis, mas que não querem dizer senão que o *fumus*, para que possam ser adiantados os efeitos da sentença final, há de ser mais veemente, mas expressivo do que aquele exigido para a concessão de liminar em ação cautelar.

Portanto, tanto o inciso I com o II, pode a tutela antecipada ser concedida in alita altera parte. Pode, a fortiori ser concedida depois da contestação e, na verdade a qualquer tempo, até na própria sentença o que deve equivaler, no plano prático, a uma decisão judicial no sentido de que a apelação não seja recebida no efeito suspensivo, passando a sentença a produzir, desde logo, efeitos.

A tutela antecipada, embora o instituto seja predominantemente usado no 1º grau de jurisdição, pode ser concedida no tribunal, se já tiver sido proferida a sentença de 1º grau de jurisdição.

Segundo Humberto Teodoro Júnior (1997, p. 369), a antecipação de tutela aplica-se, em tese:

A qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares. O dispositivo legal do art. 273 do CPC prevê que a tutela antecipada que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) Requerimento da parte;
- b) Produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) Convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d) Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
- e) Caracterização de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu;
- f) Possibilidade de reverter à medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu antecipação satisfativa. A antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal.

Diz o art. 273, do Estatuto de Ritos:

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 art. 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 julgamento.

Segundo Marinoni (2000, p. 125):

A requerimento da parte interessada, poderá ser concedido pelo juiz, de maneira a antecipar, ou a produzir total ou parcialmente os efeitos da tutela definitiva pretendida na inicial, desde que, em cognição sumária, se conclua pela presença dos requisitos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação, bem como dos pressupostos: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito do proleatório do réu.

Provavelmente não faltariam questões a ser deslindadas caso fosse esse o propósito de estudo a que se quer alcançar (se apenas autor, se o autor e o réu, este nas ações dúplices; se o autor e o réu este nas ações dúplices e em reconvenção; se o autor e o réu indistintamente, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia entre as parte litigantes); em que ações, consideradas a sua natureza e a de seus efeitos, seria cabível a antecipação de tutela (se nas ações condenatórias, declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais; se apenas alguma ou algumas dessas).

O que realmente interessa são os passos que se possa visualizar, a importância prática da sistematização da antecipação de tutela no direito processual civil brasileiro.

É de fato, interessante observar que a idéia de celebridade da prestação jurisdicional aos jurisdicionados, via reflexa ao Poder Judiciário, o devido respeito, enquanto sustentáculo imprescindível do Estado de Direito.

É por essa visão sistêmica e sob o enfoque desse instituto que devem ser interpretados os dispositivos processuais relacionados com a antecipação da tutela.

CAPÍTULO 2 PROCEDIMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA

Verificação nesse estudo da tutela antecipada o que se pretende fazer sem tomarmos medidas isoladas ou generalizadas dos atos humanos dentro de um contexto jurisdicional. Justifica-se a análise do procedimento desse instituto que permeia a sociedade em atendimento aos princípios normativos:

2.1 Prazo

Não há prazo estipulado ou assinado à postulação, nem pode haver, considerando a heterogeneidade das situações. O autor postulará na inicial, mas não impede pedido posterior, só após a resposta do réu se conceberá abuso no direito de defesa.

Eis aqui a natureza jurídica processual, existe divergência da citação acima: ao juiz de 1º grau quando é colhido todo o material de provas, é vedado antecipar os efeitos da tutela mesmo que o receio de dano ou abuso do réu apareçam. Isso ocorre, porque a antecipação se limita a um juízo de verossimilhança. Segundo Novely Vila Nova da Silva Reis (1996, p. 213 - 214) cabe ao magistrado convencer-se, não da “verossimilhança da alegação, mas sim da probabilidade da procedência da causa. Convencido desse provável resultado, ele pode antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da tutela”.

Humberto Teodoro Júnior (1997, p. 30) complementa: “os fundamentos da pretensão a tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea”. Nesse caso ao juiz compete proferir sentença, e nada mais antecipa.

José Carlos Barbosa Moreira (1995, p. 104 - 117) questiona e assim se expressa:

Um pouco mais que verossimilhança deve ser exigido aqui. O juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista. Penso que a palavra ideal seria probabilidade e não verossimilhança. Não basta que a versão dos fatos oferecida pelo autor seja tal que, o espírito do juiz não a rejeite como evidentemente falsa. É preciso algo mais. É preciso que ela, corroborada pelos elementos de provas existentes nos autos, se lhe afigure, não digo necessariamente certa, mas pelo menos, altamente provável.

E resume:

Uma forte dose de probabilidade deve haver no sentido de persuadir o juiz de que, pelo que consta nos autos, é bem mais provável que ao final se tenha de dar ganho de causa ao autor do que a hipótese contrária.

Prova inequívoca: segundo Luiz Gonzaga dos Santos (1995, p. 104 - 117), assim

discorre:

O termo inequívoco é formado pela negação in+equívoca, para demonstração do que se diz ou se faz com clareza exatidão... A qualidade de inequívoco (inequivocabilidade) imprime aos atos jurídicos condição de irrefutáveis... não admitindo erro ou engano quanto a sua apreciação (vocabulário jurídico, De Plácido e Silva).

