

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

LAÍS SANTOS STRELOW

Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública

Porto Alegre

2012

LAÍS SANTOS STRELOW

Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil (DIR2) como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Porto Alegre

2012

LAÍS SANTOS STRELOW

Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública

Trabalho de conclusão de curso apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil (DIR2) como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Aprovado pela Banca Examinadora em 07 de janeiro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

(Orientador)

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

(Membro da Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sérgio Mattos

(Membro da Banca Examinadora)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas rosas dos caminhos e pelos espinhos que elas têm.

Não posso esquecer a importância da minha família. Meus pais, especialmente, que, desde o início dessa caminhada nos estudos, me deram todo suporte necessário. Tenho orgulho de ser de uma família que sempre colocou a educação como prioridade.

Agradeço especialmente a minha irmã Camila Strelow que, além de melhor amiga, foi quem mais abdicou da minha presença, para que eu pudesse estudar na UFRGS.

José Luiz Goulart Pereira e minha madrinha Tia Núbia também tiveram importância fundamental... sem eles não teria sido possível vir morar em Porto Alegre. Muito obrigada!

Devo muito também aos meus queridos amigos. Hoje eu sei que é preciso força pra sonhar e perceber que a estrada vai além do que se vê.

Por fim, agradeço ao professor Klaus Cohen-Koplin pela atenção e paciência durante a orientação do trabalho, e – também – por ter despertado em mim, e em vários colegas de turma, verdadeira paixão por Processo Civil. Nosso querido paraninfo!

O juiz que se omite é tão ruim quanto o juiz que julga mal.

Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização de direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providencias cautelares.

Luiz Guilherme Marinoni

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da antecipação de tutela em desfavor do Poder Público. Iniciamos estudando a gênese e os requisitos da técnica antecipatória, bem como o seu fundamento constitucional. Superada essa noção introdutória, passamos a analisar as leis que estipulam hipóteses de vedação à antecipação da tutela, bem como a constitucionalidade de tais normas, levando-se em consideração o direito fundamental à tutela adequada. Por fim, passamos a analisar como o STF tem se manifestado e dado alcance às restrições legais à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
ADC	Ação Direito de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucional Transitórias
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
Inc.	Inciso
MC	Medida Cautelar
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – Do surgimento da técnica antecipatória	14
1.1. Da evolução da tutela sumária satisfativa no Direito Brasileiro	15
1.1.1. Do poder geral de cautela	15
1.1.2. Do poder geral de antecipação da tutela	19
1.2. O paradoxo no CPC a partir da reforma de 1994	20
CAPÍTULO 2 – Por que antecipar a tutela?	23
2.1. Razoável duração do processo como direito fundamental	24
2.2. Redistribuição do ônus do tempo no processo	25
2.3. Visão constitucional do processo civil	26
CAPÍTULO 3 – Requisitos da antecipação da tutela	29
3.1. Antecipação de tutela contra o perigo	29
3.2. Antecipação de tutela baseada na evidência	31
3.3. Antecipação do pedido incontroverso.	33
3.4. Requisitos obrigatórios	34
3.4.1. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação	34
3.4.2. Reversibilidade	37
CAPÍTULO 4 – Controle judicial dos atos da Administração Pública	40

4.1. A boa administração pública como direito fundamental	40
4.2. Controle judicial e tutela efetiva	41
4.3. A Fazenda Pública e suas prerrogativas	42
4.2.1. Conceito de Fazenda Pública	43
4.2.2. Prerrogativas da Fazenda Pública e sua necessária correlação com o interesse público	45
CAPÍTULO 5 – Restrições à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública	47
5.1. Argumentos inicialmente utilizados na fundamentação da vedação da antecipação da tutela em desfavor da Fazenda Pública	48
5.1.1. Reexame necessário	48
5.1.2. Regime de precatório	49
5.2. Restrição específica da antecipação de tutela: análise da evolução legislativa	53
5.2.1. Lei 2.770 de 1956	53
5.2.2. Lei 4.348 de 1964	53
5.2.3. Lei 5.021 de 1966	54
5.2.4. Lei 8.076 de 1990	55
5.2.4. Lei 8.437 de 1992	55
5.2.5. Lei 9.494/97 de 1997	56
5.2.6. Nova lei do Mandado de Segurança	57
CAPÍTULO 6 – Da inconstitucionalidade da vedação <i>in abstracto</i> da técnica antecipatória	58

6.1. Correntes dentro do Supremo	59
6.2. Posições doutrinárias	60
6.2.1. Apenas a tutela concedida ao final do processo é protegida constitucionalmente	60
6.2.2. Normas são constitucionais, mas podem ser afastadas na análise do caso concreto	61
6.2.3. Inconstitucionais das vedações	63
CAPÍTULO 7 – Alcance do julgamento da ADC⁴ – Análise da jurisprudência do STF	66
7.1. Demandas previdenciárias	66
7.2. Demandas tributárias	68
7.3. Demandas envolvendo servidores públicos	69
CONCLUSÃO	74
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

A demora processual por si só gera dano ao demandante. Trata-se do denominado “dano marginal”, expressão cunhada pela doutrina italiana.

Italo Andolina utiliza-se da expressão "dano marginal em sentido estrito" ou "dano marginal de indução processual" para se referir a lentidão do processo e, conseqüentemente, a demora na obtenção do bem da vida como sendo fonte de dano. (ANDOLINA apud MARINONI, 2002, p. 21)

O problema da morosidade da Justiça possui várias causas, não tendo por objetivo analisá-las pormenorizadamente nesta pesquisa. No entanto, cabe destacar que, na tentativa de solucionar tal impasse, o nosso legislador, em consonância com os mandamentos da Constituição Federal de 1988 – a qual garante ao jurisdicionado uma tutela efetiva, célere e justa (art. 5º, XXXV, LXXVIII) –, além da criação de diversas legislações infraconstitucionais como a Lei de Ação Civil Pública, Lei dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, Código de Defesa do Consumidor, vem implantando, desde 1994, uma série de reformas em nosso Código de Processo Civil.

Dentro desse contexto, há que se destacar que o Poder Público é o grande responsável pelo problema da demora processual, pois não estrutura adequadamente o Poder Judiciário e demais instituições essenciais para o funcionamento da Justiça, tais como Ministério Público e Defensoria Pública.

No caso específico da União, temos uma situação que afronta a moralidade administrativa, pois existem cerca de 8 mil advogados públicos para defender a União e suas autarquias, divididos entre as três carreiras da AGU; contudo, existem apenas 470 Defensores Federais para a defesa de toda a população carente brasileira. No Rio Grande do Sul, existem apenas 20 Defensores Federais, sendo que destes, 14 estão em defensores Porto Alegre, fazendo com que a população do interior do estado fique prejudicada na defesa de seus direitos em face da União. Em Santa Catarina também não é diferente, havendo apenas um Defensor Federal para todo o interior do estado¹.

Além de não estruturar adequadamente as instruções, o Poder Público é o maior “devedor” do nosso país, já que sistematicamente fere o nosso ordenamento jurídico,

¹ www.aprovadosdpu20120.com.br

atacando, inclusive, normas de ordem constitucional. Nesse sentido, vejamos a análise de alguns dados estatísticos.

Cerca 80% dos recursos existentes nas instâncias especiais têm como objeto interesse da União Federal. São questões que se referem à cobrança de tributos federais e falta de cumprimento dos deveres do INSS quanto à concessão de benefícios garantidos legalmente pela lei, muitas vezes, pela própria Constituição Federal.

A par disso, falta, também, cumprimento das leis por parte dos Estados e Municípios através do SUS, como demonstra artigo do renomado jurista Luiz Flávio Gomes “O judiciário é o remédio para a saúde”, publicado no jornal “Correio do Estado” de Campo Grande-MS, à página 7b, em 19/09/2011, onde diz que: “Dos mais de 80 milhões de processos que tramitam no judiciário brasileiro, 240.980 mil tratam de demandas envolvendo a vida e a saúde humana”. “A população carente tem recorrido, cada vez mais, ao Judiciário para resolver seu problema de assistência médica. Nunca tivemos no Brasil o que se chama de Estado de Bem-Estar Social. A Constituição brasileira assegura saúde para todos. É com base nos dispositivos constitucionais que o Judiciário vem atendendo às reclamações dos necessitados. (CUNHA, 2011)

Diante disso, vemos na antecipação dos efeitos da tutela parte da solução do problema do dano marginal, inclusive nas lides que envolvem a Fazenda Pública, pois ela é “fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo” (MARINONI, 2009, p. 29).

Partindo-se do pressuposto de que deve haver redistribuição do ônus do processo, cabe indagar se as medidas que, impedindo a concessão de antecipação de tutela de liminares, encontram legitimidade dentro da conformação dada ao nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.

É preciso que se leve em consideração que “um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição” (TROCKER apud CARNEIRO, 2006, p.3). Feita essa constatação, não podemos, no Estado Democrático de Direito, encarar o processo como uma arma na mão do Poder Público, a subjugar os seus cidadãos.

Contudo, o presente trabalho não se limita a analisar a (in)constitucionalidade das medidas que impedem a antecipação da tutela em face do Poder Público, preocupando-se também com o estudo de como essas vedações, legítimas ou não, tem sido aplicadas pela jurisprudência pátria, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em sete capítulos. Inicialmente apresentaremos como a “subversão” do processo cautelar, permitindo a gênese das “cautelares satisfativas”, abriu espaço para a criação de um poder geral de antecipação da tutela.

Em seguida, passamos a analisar a técnica antecipatória como uma resposta ao direito constitucional a uma tutela adequada e a um processo justo. No terceiro capítulo listaremos os requisitos gerais da antecipação da tutela a fim de compreender, posteriormente, como essa sistemática geral é aplicada nas lides em desfavor da Fazenda Pública.

O controle judicial da Administração Pública faz parte do objeto de estudo do capítulo 4, pois a defesa da antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública tem sido, costumeiramente, fundamentada em virtude de o cidadão ter direito a tutela adequada, não importando se o devedor é o Poder Público ou um particular. Contudo, o fundamento constitucional da técnica antecipatória não se esgota na inafastabilidade da jurisdição, há outro aspecto a ser considerado, qual seja, o do direito fundamental à boa administração pública. Impedir que o Poder Público seja adequadamente controlado gera afronta ao cidadão em juízo, mas fere também toda a coletividade.

No quinto capítulo, listaremos as normas que buscam restringir a técnica antecipatória em face da Fazenda Pública para, no capítulo seguinte, analisarmos a constitucionalidade de tais leis. No último capítulo, estudaremos como o STF tem se posicionado em relação ao limite e alcance das restrições de antecipação de tutela em face do Poder Público.

Capítulo 1 – Do surgimento da técnica antecipatória

“Pouco importa um direito se não existem técnicas processuais idôneas para sua efetiva realização.”

Daniel Mitidiero

A doutrina classicamente conceituou a tutela de urgência como gênero que se divide em duas espécies: tutela cautelar e tutela antecipada. De acordo com esse posicionamento, a tutela cautelar asseguraria o resultado útil do processo, ao passo que a tutela antecipada teria o condão de satisfazer faticamente o direito da parte.

No entanto, tutela cautelar e antecipação de tutela não podem ser vistas como espécie de um mesmo gênero, pois não possuem a mesma natureza jurídica. A tutela cautelar é uma das três modalidades de tutela jurisdicional definitiva, ao lado da tutela de execução e certificação. Já a antecipação da tutela representa uma técnica que “permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p.473).

O problema, portanto, não está em separar tutela cautelar de técnica antecipatória. Essa impositação da matéria está equivocada, porque não é possível tratar no mesmo plano de uma tutela e de uma técnica – são conceitos distintos. É claro que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Mas esse problema já está superado pela melhor doutrina. O problema agora está em perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para a realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da tutela dos direitos. (MITIDIERO, 2011, p.36; grifo nosso).

Assim, cabe destacar que a técnica antecipatória não visa apenas evitar o perigo da demora. Nesse assunto, Luiz Guilherme Marinoni impulsionou grande avanço na doutrina ao conceituar a técnica antecipatória como uma forma de redistribuição isonômica do ônus do tempo no processo. Dessa forma, não é possível englobar tutela cautelar e técnica antecipatória como provimentos derivados meramente da urgência (MARINONI, 2009, p. 46). O que temos em comum é a finalidade de equacionar o ônus do tempo no processo (MITIDIERO, 2012, p. 51).

Perceba-se que não se trata de um simples problema terminológico: quando se fala em tutela de urgência como gênero no qual se inserem as espécies tutela satisfativa sumária e tutela cautelar acentua-se suposta finalidade comum – a urgência. Esse elemento, contudo, não está presente na tutela satisfativa sumária fundada na evidência, de modo que não é possível a partir dele sistematizar o fenômeno em toda sua inteireza. (MITIDIERO, 2012, p. 51)

Contudo, distingui-las na prática não é tão simples. A grande questão é que em ambas encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que constitui o objeto da tutela e o que é apenas sua consequência (NEVES, 2011, p.1140). Com base na lição de Ovídio Baptista da Silva, Daniel Mitidiero afirma que:

A tutela cautelar é uma proteção jurisdicional que visa a resguardar o direito a outra tutela do direito ou a outra situação jurídica tutelável. Não visa a resguardar o processo. Apenas assegura para que possa eventualmente ocorrer a satisfação. Há “segurança-para-execução”. Já a tutela satisfativa é uma proteção jurisdicional que desde logo realiza um direito, sem qualquer ligação a outro direito. E se a tutela satisfativa é realizada de forma antecipada motivada pela urgência, então há “execução-para-segurança” (MITIDIERO, 2011, p.37).

Feitas essas considerações iniciais, cabe estudar como se deu o surgimento do poder geral de antecipação.

1.1. Da evolução da tutela sumária satisfativa no Direito Brasileiro

1.1.1. Do poder geral de cautela

O artigo 675 do Código de Processo Civil de 1939, ainda que de forma bem singela, representou a gênese da estruturação do poder geral de cautela no direito processual pátrio, ao possibilitar ao juiz a determinação de providências para acautelar o interesse das partes em hipóteses específicas (KODANI, 2009, p. 1).

Art. 675 Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I- quando do resultado do fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II- quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III- quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Contudo, parte da doutrina não interpretou o dispositivo legal supracitado como estruturante de um do poder geral de cautela. Nesse sentido escreveu Liebman, em notas às *Instituições* de Chiovenda:

“também na legislação brasileira omite-se atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que ele se possa valer segundo as necessidades e circunstâncias fora dos casos tradicionais expressamente previstos” (LIEBMAN apud MARINONI, 2009, p. 102).

Além disso, “os tribunais infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676” (MARINONI, 2009, p.102/103).

Para Daniel Mitidiero, a raiz desse desinteresse reside no fato de o Código de 1939 tratar do tema apenas com a base empírica e com fonte doutrinário anterior à autonomização conceitual da tutela cautelar.

No entanto, tal situação alterou-se radicalmente com o Código Buzaid (MITIDIERO, 2012, p. 85) que estruturou em livro próprio o “Processo Cautelar” e nele o legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais (alguns, inclusive, sem natureza cautelar), atribuiu ao juiz, no artigo 798, de maneira inequívoca, o poder geral de cautela (KODANI, p.1). Vejamos a redação do dispositivo legal:

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

O processo cautelar como *tertium genus*, inspirado na doutrina italiana, despertou o interesse da doutrina nacional (MITIDIERO, 2012, p.86). Os doutrinadores questionavam-se acerca da amplitude do poder geral de cautela. Sobre a questão Galeno Lacerda refere que

No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as “medidas provisórias que julgar adequadas” para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do juiz assume proporções quase que absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando no exercício do imperium, decretava os interdicta. (LACERDA apud SILVA, 2009, p. 97)

Diante dessa preocupação com os limites do poder conferido ao juiz pelo art. 798 do CPC, a doutrina se dividiu. Ao se discutir os limites do poder geral de cautela, a indagação estava centrada na questão de saber se as medidas deveriam apenas proteger o processo ou se estava permitida a antecipação do próprio direito material (ZAVASCKI, 2009, p.41).

Humberto Theodoro Júnior manteve-se fiel à natureza assecuratória da tutela cautelar, não admitindo as chamadas medidas sumárias satisfativas. Para o processualista mineiro, “a melhor doutrina não mais reconhece à tutela cautelar o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material” (THEODORO JÚNIOR apud ZAVASCKI, 2009, p.42). O objetivo da cautelar seria apenas o de assegurar a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa, não podendo haver antecipação de decisão sobre o direito material, pois “não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.” (THEODORO JÚNIOR apud MARINONI, 2009, p. 103).