Exige-se que haja prova inequívoca para o fato. Já para a alegação, contestou-se o legislador com a verossimilhança. Assim, se o litígio decorre de uma relação contratual, a prova do negócio jurídico deve ser inequívoca. Mas o que se alega sobre a controvérsia, pode ser verossímil, tão só.

Assim também uma sentença não é prova inequívoca, pois se assim fosse, não caberiam recursos ou mesmo a propositura da ação rescisória fundada em prova falsa, artigo 485, inciso IV do Código de Processo Civil, retrata isso muito bem.

Para os legisladores Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 67 - 68) e Estevão Mallet (1998, p. 54):

Se a sentença pode fundar-se, até mesmo, em ausência completa de prova, decidindo o juiz apenas com apoio nas regras sobre ônus da prova, dizer que a prova inequívoca é a prova suficiente à prolação da sentença, equivale a incluir, no conceito de prova inequívoca, a hipótese de ausência de prova, o que soa exorbitante.

É claro que várias provas têm valores diversos. A prova pericial ou testemunhal realizada anteriormente, ainda que mediante a participação das partes em contraditório, constitui prova documental. A prova testemunhal antecipada permite a dedução da veracidade da afirmação do fato a partir da declaração testemunhal considerado fonte secundária da prova.

O testemunho como ato humano, não demonstra, por si só, o fato, enquanto o documento, que é uma coisa, é suficiente para representar um fato.

A nosso ver, é bem controvertida a opinião dos operadores da lei.

2.2 Formas

O incidente se processará nos próprios autos da demanda. O autor poderá requerê-la na própria inicial, quando formular seu pedido, ou através de petição avulsa. Nada impede no sumário o requerimento oral.

É sabido que mesmo cabível e adotado o rito sumário – invariavelmente com absoluta submissão em toda a sua extensão, à observância irrestrita aos princípios do contraditório e de ampla defesa, não parecia hábil a atender a determinadas situações em que a urgência na prestação da tutela jurisdicional se fazia condição à sua eficácia, entendida esta como

tradução do escopo maior visado pelo processo: o de promover justiça mediante decisão que tenha condições de efetivamente ser aplicada.

Somente o autor pode beneficiar-se da tutela antecipatória. É o autor quem deduz pretensão em juízo, de modo que só ele pode fazer pedido. Quando o artigo 273 do C.P.C. caput autoriza a antecipação dos efeitos contidos no pedido, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial.

Portanto, a antecipação da tutela só tem sentido prático nas hipóteses em que comportar antecipação de ato de execução. Em outros casos, será inócua e, por isso mesmo, desnecessária. E sendo desnecessária, é incabível (princípio da necessidade), ou seja, o princípio da necessidade implica se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, não impede, nem retarda, os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória. Isso nos leva a uma indagação: será legítima a antecipação (e, portanto, a execução antecipada) dos efeitos da futura sentença, nas hipóteses em que a própria sentença, porque sujeita a recurso, com efeito, suspensivo ou a reexame necessário, não tem executividade imediata?

É claro que sim e decorre do próprio sistema instalado no direito processual. Assim, o legislador ao construir a solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos de prevalência do primeiro. Significa dizer, que o legislador daqui por diante terá como princípio de interpretação das demais normas do sistema processual, ou seja, as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o referido princípio, de modo a que se obtenha, do ponto de vista sistemático, resultados convergentes e direcionados a alcançar o valor jurídico privilegiado.

Aqui resulta a legítima antecipação da tutela nos casos focados, e mais: confirmada pela sentença a procedência do pedido relativo a tutela já antecipada provisoriamente, o eventual recurso de apelação não poderá ter efeito suspensivo, porque é absolutamente incompatível com o sistema agora adotado.

Um dos princípios básicos do legislador é interpretar a norma jurídica e fazer tornar-se verdadeira o resultado decorrente de estudo e do reconhecimento da pretensão da ação.

Diante dessa constatação, observamos que os operadores do direito têm uma visão mais abrangente em se tratando de estudo minucioso sobre determinado caso, pela ótica do entendimento os estudiosos do direito conseguem distinguir uma norma jurídica e sua aplicação do caso concreto.

Portanto, os tribunais poderão ser chamados a se pronunciar sobre antecipação de tutela nas seguintes situações:

a) Originariamente;

a. 1) nos processos de sua competência inicial, notadamente em ações rescisórias e em mandados de segurança, sendo que nesses o procedimento especial já prevê a concessão de liminar, e

a. 2) nos processos em fase recursal;

b) Mediante recurso das decisões concessivas ou indeferitórias da medida pelos juízes de primeiro grau; e

c) Mediante ação direta em casos especiais.

Evidentemente, e ninguém nega que em tese a justiça estará sempre presente no processo naturalmente seja longo e demorado, haverá uma busca por mais celeridade a que a sentença ao ser conferida seja assegurada à ordem jurídica justa aos seus jurisdicionados, bem

assim aos demais operadores do direito, enfim que possamos vibrar com o resultado da ação judicial.

2.3 Momento da concessão e do contraditório

Logo seja requerida antecipação, o juiz apreciará, inaudita altera parte ou após audiência do réu. Não sendo obrigatória prévia audiência da parte contrária nem sua citação.

Sendo conferida razão, fosse o autor até então subjetivamente injustiçado, com a prestação da tutela jurisdicional nos limites requeridos de início, e esgotados todos os recursos que a lei processual faculta ao vencido, aquele, por conseguinte, na falta do cumprimento voluntário da decisão estatal por parte do litigante vencido, e mediante outro processo (de execução) onde ao vencido, estivesse garantido, da mesma forma, a observância aos princípios do contraditório e de ampla defesa com as peculiaridades do processo, requerer ao mesmo Estado a prevalência coativa de sua decisão.

Se a realidade da sociedade contemporânea muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao devido processo legal somente poderá se realizar através de uma tutela de cognição sumária. Quem tem direito à adequada tutela tem direito a tutela antecipatória, seja a tutela antecipatória fundada no art. 273, Inciso I, seja a tutela antecipatória fundada no Inciso II do mesmo artigo.

Não se pode negar que o princípio da segurança jurídica, ou o direito a ela, abrange a observância a dois princípios fundamentais inseridos na Constituição, que aparentemente se põem como obstáculos à constitucionalidade da tutela antecipatória.

São eles os princípios do contraditório e da ampla defesa. Segundo o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

processo legal”, este último não pode ser entendido senão como aquele que efetivamente assegura aos litigantes (portanto ao réu também), o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos inerentes em seu art. 5º, LV.

Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Podemos afirmar que o direito do réu à segurança jurídica, conforme garante à Constituição, ficou efetivamente respeitado, na proporção que sua liberdade e seus bens, não se lhe possam ser privados senão mediante o devido processo legal, ainda que privado o venha a ser, a final. Caso tal privação tenha ocorrido após o exercício do contraditório e de ampla defesa, ou mediante provimento jurisdicional concedido após cognição exauriente.

Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte requerida. É uma providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. Segundo Rui Portanova (1995, p. 160), “o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder”. Aí estar à razão de Cândido Dinamarco (1987, p. 184) afirmar: “se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se ia com a ordem Constitucional”. A antecipação da tutela não pode ser concedida *inaudita altera pars*. Nesse caso, a providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma

estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário.

Nesse sentido, é possível compreender o posicionamento de alguns autores: Calmar de Passos (1995, p. 26) defende seja concedido prazo idêntico ao da defesa na ação cautelar. Sérgio Bermudes (1996, p. 29) entende que o prazo é igual ao da contestação ou, se o pedido for em petição avulsa, o de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 185 do Código de Processo Civil. De acordo com a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, art. 2º fixa a adoção do prazo de 72 (setenta e duas) horas, para ouvida da pessoa jurídica de direito público, em relação a pedidos de liminar antecipatória em mandados de segurança coletivo e ações civis públicas. Considerando que o prazo deverá ser compatível com a situação do caso concreto, o mais recomendável é que o próprio juiz o fixe em consideração ao grau de complexidade da causa e à urgência em promover a medida antecipatória.

As razões e as justificativas do procedimento desses operadores do direito decorrem da necessidade constitucional e legitimação do direito junto à sociedade.

2.4 Natureza do ato e sua motivação

O ato do juiz, deferindo ou negando a antecipação, representa decisão interlocutória, consoante exata definição do art. 162, § 2º. Exige o art. 273, que o juiz indique as razões de seu convencimento, de modo claro e preciso, ao antecipar a tutela.

A antecipação da tutela não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o de agravo de instrumento. Nesse caso, admitir a antecipação na sentença seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais, e retirar do réu, em

caso de antecipação na sentença, o direito ao recurso adequado. A antecipação deve ser concedida, quando for o caso, através de decisão interlocutória, antes da sentença. No mesmo instrumento em que é proferida.

Traduz-se que na ação onde, por exemplo, se pretenda a condenação do réu ao ressarcimento de determinada importância, não pode ser admitida se nesta é deduzido, também, um pedido de tutela antecipada que, não se identificando com o pleito deduzido que poderia, este sim, ser eventualmente antecipado, antes tenha nítida natureza acautelatória.

Exatamente, é claro, pois, que, in casu, jamais o pedido de antecipação poderia ser deferido, porquanto não se estaria, antecipando o direito substancial cujo reconhecimento almeja o autor, senão que meramente o acautelando.

Vejamos que o juiz esteja frente a um caso em que o autor requera tutela antecipada ao argumento de que, assim (antecipadamente) não se lhe dê o provimento, a espera do iter processual inelutavelmente propiciará ao seu direito lesão grave e de difícil reparação, comprometendo, a efetividade da tutela jurisdicional a ser, posteriormente, proferida em seu favor.

Verifica, porém o juiz, que o provimento requerido tem natureza jurídica reconhecidamente controvertida na doutrina ou na jurisprudência (ou seja, em uma, ou noutra, ou nas duas). Sentiria, pois, situar-se mais próxima de provimento sumário acautelatório, a ser requerido, através do manejo de ação cautelar, do que de provimento sumário satisfatório, sem embargo dos entendimentos respeitáveis dissonantes.

Se a própria doutrina ou a jurisprudência dos tribunais têm reconhecidamente divergido ao caracterizar a natureza do provimento requerido, não lhe seria sequer lícito exigir que o autor pleiteasse a medida consoante o seu (do juiz) entendimento acerca da natureza jurídica da mesma.