Em posição diversa, posicionou-se Galeno Lacerda, afirmando que poderia o juiz inclusive antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional. Para ele as medidas cautelares poderiam ser classificadas quanto a sua finalidade em três espécies:

- a) as que se destinavam a antecipar provas, suscetíveis de perder-se com o decurso do tempo, destarte assegurando a justiça da sentença;
- b) as que buscavam garantir o objeto da lide ou a solvência do demandado, assegurando, pois, a execução e a eficácia prática da sentença, pela manutenção do *status quo* entre as partes;

c) as que antecipavam providências provisórias, relativas à prestação jurisdicional: questões de família, pretensão à alimentos e grande parte das cautelares inominadas. (LACERDA apud CARNEIRO, 2006, p.6)

A controvérsia acerca dos limites do poder de geral de cautela tem como principal componente o fato de que por muito tempo a tutela sumária foi teorizada tão somente a partir do ângulo da tutela cautelar. Assim, “imaginava-se que toda tutela sumária resumir-se-ia no âmbito cautelar. Isso levou ao entendimento de que as decisões judiciais tomadas sob cognição sumária só poderiam pertencer ao grupo da tutela cautelar” (MITIDIERO, 2011, p.29).

Tal divergência doutrinária chegou ao Judiciário que, inicialmente, teve uma postura contrária às medidas que acabavam por antecipar os efeitos da tutela (ZAVASCKI, 2009, p.44). Contudo, esse posicionamento foi sendo gradualmente alterado, até chegar ao ponto da criação jurisprudencial das “cautelares satisfativas”:

Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA; 2012, p.476)

Assim, em decorrência da necessidade de tutelar adequadamente os direitos postos em juízo, iniciou-se a utilização anômala do instituto já existente (MEZZOMO, 2002, p.3). As “cautelares satisfativas” representaram um desvirtuamento da técnica legislativa; nos dizeres de Adroaldo Furtado Fabrício, “falar-se em cautelar satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto à ideia de gelo quente” (FABRÍCIO apud DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 476).

Apesar da incorreção técnica, “o surgimento jurisprudencial das ‘cautelares satisfativas’ serviu como demonstração da força normativa do princípio da adequação” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 477). O sistema processual obrigou-se a encontrar formas de prestar uma tutela jurisdicional que fosse efetiva.

Vejamos a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre a adequação da tutela jurisdicional:

Do ponto de vista da lógica jurídica, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e fim, visto que o meio deve levar à realização do fim. Para que se possa esclarecer qual o meio adequado para determinados fins, é

preciso analisar as espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover.

[...]

No caso do processo, o fim é a justiça do caso concreto, o processo justo e a tutela jurisdicional são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim.

Diante do caráter normativo da efetividade e da segurança no âmbito do processo, a adequação da tutela jurisdicional deve ser considerada como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis. (OLIVEIRA, 2008, p.136)

1.1.2. Do poder geral de antecipação da tutela

Conforma analisamos no tópico anterior, era intenso o debate conceitual atinente aos exatos contornos da tutela cautelar (MITIDIERO, 2012, p. 86). Preocupado com esse fenômeno das “cautelares satisfativas” “que atingiu especialmente as entidades da administração pública, o legislador buscou alternativas para contê-las, e para isso editou várias normas limitadoras da tutela provisória satisfativa” (ZAVASCKI, 2009, p. 45).

Nesse contexto, surgiu a Lei 8.437/92 dispondo sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e vedando o cabimento das “cautelares satisfativas” em desfavor da Fazenda Pública. Ao estabelecer limites à concessão de “cautelares satisfativas”, o legislador, no entanto, a *contrario sensu*, “acabou por reconhecer a possibilidade, ainda que restrita, de medidas antecipatórias do direito material no âmbito do poder geral de cautela” (ZAVASCKI, 2009, p.45).

Em 1983, no Congresso Nacional de Direito Processual Civil da UFRGS, Ovídio Baptista da Silva propôs a inclusão de um parágrafo no art. 285 do CPC, defendendo a antecipação da tutela quando presente a plausibilidade do direito invocado, não limitando o instituto às hipóteses de urgência. Vejamos a redação da proposta.

Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da

sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência. (MITIDIERO, 2012, p. 86)

Inspirada nessa proposta, a reforma de 1994 promoveu o que alguns autores denominam de “purificação do processo cautelar” (ZAVASCKI, 2009, p. 46). Houve a introdução do poder geral de antecipação, por meio da nova redação dos artigos 273 e 461 do CPC, dada pela Lei 8.952/94. O legislador “consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito” (ZAVASCKI, 2009, p. 45).

Promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa – ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema -, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em “cautelares satisfativas” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 477).

Tal reforma representou, na lição de Daniel Mitidiero, “uma das grandes viradas em termos de adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional no direito brasileiro” (MITIDIERO, 2012, p. 15).

A partir do momento em que o processualista acordou para a necessidade de dimensionar adequadamente o ônus do tempo no processo de acordo com as exigências evidenciadas pelo direito material debatido em juízo, a justiça civil passou a contar com instrumento de extraordinária importância para a tutela efetiva dos direitos. (MITIDIERO, 2012, p. 15)

No entanto, cumpre destacar que, antes mesmo da Reforma de 1994, alguns procedimentos especiais autorizavam, antes do julgamento final, a efetivação de medida satisfativa do direito. Isso já ocorria muitas vezes no mandado de segurança e nas ações possessórias, pois o juiz, ao conceder a liminar, dava desde logo o bem da vida perseguido (PEREIRA, 2003, p. 175).

1.2. O paradoxo no CPC a partir da reforma de 1994

Ovídio Baptista da Silva, defensor da distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar, foi o autor do projeto original do art. 273 do CPC. No entanto, a reforma de 1994

manteve o Livro III do CPC – Processo Cautelar – baseado na teoria de Piero Calamandrei. Dessa forma, criou-se uma grande contradição dentro do nosso sistema processual.

No mesmo ano em que promulgado o Código Buzaid, importante setor da doutrina insurge-se contra a sistematização ofertada pela doutrina italiana da primeira metade do século passado e docilmente encampada pela nossa legislação processual civil (MITIDIERO, 2012, p. 37)

Para entendermos esse paradoxo, cabe ressaltar que para Calamandrei o traço característico dos procedimentos cautelares é a provisoriedade (SILVA, 2009, p. 23), não se preocupando com a questão da satisfatividade da tutela, o que o levava a entender que os provimentos antecipatórios da decisão final de mérito tinham natureza cautelar (MITIDIERO, 2011, p. 31).

Ovídio Baptista da Silva, contudo, retirou do âmbito cautelar as medidas satisfativas, o que jamais foi feito pela doutrina italiana (SILVA, 2009, p. 30).

Coube a Ovídio Baptista da Silva demonstrar que não é possível confundir os dois conceitos. Trata-se de passo decisivo e da mais alta importância no estudo do tema. A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em “requisito negativo da tutela cautelar. (MITIDIERO, 2012, p. 38)

Além de tirar o foco da provisoriedade e colocá-lo na satisfação ou simples assecuração do direito (MITIDIERO, 2012, p. 39), Ovídio Baptista da Silva defendeu a ideia de que a tutela cautelar também tem por objeto a proteção de um direito da parte, não podendo ser vista meramente como uma tutela do processo.

Assim, para o doutrinador, a função da tutela cautelar é a de proteger o direito da parte – sem jamais satisfazê-lo!!! – e não a de proteger o processo principal, como afirmava a doutrina clássica.

(...)

A partir do exposto observa-se com razão que Ovídio Batista não concorda com a função instrumental do processo cautelar. (SILVA, 2009, p. 31)

Jaqueline Mielke Silva sintetiza o paradoxo criado em nosso sistema processual.