Frente em tal situação, não se pode esperar outra atitude do Estado – Juiz que não a de prover antecipadamente, ainda que por provimento cautelar se o entenda.

Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável, seria uma absurda contradição não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do julgamento de um dos pedidos cumulados. Assim, diz Dinamarco (1987, p. 302):

À afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra a sua efetividade. E pairam no ar, muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse caso, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos modernos, conscientizando-se dos objetivos de todo sistema e, para que possam efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual.

Nessa fase de princípios e competência onde a antecipação tenha como fundamento o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, é razoável que se defira prazo maior, semelhante ao da contestação da ação cautelar.

Portanto, o juiz é obrigado a justificar a decisão antecipatória, demonstrando que a antecipação é oportuna. A ausência de fundamentação acarreta nulidade.

2.5 Efeitos

a) O ato que antecipa a tutela gera efeitos dentro e fora do processo. A tutela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (art. 273, § 4º), desde que ocorra fato novo, pois é inconveniência de o juiz conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois.

Entendemos que a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. Temos como exemplo, o caso da produção de prova que poderá modificar a convicção do julgador referente à situação fática.

Aqui, não interposto o agravo, o juiz poderá revogar ou modificar a tutela com base em “novas circunstâncias”. Quer dizer que o juiz não pode revogar a tutela de ofício, a tutela será revogada em razão de requerimento da parte.

Quando nos referimos ao art. 273, § 4º do Código de Processo Civil, este dispositivo legal faz supor que a revogação ou a modificação tem lugar nos casos em que a medida foi deferida pelo juiz. Não é bem assim. Mesmo tendo havido anterior indeferimento da tutela antecipatória, ou deferimento parcial, nada impede que no futuro, possa haver decisão em outro sentido, de modo a ser acolhido o pedido ou à parte dele que antes fora denegada. É preciso que ocorra o seguinte: surja situação de perigo que antes não se apresentava, ou a situação, isto é, a verossimilhança do direito que não se mostrava evidenciada.

b) Impugnação:

Contra a decisão de antecipação em 1º grau caberá agravo de instrumento.

Poderá o tribunal ser provocado, por via de recurso, a revisar decisões, que em primeira instância, concederam ou indeferiram antecipação da tutela.

Como podemos analisar, o artigo 162 do Código de Processo Civil, os atos do juiz são classificados em sentença, decisões interlocutórias e despachos. De acordo com os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” e “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

Portanto, o ato jurisdicional decisório que não põe termo ao processo, é decisão interlocutória. Entende-se a idéia de que toda decisão anterior à sentença é decisão interlocutória parte da premissa de que antes da solução do mérito o juiz só resolve “questão incidente”.

Porém, a reforma do Código de Processo Civil estabelece a tutela antecipatória, não só restabelece a autorização para o juiz julgar o mérito com base em verossimilhança, como também passa a admitir o julgamento antecipado de parcela do pedido e o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados.

Interposto o agravo, o juiz somente pode revogar ou modificar a tutela com base em “novas circunstâncias”.

Uma vez concedida à tutela, a parte poderá agravar e requerer do relator, com base artigo 558 do C.P.C., a suspensão dos efeitos da decisão antecipatória até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Ocorre ainda, se a tutela antecipatória é requerida e negada, também cabe agravo de insuamento. Aqui, à parte prejudicada pode requerer ao relator a concessão da tutela antecipatória indeferida pelo juiz.

Ora, se o autor tem direito à tutela antecipatória porque não pode esperar o tempo do processo, ele não pode suportar o tempo necessário ao processamento do agravo. Fazemos um registro: o operador do direito sabe que depois da reforma, a demora do processamento do agravo é completamente incompatível com a urgência que se supõe existente para legitimar o próprio pedido da tutela antecipatória.

Segundo Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 143) – O juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social.

Notadamente todos que integram os processos que tramitam nos tribunais são importantes. Mais é preciso evidenciar que as partes que integram essa engrenagem contribuem de forma equânime para o desenrolar de uma decisão satisfatória e que um erro qualquer do juiz, significa não só, a má vontade, como também, a falta de sensibilidade ao lidar com o ser humano, quando é lesado ou prejudicado, naquilo mais sagrado, ou seja, na segurança e proteção de seus direitos.

c) Perigo de Irreversibilidade:

É vedado antecipar-se efeito de tutela que produzam conseqüências irreversíveis no mundo dos fatos. Entretanto, sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular com a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, fazendo prevalecer à posição mais confortável, ao final do processo, vitória consagrada.

Nosso trabalho tem norteado pela defesa dos direitos dos homens que vivem numa sociedade competitiva e violenta. Cabe a cada pessoa defender e proteger aquilo que é seu. Notadamente é esse o papel do indivíduo que busca incessantemente guarida nos tribunais quando lutam pelo que é seu.

É interessante notar que o elemento básico, o qual permite a perfeita articulação entre o direito e Estado, é justamente o ser humano. Isto é, o responsável pelo controle do dispositivo legal, no qual se encontra calcada toda a organização do mundo jurídico.

No que diz respeito à natureza da irreversibilidade, a grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de uma irreversibilidade fática, nessa corrente encontramos grandes juristas.

Teori Albino Zavaski (1997, p. 97) – Baseado no § 2º, do artigo 273, do CPC, consiste no “princípio do núcleo essencial” e, no seu entender:

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício de seu direito fundamental de se defender, que diante da irreversibilidade da situação de fato, tornaria inútil, como inútil, nestes casos, o prosseguimento do processo.

Na opinião de Antonio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 447) – Prevista no parágrafo 2º, do artigo 273 do CPC a explicação mais plausível para a exigência da irreversibilidade se situa no plano constitucional da garantia, hoje se encontra na redação do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

A lição de Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 142) deixa claro:

Se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.

O autor acima citado está se referindo aos casos onde se permitem a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito – exemplo há empresas que se negam cobrir as despesas hospitalares em razão do tipo da doença. Aqui envolvem planos de saúde e litígio com as empresas.

CAPÍTULO 3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Abriga o presente trabalho dentre ele nuance com relação a inúmeros equívocos que ora vislumbra a Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública. É bom frisar que o artigo 273 não exclui, em princípio, as ações com a Fazenda Pública.

O bom entrosamento entre as duas instituições só vai trazer benefícios para o operador do direito, na medida em que nos aprofundarmos no estudo que ora em tela abordamos, vamos aprimorando o nosso conhecimento e tornando-o cada vez mais eficiente (ou eficaz) quanto ao resultado da nossa pesquisa.

Não há em nosso ordenamento jurídico, qualquer impedimento para que o instituto da tutela antecipada seja também pela Fazenda Pública, utilizado, não havendo, assim, qualquer dúvida acerca de sua aplicabilidade pelo Poder Público.

Também não cabe a invocação do contido no artigo 816, do CPC, para que haja a dispensa do ônus de comprovação da existência dos pressupostos contidos no caput do art. 273, do mesmo código.

Faz-se necessário que no requerimento de antecipação da tutela, a Fazenda Pública deverá demonstrar, não apenas a existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, como também algum dos requisitos exigidos nos incisos I e II, do artigo 273 do C.P.C.

Existe controvérsia ao abordar este assunto da antecipação da tutela, acerca de ser possível, ou não, sua aplicação, em Face da Fazenda Pública.

A própria doutrina traz no seu bojo controvertida opinião a respeito, havendo fortes argumentos tanto para a possibilidade, quanto para a negatividade da aplicação da antecipação.

Vejamos alguns aspectos contrários:

1. Princípio do duplo grau de jurisdição – CPC, art. 475, II;
2. Impossibilidade de execução de sentença contra a Fazenda Pública sem que esta seja confirmada pelo órgão superior (trânsito em julgado);
3. Pagamento das referidas ações mediante precatórios – CF, art. 100;
4. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada – impossibilidade material de se revoltares, as coisas ao estado anterior.

Sérgio Bermudes (1996, p. 28) – “Não se admite a antecipação quando a irreversibilidade se puder ser preparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático alterado pela tutela possa ser recomposto”.

Nelson Nery Jr (1995, p. 53) – “Essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida”.

Dinamarco (1996, p. 159) – “(...) Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso, impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direito do réu (cauções), etc”.

Conte, Francisco – A Fazenda Pública e Antecipação Jurisdicional da Tutela (1995, p. 20).

(...) incompatível a Antecipação da Tutela Contra a Fazenda Pública com o Duplo Grau de Jurisdição necessário, posto que, com a concessão da antecipação da tutela, esta antecipará os efeitos da sentença, ou seja, a determinação executiva ou mandamental do pedido à parte requerente será concedida mediante decisão do Poder Judiciário, antes do momento próprio, que seria a sentença. Assim, a antecipação da tutela será resolvida por meio de uma decisão interlocutória, que poderá sim ser agravada, mas não sentirá qualquer efeito, isso porque, se a sentença que é o mais, não surte efeitos quando prolatada a Fazenda Pública, enquanto não confirmada pelo órgão, não pode uma simples decisão interlocutória assim fazê-lo.

Salvador, Antônio Rafael Silva – A Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, p. 56, Ed. Malheiros, 1995.

(...) Entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor da autor contra a União, o Estado e o Município, pois ai haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Art. 475 do Código de Processo Civil Brasileiro:

Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

II – que julgar procedentes no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Temos a posição de Hugo de Brito Machado (1996, p. 45) que interpreta o artigo 475 do CPC, no sentido de estar dispensada a atividade positiva da Fazenda na fase recursal e, ainda de que o artigo 100 da Constituição Federal, não obriga a execução dirigida contra a Fazenda seja baseada em sentença transitada em julgado, entendendo que:

Presentes os pressupostos da antecipação, como ocorre, por exemplo, em ação de repetição de indébito nas quais inexistia controvérsia quanto aos fatos e o direito do autor seja amparado por precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça em se tratando de matéria infraconstitucional, o juiz da causa pode, atendendo a pedido do autor, conceder a tutela antecipada e determinar a expedição do correspondente precatório, com a particularidade de que o valor respectivo, se o pagamento pelo Presidente do Tribunal ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença final, ficará à disposição do Juízo. Transitada em julgado a sentença determinará, então, a liberação do depósito para o autor, que será sido, assim poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões frete a Fazenda Pública.