A consequência marcante do modelo proposto por Piero Calamandrei é que, partindo da ideia de que o procedimento cautelar é provisório, ele reconhece a existência de cautelares satisfativas no sistema. Já Ovídio Araújo Batista da Silva, partindo de uma base absolutamente diversa (temporiedade), jamais vai reconhecer que a tutela cautelar possa implicar em satisfação. A tutela cautelar tem objeto único e exclusivo a segurança de direitos. Em havendo satisfação, estaremos diante de uma categoria distinta, que é a tutela antecipada. (SILVA, 2009, p. 34)

Assim, temos o art. 273 que contempla a tese de um doutrinador que não aceita a existência de cautelares satisfativas, ao mesmo tempo em que o livro das cautelares permanece estruturado de maneira diametralmente oposta, contemplando a ideia de um processualista que aceita as cautelares satisfativas (SILVA, 2009, p. 41).

Assim não há que se falar em “purificação do processo cautelar” como defendido por Teori Zavascki (ZAVASCKI, 2009, p. 46), pois é preciso observar que as “cautelares satisfativas” não desapareceram por completo do nosso ordenamento jurídico, existindo ainda cautelares nominadas com natureza satisfativa, como a busca e apreensão de menores e ação de alimentos provisionais (NEVES, 2012, p. 1141).

Capítulo 2 – Por que antecipar a tutela?

“A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”.

Carmem Lúcia Antunes Rocha

O processo de conhecimento com raízes no direito romano e com clara tendência de manutenção do *status quo ante* dos litigantes, até o trânsito em julgado da sentença, proferido com base em juízo de certeza, “tem se revelado instrumento inoperante para a tutela dos direitos de urgência” (VAZ, 2002, p. 39).

O tempo, requisito indispensável à segurança jurídica e à garantia dos direitos fundamentais assegurados aos litigantes, é inimigo, muitas vezes, da eficácia da prestação jurisdicional, e, não raramente, fere o princípio da igualdade, pois “o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último pode esperar sem dano grave uma Justiça lenta” (CAPPELETTI apud VAZ, 2002, p. 40).

A doutrina italiana, ao estudar a demora do processo, criou do conceito de dano marginal em sentido estrito, definido como aquele que “progressivamente vem a somar-se àquele [dano] eventualmente já sofrido quando da propositura da ação” (MELO, 2004, p. 174).

Por muito tempo esse dano foi considerado tolerável, em razão do dogma da cognição exauriente. No entanto, o processo civil está em fase de reestruturação, de modo a englobar outros valores.

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. (MITIDIERO, 2007, p.32)

2.1. Razoável duração do processo como direito fundamental

Embora a questão da razoável duração do processo tenha ganhado destaque nos últimos anos, a busca pela celeridade processual é antiga. A história registra, desde o direito romano, casos de tutela de conhecimento em que se permitia a interferência no mundo fático, com antecipação dos efeitos materiais (OLIVEIRA, 1997, p.1).

Além de a questão ser antiga, ela não conhece limites territoriais.

O jurista francês Bordeaux, citado por José Rogério Cruz e Tucci, em meados do século passado, já manifestava sua preocupação: primeiro com a necessidade de se diminuïrem as lides; depois, com a busca de soluções para a agilização do processo, reportando-se aos diversos sistemas jurídicos que têm sofrido transformações na busca de maior efetividade para a prestação jurisdicional. (VAZ, 2002, p. 38)

Recentemente, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 4 de novembro de 1950, em Roma, normatizou em seu art. 6º, 1, o direito ao processo de prazo razoável. Vejamos o dispositivo:

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o andamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, 1, proclama que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Em 2004, com a Emenda Constitucional 45, o Brasil incorporou ao ordenamento positivo pátrio o princípio da razoável duração do processo, tendo inserido o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, tal garantia não é novidade em nosso ordenamento, pois já existia implicitamente, na medida em que o acesso à justiça, para ser efetivo, deve incluir uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado.

2.2. Redistribuição do ônus do tempo no processo

No entanto, não é apenas a urgência que impõe a necessidade de antecipar a tutela. Assim, é preciso destacar que “o desenvolvimento do conceito de tutela sumária não se esgota com a sua compreensão no quadro da tutela de urgência” (MITIDIERO, 2012, p. 50). Dentro dessa questão, Luiz Guilherme Marinoni deu grande passo ao defender que a técnica antecipatória não serve apenas para evitar o perigo de tardança do provimento jurisdicional; ele foi além, defendendo que o instituto também tem a função de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo (MITIDIERO, 2012, p. 51).

É preciso estruturar o processo de forma que o ônus do tempo não caiba exclusivamente ao autor.

No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu. (MARINONI, 2009, p. 272)

Feita essa constatação, é necessário pensar o processo civil como instrumento para atender ao direito fundamental à tutela efetiva. Cabe assim, racionalizar o ônus do processo, a fim de inibir defesas abusivas do réu, pois o direito de defesa “é direito nos limites em que é exercido de forma racional e justa ou nos limites em que não retarde indevidamente, a realização do direito do autor” (MARINONI, 2009, p. 272).

Vejamos a questão de acordo com um viés prático.

Alguém diria: se o tribunal reformar a sentença, grave prejuízo poderá ser imposto ao réu. Porém a mesma preocupação deveria assaltar àquele que assim objeta quando percebe (se é que percebe) que o tribunal, reformando

a sentença que implicou a revogação de medida cautelar, pode dar ao autor um resultado absolutamente inútil! (MARINONI, 2009, p. 273)

Para avançarmos na resolução da questão, impende abandonar “o mito liberal que enxerga o processo como mera garantia de formas, indiferente à realidade sócia na qual opera” (MARINONI, 2009, p. 273)

2.3. Visão constitucional do processo civil

Tradicionalmente, o processo civil sempre foi “extremamente protetor do direito de defesa do litigante demandado, o que implicava que a disciplina da solução dos litígios ocorresse apenas após realizada uma cognição plena e exauriente.” (BENUCCI, 2001, p. 113). Em virtude disso, o procedimento ordinário, no seu modelo clássico, constitui um dos entraves à prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

O procedimento ordinário clássico marcado pela neutralidade em relação ao direito material, não constitui resposta adequada às várias situações concretas. O Estado, para cumprir sua obrigação de prestar a devida tutela jurisdicional, deve outorgar ao cidadão o poder de utilizar a técnica processual adequada ao caso concreto. (MARINONI, 2009, p. 132, grifo nosso)

A inadequação do procedimento ordinário clássico decorre de resquícios do pensamento “conceptualista” na ciência processual, que acabou por distanciar demasiadamente o direito processual do direito material.

No seu estágio inicial de desenvolvimento, a ciência processual acabou se distanciando da realidade fática, principalmente no que concerne a uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, o que gerou a necessidade de novos institutos jurídicos, que respondessem aos reclamos da sociedade contemporânea por uma justiça mais célere. (BENUCCI, 2001, p. 113)

Para avançar na luta por um verdadeiro acesso à Justiça, é preciso reconhecer que as diversas situações de direito material exigem instrumentos processuais diferenciados. Contudo, isso não significa um retorno à teoria imanentista, segundo a qual “o direito de ação é considerado como o próprio direito material em movimento, reagindo a uma agressão ou ameaça de agressão” (NEVES, 2011, p. 87), “a necessária processualização por que deve

passar o reconhecimento e a realização do direito material não impede, contudo, o processo de guardar íntima relação com o direito material” (OLIVEIRA, 2008, p. 92).

O direito material interfere na conformação e na organização interna do processo, exigindo, entre outras coisas, adequação teleológica, que pode ser definida como a “adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição ou finalidades que se pretende alcançar por meio do processo” (OLIVEIRA, 2008, p.99).

No intuito de concretizar a adequação da tutela jurisdicional, a técnica antecipatória, assim como as demais tutelas de urgência, “nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional” (MARINONI, 2009, p. 140), pois é um equívoco pensar que o devido processo legal implica necessariamente a espera do trânsito em julgado para que o direito *sub judice* seja tutelado

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca a importância do processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, definindo-o como um instrumento de realização de valores, especialmente valores constitucionais. Devendo o processo civil ser considerado, portanto, como um direito constitucional aplicado (OLIVEIRA apud EBEDING, 2006, p.3).

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. (OLIVEIRA apud EBEDING, 2006, p.3)

A visão constitucional do processo veio para “afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social” (OLIVEIRA, 2008, p. 126). Assim, “não basta apenas declarar a existência de direitos, mas realiza-lo faticamente quando necessário” (OLIVEIRA, 2008, p. 128), pois a jurisdição é a atividade estatal que tem por objetivo, entre outros, a busca do equilíbrio das relações sociais, de modo a tornar possível a tutela jurisdicional efetiva (EBEDING, 2006, p.3).

Com efeito, a constitucionalização tem por objetivo “atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variegados problemas de ordem

processual” (MITIDIERO, 2007, p. 28). Podemos concluir que a eficácia dos direitos fundamentais trouxe nova conformação, compreensão e aplicação do processo civil.

A teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais constituem aspectos que já não se podem mais ignorar no momento da aplicação do processo civil. (MITIDIERO, 2007, p. 29)

Assim, o processualista quando formula seus conceitos “não está autorizado a desconsiderar as diferenças sociais daqueles que buscam a Justiça” (MARINONI, 2009, p. 24). “O novo processo não é mais um ‘processo neutro’, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem os litígios não têm igual valor jurídico” (MARINONI, 2009, p. 24).

Capítulo 3 – Requisitos da antecipação da tutela

“As regras, sem qualquer dúvida, iluminam o caminho do intérprete, mas elas são pequenas fontes de luz e não o sol”.

Alexandre Pasqualini

No capítulo anterior, adotamos o entendimento esposado por Luiz Guilherme Marinoni no sentido de que a antecipação da tutela tem por função redistribuir o ônus do tempo no processo. Diante dessa premissa, passaremos agora a analisar os requisitos que conduzem à antecipação da tutela, podendo-se levar em consideração tanto a urgência do provimento, como a evidência do direito posto juízo (MITIDIERO, 2011, p. 39).

A doutrina, de modo geral, tem dividido a antecipação da tutela em três tipos, quais sejam, a assecuratória, a punitiva e a do pedido incontroverso (ZAVASCKI, 2009, p.77). Em todas essas modalidades é preciso que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação. Além disso, é preciso observar o pressuposto geral negativo, de modo que a antecipação não poderá ser concedida nos caso de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Além desses pressupostos obrigatórios, os dois incisos do art. 273 do CPC trazem requisitos alternativos à antecipação da tutela, preconizando que deverá existir receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou será necessário estar presente o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

3.1. Antecipação de tutela contra o perigo

A antecipação da tutela baseada no fundado receio de dano, pressupõe a urgência do provimento jurisdicional; “antecipa-se efeito bastante e suficiente para impedir a lesão mediante tomada de medidas práticas, a se consubstanciarem em ordens ou mandados do órgão judicial” (OLIVEIRA, 1997, p.8).

Teori Zavascki afirma que, em decorrência do princípio da necessidade, se o risco, mesmo grave, não for iminente, não se justifica a antecipação da tutela (ZAVASCKI, 2009, p. 80). Contudo, destacamos que basta a probabilidade da ocorrência do ilícito para que a tutela seja antecipada.

Para a tutela antecipada basta a probabilidade da ocorrência do ilícito, sendo desnecessário demonstrar a probabilidade de ilícito futuro, e muito menos, a probabilidade de dano. É que a probabilidade da ocorrência do ilícito configura, por si só, a probabilidade de dano futuro, uma vez que a própria norma de proteção (provavelmente violada) possui o objetivo de evitar danos. (MARINONI, 2009, p. 155)

A de antecipação da tutela em face do perigo está prevista legalmente no inc. I, do 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;

O objetivo é impedir que o bem da vida vindicado sofra dano ao longo do processo. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 497). O dano que a tutela antecipatória pressupõe é “o dano concreto (não-eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar efetivamente a esfera jurídica da parte).” (MARINONI; MITIDIERO; 2009, p. 269).

O dano será irreparável quando seus efeitos não são reversíveis. A irreparabilidade pode atingir direitos não-patrimoniais (por exemplo, direito à imagem, ao ambiente), a direitos patrimoniais (quantia em dinheiro necessária para custear tratamento de saúde por um ato ilícito, por exemplo) e a direitos patrimoniais que não podem ser efetivamente tutelados por reparação pecuniária (MARINONI, 2009, p. 156).

O dano será de difícil reparação se as condições econômicas do demandado autorizarem a suposição de que o dano não será reparado de maneira efetiva (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 269), assim como nos casos em que dificilmente poderá ser individualizado e quantificado com precisão (MARINONI, 2009, p. 156).

Humberto Theodoro Júnior afirma que a análise do fundado receio de dano não provém de um simples temor subjetivo da parte, mas nasce de dados concretos, seguros,

objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de grave prejuízo (SILVA, 2009, p. 235).

Em suma, segundo a doutrina tradicional, antecipa-se em caráter provisório para garantir segurança a uma futura tutela definitiva (ZAVASCKI, 2009, p. 77).

3.2. Antecipação de tutela baseada na evidência

Já o inciso II do art. 273 do CPC prevê a antecipação de tutela baseada na evidência do direito posto em juízo (MITIDIERO, 2011, p. 39)

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:

[...]

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

Tal modalidade de antecipação da tutela não tem como pressuposto a urgência ou o dano (CARNEIRO, 2006, p. 35), ainda que permaneça a necessidade de verossimilhança da alegação. Essa possibilidade surgiu como instrumento de correção do uso indevido do processo (SILVA, 2009, p. 235), por meio da redistribuição do ônus do tempo no processo, de forma que suporte a demora a parte que conta com menor probabilidade de êxito (MARINONI apud SILVA, 2009, p. 236).

Dessa forma, se houver maior evidência nas alegações do autor, caberá antecipar os efeitos da tutela, não havendo que se investigar a existência do perigo de dano, pois, nesse caso, a evidência foi o critério utilizado pelo legislador para distribuir o ônus do tempo no processo (MITIDIERO, 2011, p. 41).

A evidência do direito posto em juízo ocorre quando, por exemplo, o réu apresenta contestação infundada ou pede produção de provas apenas para retardar a resolução do processo (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 270). No entanto, apesar de a doutrina ter tornado usual o termo “antecipação punitiva”, defendemos a posição de que não há de fato punição.

Embora não se trate de uma punição, dado que sua finalidade tem o sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda segurança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, prevista no Código de Processo Civil. (ZAVASCKI, 2009, p. 78)

Contudo, essa interpretação não é unânime na doutrina, havendo quem entenda tratar-se de verdadeira sanção. Vejamos esse posicionamento doutrinário.

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por sanção, para apenas aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do processo, comprometendo a celeridade e a lealdade que lhe devem ser inerentes. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 497)

Em que pese a opinião exposta, entendemos que não é preciso que haja má-fé (SILVA, 2009, p. 237). Abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu são “expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso” (ZAVASCKI, 2009, p. 80). A interpretação literal do termo “manifesto propósito protelatório” indica a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela ante a mera intenção de protelar. No entanto, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar; mas a sua efetiva prática. Assim, tal termo engloba também o “abuso do direito de defesa” (ZAVASCKI, 2009, p. 81).

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, essa hipótese de antecipação é “obscura”, por fazer menção a atitudes enquadráveis entre os casos de litigância de má-fé previstos no art. 17, do CPC (OLIVEIRA, 1997, p.8).

Abusar do direito de defesa é também deduzir defesa contra texto expresso de lei ou baseada em fato incontroverso ou inverídico (artigo 17, incisos I e II), ou proceder de modo temerário (artigo 17, inciso V). Propósito protelatório manifesto tem lugar, outrossim, pela resistência injustificada ao andamento do processo (artigo 17, inciso IV). (OLIVEIRA, 1997, p.8)

No entanto, está claro que a antecipação não se destina a servir como sanção para a litigância de má-fé, pois, segundo Ovídio Baptista da Silva, a intenção do legislador não foi estabelecer caráter punitivo à antecipação de tutela (SILVA apud SILVA, 2009, p. 236/237).

O que ocorre nesses casos é que o “índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza” (SILVA, 2009, p. 237).

Se o juiz já se inclinaria por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela. (SILVA, 2009, p. 237)

Há quem diga que não seria possível antecipar-se a tutela contra a Fazenda Pública com base no inciso II, do art. 273, do CPC, pois o abuso do direito de defesa e o manifesto intuito protelatório representam litigância de má-fé, incompatível com as atividades dos advogados públicos, que tem suas atividades baseadas nos princípios da legalidade e moralidade (ALVIM, 2009, p. 341). No entanto, é perfeitamente possível que a ré Fazenda Pública abuse de seu direito de defesa. Tal hipótese pode se concretizar, por exemplo, por meio da interposição de recursos manifestamente infundados.