Ele ainda pondera sobre o artigo 475, inciso II do CPC:

Tal privilégio não consiste no direito ao duplo grau de jurisdição, mas apenas na dispensa de iniciativa recursal da Fazenda Pública afirmando ainda que a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em se tratando de sentença contra a Fazenda Pública, apenas significa que vencida esta considera a apelação sempre interposta para 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.

E conclui seu pensamento:

Vê-se, portanto, que a 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 Tribunal.

Podemos considerar que os efeitos de uma sentença proferida contra a fazenda pública sejam distintos daqueles que chamam de outras sentença, pois a distinção está apenas no fato de que enquanto as sentenças, em geral, podem ou não ser submetidas ao duplo grau, dependendo da vontade da parte vencida, a proferida contra a fazenda pública sempre será reapreciada, por força da vontade da lei, com o que se evitam prejuízos ao Estado em decorrência do descaso ou do descuido dos seus representantes judiciais. O duplo grau representa para as

partes, quer seja o Estado, quer seja o particular, a certeza de reapreciação de um ato decisório, mas nunca, a imunidade contra a antecipação de efeitos, uma vez que esta visa justamente impedir que a tardia reapreciação da causa signifique injustiça para o autor, como observa Antônio Cláudio da Costa Machado (1999, p. 616).

Antes de pensar no processo que se torna possível a legitimação do direito, se faz necessário entendermos a estrutura do Estado que visa assegurar e proteger os interesses daqueles que defendem o que lhes pertencem. É interessante notar que todo o desenvolvimento do processo jurídico, o Estado está presente para impedir que uma injustiça seja praticada em detrimento do direito de outrem. O Estado se encontra numa relação de legitimação baseado no texto legal e na realidade tais quais os fatos apresentam.

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 artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não quer dizer apenas que todos têm direito à recorrer ao Poder Judiciário, mas também significa que todos têm direito a tutela jurisdicional efetiva, adequada a tempestiva.

Dizer que não há direito antecipatório contra a fazenda pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.

Não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda Pública pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo.

Ora sabemos muito bem, que nenhum sujeito pode ser prejudicado na demora da tramitação do processo quando ele, o autor tem razão.

É forçoso admitirmos que a execução contra a Fazenda Pública é muito demorada por causa da sujeição aos precatórios e ao próprio orçamento, porém tal sujeição é imposta em se tratando de sentença de uma relação cuja eficácia jurídica já lhe for determinada devidamente.

O trânsito em julgado não se confunde com a eficácia. A decisão poder ser eficaz, porque já submetida ao crivo do duplo grau de jurisdição, inobstante ainda não transitada em julgado, porque pendente de julgamento definitivo, mercê da interposição dos recursos especial e extraordinário, sendo viável a execução nessa fase.

Pedro Henrique Távora NIESS (Pág. 191), enfoca de maneira lúcida essa distinção:

É, mister se faz notar que o artigo 475 prescreve que, sujeita ao reexame necessário, não produz efeito, senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença proferida contra a Fazenda Pública. Estes os termos do artigo. Não estabelece ele outra regra. Não diz: “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não transitando em julgado senão depois de confirmada pelo tribunal... Sequer dimensiona os efeitos, deixando ver -- e usa a palavra no singular – que nenhum efeito produz. E este aspecto não pode ser ignorado”.

Cumprindo abordar a legislação federal recentemente editada a respeito das medidas liminares contra o Poder Público. A Lei 8.437/92 se refere à hipótese referindo-se à ação cautelar e impedindo a concessão que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

A Lei 8.437/92 cuida da concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública:

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

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

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

§ 3º - Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar que esgote no todo ou em parte, o objeto da ação.

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

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

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

§ 2º - O Presidente do Tribunal poderá ouvir o Autor e o Ministério Público, em 05 (cinco) dias;

§ 3º - Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de 05 (cinco) dias.

Todos os requisitos são indiscutíveis nos aspectos que envolvam interesse público que inspira os privilégios processuais da Fazenda Pública.

É bom frisar que a Lei 9.494/97 (21) estendeu à antecipação de tutela as restrições antes indicadas, adaptando a Lei 8.437/99 (22) à inovação da Lei 8.952/94 (reforma processual), cabendo afirmar, segundo o raciocínio dos próprios doutrinadores avessos as tese aqui defendida, que referida lei veio a revogar, quanto à Fazenda Pública, o disposto no artigo 273, do CPC (veiculado pela Lei 8.952/94).

Todas as reformas visam aprimorar o texto da Lei a fim de possibilitar a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao prescrever que, dentre os mecanismos hábeis para assegurar o direito do particular.

A possibilidade de perdas irreparáveis não se verifica somente em processos entre particulares, verifica-se também em processos nos quais é parte o Poder Público. Por conseguinte, apresenta-se de extrema justiça garantir-se, aos que postulam em juízo contra o Poder Público, a aplicabilidade do Instituto da Tutela Antecipada, de modo que possam ser resguardados quanto à possibilidade de vir a sofrer lesões irreparáveis ou de difícil reparação.