Não aceitar tal possibilidade “significa admitir que a Fazenda Pública possa abusar do direito de defesa ou possa se utilizar de meios manifestamente protelatórios para prolongar indefinidamente o processo” (BENUCCI, 2001, p. 69). Nesse sentido, Carreira Alvim:

Quanto ao dever dos procuradores de defenderem a todo custo os interesses dos entes, o que afastaria a possibilidade de incidência da regra do art. 273, inc. II, do Código, cabe acentuar estar o poder público como réu, tanto ou mais que o réu privado, jungido às regras do art. 17, que afinal é a base do art. 273, inc. II. (ALVIM, 342, p. 342)

Em suma, se o Poder Público estivesse desobrigado do dever de lealdade processual, teríamos que ver o processo como o “campo adequado para fazer valer o que não é o direito” (CHIOVENDA apud ALVIM, 2009, p. 342).

3.3. Antecipação do pedido incontroverso.

Além dessas duas hipóteses, é preciso destacar o instituto previsto no parágrafo 6º do art.273, do CPC, incluído pela Lei 10.444 de 2002. Trata-se da antecipação do pedido incontroverso.

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

Tal modalidade antecipatória, apesar de ser anterior à sentença, não é fundada em probabilidade ou verossimilhança (SILVA, 2009, p. 252). Em virtude disso, parte da doutrina não classifica esse provimento jurisdicional como uma antecipação de tutela, pois, “embora previsto como parágrafo do art. 273, não se trata de regra relacionada à antecipação da tutela, mas, sim, de permissão para decisão sobre parcela do mérito da causa” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 535). Assim, esse instituto seria uma “resolução parcial da lide (mérito)” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 538).

A decisão que aplicar o §6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 541).

Neste aspecto, cabe ressaltar que para o pedido seja considerado incontroverso não basta que inexistir impugnação pela parte contrária. É necessário também que o seu atendimento não seja subordinado a qualquer questão prejudicial e que seja verossímil para o juiz (ZAVASCKI, 2009, p. 115).

Embora presumam-se verdadeiros os fatos narrados na inicial, nem sempre o descumprimento desse ônus pelo réu acarretará a procedência do pedido, justamente porque o juiz deverá verificar se do fato admitido decorre o resultado jurídico buscado pelo autor. (SILVA, 2009, p. 252)

Estudadas em linhas gerais as particularidades de cada tipo de antecipação de tutela, cabe analisar os requisitos obrigatórios para todas as modalidades.

3.4. Requisitos obrigatórios

3.4.1. Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

O caput do art. 273 do CPC determina que para que tutela seja antecipada é necessário que o juiz “existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. No entanto, essa relação entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação não é de fácil compreensão, pois “toda prova, esteja finalizada ou não no processo, só pode permitir a formação de um ‘juízo de verossimilhança’ quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível” (MARINONI, 2010, p. 213).

Dessa maneira podemos entender que o objetivo do legislador ao exigir uma prova que fosse inequívoca foi condicionar a antecipação da tutela ao “alto grau de convencimento, afastada qualquer dúvida razoável”, pois a rigor “nenhuma prova será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável” (CARNEIRO, 2006, p. 23).

Assim, a interpretação do termo “prova inequívoca” deve ocorrer dentro do “contexto do relativismo próprio do sistema de provas” (ZAVASCKI, 2009, p. 79). Não há como afirmar que a lei exija prova de verdade absoluta, pois a prova será sempre relativa mesmo depois de terminada a instrução, o que se quer é “uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, 2009, p. 80).

Importante também destacar que prova inequívoca, para parte da doutrina, não é sinônimo do *fumus boni iuris* do processo cautelar. Para tal segmento doutrinário, a prova inequívoca é mais exigente do que a mera exigência da fumaça do bom direito.

O juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito. (WATANABE apud CARNEIRO, 2006, p. 24)

Defendendo essa diferenciação, Athos Gusmão Carneiro defende o pensamento de Barbosa Moreira, conceituando o termo prova inequívoca, por meio do método de interpretação gramatical.

Barbosa Moreira, com convincente argumentação, logra compatibilizar a exigência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, partindo do conceito de “inequívoco” como antônimo de “equivoco”; ou seja, inequívoca será a prova à qual só se possa atribuir um sentido único, que só comporta

um entendimento, “independente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva”. Assim, será mister, para a concessão da antecipação de tutela, que este único sentido, esse sentido inequívoco, conduza à procedência da alegações do autor. (CARNEIRO, 2006, p. 24)

Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni, criticando o pensamento de Barbosa Moreira, entende não haver como distinguir a convicção de verossimilhança própria da tutela antecipatória da convicção exigida no processo cautelar, defendendo que o juiz pode forma sua convicção a partir de qualquer prova, mesmo que aponte mais de um sentido.

Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, evidentemente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não se pode ser explicado.

[...]

Mas para Barbosa Moreira a prova que comporta dois sentidos não pode ser valorada ou gerar convicção.

[...]

Acontece que o juiz pode extrair convicção de qualquer prova, mesmo daquela que aponta em dois sentidos. Melhor explicando: se o juiz, antes de valorar a prova, tem que aferir sua credibilidade, não há como confundir prova que aponta em dois sentidos com falta de credibilidade. (MARINONI, 2009, p. 171)

Assim, o processualista paranaense, por meio da ideia da “convicção de verossimilhança preponderante”, nos traz a ideia de que podemos utilizar uma prova que tenha dois sentidos, pois para a concessão da tutela antecipada, sendo suficiente que “o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais verossímil do que o do réu” (MARINONI, 2009, p. 178). Nesse sentido, lista, exemplificativamente, os valores que devem ser considerados pelo juiz durante a análise da verossimilhança: o valor do bem jurídico ameaçado, a dificuldade de o autor provar sua alegação, a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência, e a própria urgência descrita (MARINONI, 2010, p.213). Ante o exposto, podemos concluir que decidir com base na verossimilhança significa sacrificar o improvável em benefício do provável.

Diante dessa constatação, não podemos olvidar a importância da fundamentação da decisão que defere ou indefere a antecipação da tutela, pois a existência dos requisitos é “mensurada e controlada pela fundamentação da decisão” (BASTOS, p. 2). A fundamentação é elemento que a um só tempo legitima o poder judicial e permite o seu controle, pois “dúvida, probabilidade e certeza podem ser conceituadas abstratamente, mas não mensuradas quantitativamente” (BASTOS, p. 12), No entanto, qualitativamente é possível aferir tais conceitos, “através de uma fundamentação objetiva, capaz de demonstrar a terceiros (que não o próprio julgador), como foi que ele, magistrado, chegou a determinada conclusão” (BASTOS, p.12). Assim prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundamentação formam um “trinômio inseparável” (BASTOS, p.4).

3.4.2. Reversibilidade

A antecipação da tutela exige, em princípio, como pressuposto a reversibilidade. O §2º, do art. 273, do CPC, afirma que “não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. A partir dessa exigência legal, a doutrina se divide, indagando-se a respeito do conceito de irreversibilidade. Questiona-se se a irreversibilidade é fática ou jurídica.

Athos Gusmão Carneiro entende que melhor seria se o legislador houvesse utilizado o termo “irreversibilidade do provimento antecipatório” (CARNEIRO, 2006, p. 81). Tal autor filia-se à corrente doutrinária que entende que a reversibilidade é simplesmente a possibilidade de retornar-se as coisas ao *status quo ante* (CARNEIRO, 2006, p. 81; SILVA, 2009, p. 221).

A irreversibilidade não se refere propriamente ao provimento antecipatório, mas sim aos efeitos do provimento. O provimento, em si mesmo, como decisão judicial passível de recurso e que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 273, §4º), é eminentemente reversível.(CARNEIRO, 2006, p. 81)

Paulo Vaz manifesta-se nesse mesmo sentido, entendendo que a irreversibilidade somente é importante no plano fático, já que no plano jurídico sempre é possível a reversão,

que pode ocorrer com a revogação da antecipação da tutela ou com a sentença de improcedência (VAZ, 2002, p. 139).