Baseado nas opiniões dos doutrinadores que versam sobre o assunto que ora discutimos não se pode argumentar, também que os efeitos de uma sentença proferida contra a Fazenda sejam distintos daqueles que emanam de outras sentenças, pois a distinção está apenas no fato de que enquanto as sentenças em geral, podem ou não ser submetidas ao duplo grau, dependendo da vontade da parte vencida, a proferida contra a Fazenda Pública sempre será reapreciada, por força da vontade da lei, com o que se evitam prejuízos ao Estado em decorrência do descaso ou do descuido dos seus representantes judiciais. O duplo grau apenas representa para as partes, quer seja o Estado, quer seja o particular, a certeza de reapreciação de um ato decisório, mas nunca, a imunidade contra a antecipação de efeitos, uma vez que visa justamente impedir que a tardia reapreciação da causa signifique injustiça para o autor, como observa Antônio Cláudio Costa Machado (1999, p. 616).

Já o cearense Hugo Brito Machado (1996, p. 48) diz mais em se tratando da questão dos precatórios e da reversibilidade tratada no § 2º, do artigo 273, do CPC, dizendo que:

A sentença, mesmo sem trânsito em julgado, quando nesta houver sido concedida antecipação, ou a decisão interlocutória, presta-se como título adequado a instruir o precatório. Quando o juiz determinar a sua expedição, deixará claro que se trata de execução provisória, em face da nova figura processual, e dirá que o valor correspondente deve ser colocado à disposição do juízo. É certo que a Fazenda Pública não pode ficar desprotegida. O valor a ser pago ao contribuinte autor da ação de repetição de indébito tributário, em cumprimento do precatório, deve permanecer depositado até que transite em julgado a sentença final. Esse depósito será a garantia de que não se criou uma situação irreversível. É possível, outrossim, o próprio pagamento ao contribuinte, se este ofertar caução idôneo. Na eventual ocorrência de trâmite em julgado de sentença julgando a ação improcedente, o valor à disposição do juízo será convertido em renda da Fazenda Pública.

O processo de modificação e reforma na estrutura das leis, se torna possível mediante estruturas e necessidades prementes que a sociedade brasileira necessita para regular as ações e existência do convívio humano em face de análise crítica da realidade normativa.

Aqui é possível detectar os privilégios e as prerrogativas existentes em favor da Fazenda Pública em juízo nada mais são do que uma forma de alcançar a isonomia preconizada pelo ordenamento jurídico. Isso quer dizer que, como a Fazenda Pública é diferente pelos motivos que ora abordamos: o fenômeno ocorre em face do interesse público e também pelo fato de a burocracia da máquina administrativa dificultar a defesa do poder público de maneira equitativa em relação à outra parte, pois isso, ela deve receber tratamento distinto da outra parte. Atinge-se, assim, a igualdade material, dispensando tratamento desigual aos que se encontrem em situações desiguais, concretizando princípio constitucional de todo Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a Fazenda Pública goza de prazos dilatados (art. 188, CPC) para ter condições de exercer a ampla defesa e o contraditório e conseqüentemente, ter o devido processo legal de dispensa de preparo (art. 511, CPC) e outras particularidades como a execução de quantia certa através da emissão de precatórios (art. 730 e 731, CPC c/c art 100, CF/88 que consubstanciam a igualdade das partes em juízo).

O mundo como um sistema social se reproduz estruturalmente nos homens só pode ser captado concretamente, teoricamente e praticamente se puder a claro modo se modelar à estrutura do pensamento dos indivíduos que por sua vez determinam a reprodução de suas idéias sócio-jurídico no âmbito do direito.

Por tudo o que analisamos neste estudo da Antecipação de Tutela em Face da Fazenda Pública, podemos exemplificar que a regra genérica e ampla do já mencionado art. 273 não exclui em princípio, as ações com a Fazenda Pública.

Sabemos ser necessário o reexame a antecipação da tutela. O texto legal por sua vez é expresso ao negar eficácia à sentença proferida contra a Fazenda Pública antes do desfecho da devolução obrigatória.

O tema vem ganhando espaço na jurisprudência dos tribunais. O II Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por exemplo, em inúmeras oportunidades tem negado eficácia a sentenças que decretam o despejo de repartições públicas, antes do reexame necessário, inobstante reconhecido que, como locatário, o Estado se submete às regras de direito privado, tanto que tais demandas estão submetidas ao rito da Lei 8.245/91, pois, na hipótese, prevalece a regra geral do artigo 475 do Código de Processo Civil.

A exemplo:

Tal como constou do despacho inicial, é dos princípios que, por se submeter a necessário duplo grau de jurisdição, a sentença proferida contra a Fazenda Pública só produz efeitos depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, II). Por seu caráter e finalidade, a regra geral do duplo grau prevalece sobre a exceção do artigo 58, V da Lei 8.245/91. Precedente: AI 470.558, de 20/11/96.

E ainda:

À hipótese de provisória execução de sentença enquanto reexame (artigo 475, II do Código de Processo Civil). Se a eficácia da r. sentença é incerta frente ao efeito meramente devolutivo estabelecido na lei inquilinária, somado ao recurso oficial previsto na lei de rito, quando a decisão é proferida contra o Estado, seguro reconhecer, a presença dos requisitos ensejados da liminar perseguida frente ao interesse público, presentes o “*fomus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, defiro a liminar para suspender a execução do despejo até o reexame obrigatório, de ampla devolutividade.