De outro lado, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a exigência do legislador não se refere à irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, mas sim irreversibilidade do provimento (MARINONI, 2009, p. 191). Sobre o tema, Candido Rangel Dinamarco, criticando a posição de Luiz Guilherme Marinoni, afirma que:

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício “de outro que provável”. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável. O monografista fala da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, §2º). (DINAMARCO apud SILVA, 2009, p. 222).

Em resposta a essa crítica, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

O que pode ser dito, e com razão, é que o direito material não pode ser qualificado de “provável” ou “improvável”, pois ele existe ou não existe. Porém a existência do direito é algo que pertence ao plano do direito material. Quando estamos no plano do processo e, em particular, do juízo sumário, está em jogo a probabilidade da existência do direito afirmado e, portanto, o “direito provável”, que é uma categoria assim como o direito líquido e certo, pertence ao processo (MARINONI, 2009, p. 197)

Adotando-se o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, é possível afirmar que a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir obstáculo para a concessão da tutela antecipada, pois não se confundem tutela e provimento (MARINONI, 2009, p. 196).

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de

provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável. (MARINONI, 2009, p. 198)

O direito à adequada tutela jurisdicional pode exigir o sacrifício “de um direito que lhe pareça improvável em benefício de outro que pareça provável” (MARINONI, 2009, p.198). Não sendo assim, “o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado” (MARINONI, 2009, p. 198).

Dentro desse contexto, Teori Zavascki entende que “existem casos extremos, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um imporá o sacrifício completo do outro” (ZAVASCKI, 2009, p. 103). Nesse tipo de situação, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas (ZAVASCKI, 2009, p. 103).

Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para a liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que por alguma razão (greve de servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior deliberação. (ZAVASCKI, 2009, p. 103).

A partir do exemplo dado, concluímos que a tutela sumária que pode causar prejuízo irreversível requer prudência, mas não se pode confundir prudência com medo (MARINONI, 2009, p. 201). Um magistrado sem poder é um magistrado desprovido de responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada (MARINONI, 2009, p. 200). Para Arruda Alvim, “o legislador tem que admitir que, sem flexibilidade e outorga de mais poder, será inviável aos juízes um desempenho social aceitável” (ALVIM apud MARINONI, 2009, p. 205).

Capítulo 4 – Controle judicial dos atos da Administração Pública

“Já não se admite a administração pública descumpridora de seus deveres.”

Juarez Freitas

4.1. A boa administração pública como direito fundamental

De acordo com Diogo Figueiredo Moreira Neto, “o conceito de direitos fundamentais foi fator determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado no direito contemporâneo” (MOREIRA NETO apud SCHWANKA, 2008, p. 55). Para o referido autor, vivemos hoje sob a égide do primado dos direitos fundamentais.

Dentro desse contexto, além dos princípios elencados expressamente pela Constituição, Juarez Freitas defende que o cidadão brasileiro possui direito fundamental à boa administração, que pode ser compreendido como;

o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2008, p.1)

Assim, no Estado Democrático brasileiro, a administração pública encontra-se vinculada, direta e imediatamente, ao direito fundamental à boa administração pública. Em relação à discricionariedade administrativa, é preciso estabelecer que a liberdade é atribuída para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la.

A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios/direitos fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência e, como tal, negadora da discricionariedade legítima (FREITAS, 2008, p.3).

A consequência disso é que “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais” (FREITAS, 2009, p. 36).

4.2. Controle judicial e tutela efetiva

O cidadão brasileiro possui o “direito fundamental à boa administração pública” e para que este seja concretizado é preso garantir “controle substancial das relações administrativas” (FREITAS, 2009, p. 30), pois o “poder-dever administrativo só faz sentido se se revelar prestimoso à promoção concreta da gestão saudável e finalisticamente orientada pela Constituição” (FREITAS, 2009, p. 34).

Assim, a Administração Pública, no exercício de suas funções, se sujeita ao controle por parte do Legislativo e Judiciário, além de exercer ela mesma, o controle interno sobre seus próprios atos (DI PIETRO, 2012, p. 791). Além dessas modalidades de controle, Juarez Freitas acrescenta o controle social, decorrente do princípio da participação popular (FREITAS, 2009, p. 115).

A finalidade do controle é garantir que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento (DI PIETRO, 2012, p. 791), a fim de garantir que Estado não fira direitos dos cidadãos, pois a administração pública não é um valor em si mesmo e o núcleo do Direito Administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais, de modo que a atividade administrativa deve ser pautada pelo respeito à democracia e direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 46).

Celso Antônio Bandeira de Mello defende uma mudança de paradigma no Direito Administrativo, devendo-se impedir que o Direito Administrativo seja utilizado para ofender garantias e direitos dos cidadãos.

Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os cidadãos. Conquanto profundamente equivocada e antiética à razão de existir do Direito Administrativo, esta é a suposição de que de algum modo repousa na mente das pessoas (MELLO apud SCHWANKA, 2008, p. 67)

Juarez Freitas, ao comparar o nosso sistema com o contencioso administrativo francês, afirma que “entre nós, a palavra última em sede de controle dos atos administrativos há de ser aquela prolatada na esfera jurisdicional, somente nela se produzindo a coisa julgada em sentido próprio” (FREITAS, 2009, p. 119). Dessa forma, dentro do contexto de tripartição das

funções estatais, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se em última instância sobre as lesões ou ameaças de lesões a direitos.

Com efeito, os poderes constituídos devem subserviência à Constituição Federal (PEREIRA, 2003, 47). Em nome do direito fundamental à tutela efetiva, o legislador infraconstitucional está obrigado a prever formas de permitir uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, não podendo decidir, em contradição com o princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular (MARINONI, 2009, p. 259).

Assim, antecipando o que adiante será debatido, dizer que não há direito à técnica antecipatória 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 é ré.

Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória com base no inciso II ou no parágrafo 6º do art. 273 significa liberar a Fazenda Pública para abusar do seu direito de defesa, obrigando aquele que contra a ela demanda a suportar, além da conta, o temo de demora do processo. Não é preciso lembrar que a distribuição do tempo do processo é uma necessidade que decorre do princípio da isonomia e que o princípio constitucional da efetividade deve ser lido através da regra que estabelece que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. (MARINONI, 2009, p. 259)

As restrições da antecipação da tutela em desfavor do Poder Público, demonstram que o próprio Estado tem receio de sua Justiça e a torna, quando a pretensão é dirigida contra ele, inefetiva e ineficaz (BUENO, 2005, p. 214)

4.3. A Fazenda Pública e suas prerrogativas

4.2.1. Conceito de Fazenda Pública

O Código de Processo Civil de 1939 já utilizava a expressão Fazenda Pública para situações processuais que envolviam o Poder Público (exemplos: arts. 24, 32). O atual Código manteve a expressão que, de modo geral, é largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência.

Tradicionalmente a expressão Fazenda Pública se identifica com a área da Administração Pública que trata de gestão das finanças, bem como a fixação e implementação de políticas econômicas. Assim, num conceito relacionado com finanças estatais, teria relação com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público. No entanto, esse não é o único sentido dado ao termo, podendo também significar o Poder Público em juízo (CUNHA, 2011, p. 15).

Segundo Hely Lopes Meirelles:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. (MEIRELLES apud CUNHA, 2011, p. 15)

Mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira, no processo em que haja a presença de uma pessoa de direito público, esta pode ser designada, genericamente, de Fazenda Pública (CUNHA, 2011, p.15). Assim, podemos entender que a expressão fazenda pública representa a “personificação do Estado” (DINAMARCO apud CUNHA, 2011, p. 15).

Dentro desse contexto, cabe mencionar o posicionamento do STF (RE 220.906) no sentido de atribuir o regime processual dos entes públicos a entes de direito privado, desde que destinados à prestação de serviços públicos. Assim, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) goza das mesmas garantias extensíveis aos entes de direito público. Contudo, isso não se estende às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

O objetivo de extrair significado preciso do termo “Fazenda Pública” é delimitar o âmbito de incidência das normas garantidoras de prerrogativas processuais.

4.2.2. Prerrogativas da Fazenda Pública e sua necessária correlação com o interesse público

A Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã, tendo o dever de zelar pela sua proteção (DI PIETRO apud CUNHA, 2011. p. 34). O fundamento para a existência de prerrogativas processuais decorre do fato de a Fazenda Pública tutelar o interesse público. Mas o que é interesse público?