Na análise legal sobre o estudo da Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública a doutrina nos elucida alguns pontos: o primeiro é fazer uma interpretação literal e declarativa do art. 100 CF, para excluir da submissão à ordem dos precatórios requisitórios de pagamentos as condenações antecipadas, por força de aplicativo do artigo 273 do CPC.

Segundo o Professor Luiz Rodrigues Vambier RT 2000:

A interpretação que aqui se propõe – filosófica e declarativa, do art. 100 da CF e do art. 475 do CPC, em nada empobrece o sistema, na medida em que permite a criação de uma alternativa de soluções para um dos tormentosos problemas com que se tem defrontado os processualistas, que é justamente o de dar o máximo rendimento possível as regras constitucionais do amplo acesso a justiça e da efetividade da jurisdição, por sua ‘mão’ infra constitucional que é a antecipação da tutela, o que aqui sustenta especificamente nos casos de desapropriação indireta..

As antecipações de condenações contra o Poder Público podem ser cumpridas, mediante depósito a disposição do juízo (com a liberação apenas em casos excepcionalissimamente considerando, porque a regra é que a execução de liminar antecipatória seja apenas provisória).

O Professor Vambier nos acrescenta ainda RT 2000:

Convém deixar claro que temos consciência da insuficiência do método declaratório de interpretação da Lei. Todavia é preciso dar efetivo rendimento aos dispositivos legais inovadores, como o art. 273 CPC, o que significa, ao nosso ver, interpretá-los em harmonia com o ambiente em que contemporaneamente se situa o processo civil. Esse novo momento histórico requer que se tenha em conta a necessidade de dar operatividade à garantia da efetividade da jurisdição.

Devemos citar como referência ao tema estudado até o momento:

1. A citação para a Fazenda Pública sempre ocorrerá por oficial de justiça, e nunca por correio, art. 222 c, d.
2. Com inúmeras alterações feitas por Medidas Provisórias reeditadas e reeditadas e nunca transformada em Lei, o prazo para a Fazenda Pública opor embargos é de 30 (trinta) dias e não mais de 10 (dez) como originalmente no art. 730 do CPC.

3. Como já decidiu o STF “o seqüestro tem por objeto recurso da Fazenda Pública infratora e não, numerário recebido pelo credor fora da ordem da preferência, e providência de natureza executiva e não cautelar”.
4. Como reza a Súmula 144 do STJ, hoje embutido no art. 100, § 1º, com a nova redação que foi dado com a Emenda Constitucional nº 30/00.
5. Hoje com a nova redação do § 1º do art. 100 da CF, dado pela Emenda Constitucional nº 30/00, os valores dos precatórios são atualizados automaticamente, pois antigamente, antes da Emenda, só os precatórios de natureza alimentar que tinham seus valores atualizados, por uma construção jurisprudencial, os outros, tinham que entrar com uma nova execução seriam expedidos novos precatórios para terem a atualização de seus valores.
6. Nosso entendimento é de que a decisão que julgou improcedente os embargos deve necessariamente ser submetido ao reexame necessário, pois conforme o entendimento do art. 475, II “... toda vez que a Fazenda Pública sucumbir, essa decisão deve ser submetida ao reexame necessário (...)”, se os embargos forem julgados improcedentes, a Fazenda Pública sucumbiu, terá que pagar a verba de sucumbência e terá interesse em apelar, por isso a decisão deve necessariamente ser submetida ao reexame necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho explicou alguns pontos a exemplo de meios dos quais se fez possível estudar a posição de alguns doutrinadores a respeito da Tutela Antecipada e a Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública.

Entretanto, mesmo com a análise crítica dentro da linha do pensamento de alguns operadores do direito, é necessário frisarmos que a tutela antecipada é medida de urgência, excepcional inclusive, imprescindível para a própria razão de ser da jurisdição. Se não for possível obter o mesmo resultado que seria atingido com a não transgressão do direito, que se chegue pelo menos, a algo próximo. A efetividade visa justamente a isso e concretiza-la não parece tarefa fácil, sendo, muitas vezes, preciso prevalecer alguns preceitos sobre os outros . Nesse sentido, a tutela antecipada, constitui mecanismo eficaz para o cumprimento do princípio constitucional do art. 5º, inciso XXXV.

Concluimos, portanto, que embora o ordenamento jurídico acoberte a Fazenda Pública com várias prerrogativas louváveis, não há motivo para não admitirmos a tutela antecipada contra a mesma, tanto porque a lei nº 9.494/97 a prevê, como porque a concessão da medida constitui evento excepcional, devido a circunstâncias do próprio processo e da relação jurídica sub júdice.

Este nosso trabalho não elucida todas as dúvidas, visa apenas dar o pontapé inicial para uma pesquisa posterior, mais profunda.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de Processo Civil. 3. ed., Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 1999.

CONTE, Francisco. *A fazenda pública e a antecipação jurisdicional da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido. *A reforma no código de processo civil*. Malheiros, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed., Campinas: Millennium, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Código de processo civil comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória “in” *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovidio A. Batista da. *Antecipação da tutela na reforma processual*, Curso de Processo Civil. V. 3., 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

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