O interesse público, tão promiscuamente invocado, é desses conceitos jurídicos indeterminados. Mas é dos mais polissêmicos. A sua indeterminada fluidez propicia a utilização para fins antagônicos, prestando-se a encerrar todo debate, como se sua menção, por intuitiva autoridade, impedisse divagação sobejante (PEREIRA, 2003, p.40).

Cabe conceituar interesse público, pois as prerrogativas processuais não são diretamente da pessoa jurídica em juízo, pois o “interesse é público quando se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem” (CUNHA, 2011, p. 34). “O interesse público não se confunde com interesse do Estado, nem com o interesse do governo, tampouco com o interesse do agente”. (JUSTEM FILHO apud FREITAS, 2009, p.54). Confundir interesse público com interesse do Estado é uma visão condescendente com o totalitarismo, e que deve ser rejeitada (PEREIRA, 2003, p. 42).

Além disso, “não há uma somatória de interesses individuais que, num passe-de-mágica, possa ser convertido em interesse público” (JUSTEM FILHO apud FREITAS; 2009, p. 54).

O Estado Democrático de Direito pregado pela Constituição Federal não pode entronizar conceito singelamente algébrico: aqueles que lograrem adesão a um coincidente objetivo terão o poder a sua disposição, subjugando os demais. (PEREIRA, 2003, p. 42)

Interesse público não é interesse da maioria, pois não vivemos numa ditadura da maioria. A organização social deve ser regida por valores que tenham dignidade perene, mesmo (e principalmente) que para resguardo de minorias, pois a democracia “deve ser essencialmente qualitativa; muito secundariamente quantitativa” (PEREIRA, 2003, p. 42).

Feitas essas considerações, podemos definir interesse público como:

A soma dos interesses de todos os componentes do grupo social. Não se trata de mera adição algébrica dos “interesses individuais”, pois, sob este ângulo, há colisão e recíproca anulação. Cuida-se de perspectiva idealística, em que a pessoa é enfocada em face de sua inserção no contexto coletivo, jamais em consideração aos seus circunstanciais e isolados predicados. (PEREIRA, 2003, p. 45)

Em atenção ao princípio da isonomia, de acordo com a igualdade proporcional, própria da justiça distributiva, é preciso indagar a legitimidade das prerrogativas da Fazenda Pública, de modo a limitá-las, para que realmente estejam a serviço do interesse público primário, definido como o verdadeiro interesse a que se destina a Administração Pública, pois tutela o interesse da coletividade e possui supremacia sobre o particular, diferenciando-se, assim, da mera proteção do interesse público secundário, que tutela apenas o patrimônio do Estado.

Não atendendo a este fim, devem ser vistas como meros privilégios, carecedores de legitimidade dentro do nosso ordenamento jurídico, devendo, portanto, serem banidos os privilégios.

O elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente. (TAVARES, 2010, p. 595).

Ante o exposto, vamos passar a analisar a legitimidade das restrições impostas à antecipação da tutela quando está é proposta em desfavor da Fazenda Pública.

Capítulo 5 – Restrições à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública

" O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada"

Rudolf von Ihering

O presente capítulo tem por objetivo analisar as hipóteses de vedação de antecipação da tutela. Desde o início do trabalho, defendemos o fundamento constitucional da técnica antecipatória, assim muito do que será descrito agora parte das premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, principalmente no tocante ao direito a uma tutela adequada e direito fundamental a uma boa administração, duas garantias que demandam a intervenção e o controle do Poder Judiciário.

Por óbvio que o direito a tutela adequada não é um princípio absoluto, pois nenhum o é; mas também o regime de precatórios não possui caráter absoluto. Então, cabe ponderar os interesses em conflito no caso concreto. A grande súplica deste trabalho é defender a ideia de que o juiz não pode ser alijado da análise do caso concreto.

Se não há limites ao controle jurisdicional da Administração pelo Estado, devem também ser evitadas soluções infraconstitucionais que criem limites meramente fáticos ou operacionais, ou seja, óbices que injustificadamente inutilizem a tutela jurisdicional, de modo que ela se torne inadequada ou intempestiva. (TALAMINI, 2009, p. 14)

Além disso, temos que analisar criticamente a escolha de nossos legisladores em usar o funcionalismo público como válvula de escape dos problemas econômicos. As intempéries financeiras devem ser divididas entre toda sociedade, assim como os ganhos também. O que essas vedações propõem é direcionar o problema ferindo principalmente os direitos dos servidores. Os problemas de ordem financeira precisam ser resolvidos, mas de maneira isonômica.

5.1. Argumentos inicialmente utilizados na fundamentação da vedação da antecipação da tutela em desfavor da Fazenda Pública

Logo após a Reforma de 1994, que implantou o poder geral de antecipação da tutela, surgiu intensa discussão doutrinária acerca da possibilidade de o novo instituto ser utilizado em face da Fazenda Pública. Existiam à época dois principais argumentos contrários: o reexame necessário e a execução dos débitos pelo regime de precatórios.

Contudo, depois da lei que disciplina a antecipação da tutela em face do Poder Público, tal discussão começou a perder sentido. Restou assim, solidificada a viabilidade do instituto em desfavor da Fazenda Pública. Atualmente, a discussão está centrada nos limites dessa antecipação, se é que existem limites. Investiga-se também se tais limites possuem legitimidade dentro da nossa ordem constitucional.

Em virtude disso, vamos analisar resumidamente o reexame necessário e o regime de precatórios.

5.1.1. Reexame necessário

O reexame necessário possui natureza jurídica de condição para eficácia da sentença (CUNHA; DIDIER, p. 514, 2012). De acordo com art. 475 do CPC, tem cabimento nas sentenças proferidas em desfavor da fazenda pública e nos embargos acolhidos, no todo ou em parte, à execução de dívida ativa. Além disso, há casos de remessa necessária previstos na legislação extravagante, tais como: sentença concessiva de mandado de segurança (art. 14, §1º da Lei 12.016/09) e sentença que extingue ação popular por carência de ação ou improcedência do pedido (art. 19 da Lei 4.717/65).

Parte da doutrina entende que o reexame necessário constitui óbice à técnica antecipatória. Nesse sentido, a doutrina de Francesco Conte:

Descabe, reiterar-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não confirmada pelo tribunal (art 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a fortiori, não tem, na espécie,

aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença). (CONTE apud FREITAS; 2008, p. 7334)

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio, quando relator da ADI 1.576/DF:

Como gritante paradoxo emprestar-se aos preceitos disciplinadores da tutela antecipada alcance a apanhar a Fazenda Pública, quer federal, estadual ou municipal, enquanto a sentença, ou seja, a entrega da prestação jurisdicional, após a observância do contraditório, do devido processo legal, não surte de imediato, efeitos, ficando estes na dependência de confirmação.

Contudo, temos opinião divergente, no sentido de que “a eficácia da tutela antecipada não se subordina a reexame necessário” (TALAMINI, 2009, p. 16). Segundo o entendimento de Antônio Cláudio da Costa Machado, o duplo grau de jurisdição obrigatório para as sentenças “não é barreira à emissão de decisões interlocutórias em contra o Estado, mas apenas garantia de que, havendo uma sentença desfavorável a ele, esta será necessariamente reapreciada por um tribunal” (MACHADO apud FREITAS, 2008, p. 7333).

Aliás, mesmo quando a antecipação da tutela é veiculada no bojo da sentença, ela não fica sujeita ao efeito suspensivo de eventual apelação interposta pela Fazenda (art. 520, VII).

Dessa forma, é possível concluir que o “o reexame necessário há de ser compatibilizado com a decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências dele decorrentes” (ZAVASCKI, 2009, p. 190).

5.1.2. Regime de precatório

O precatório é uma forma de pagamento na execução de quantia certa contra o Poder Público, pois “quando a Fazenda Pública é o devedor, as regras gerais de expropriação não têm aplicação, porquanto os bens públicos são impenhoráveis e inalienáveis” (BRAGA; CUNHA; OLIVEIRA; DIDIER; 2012, p. 723).

Assim, a execução contra a Fazenda Pública deve ser feita por meio do regime de precatórios, possuindo regras próprias, que estão contidas no art. 100 da Constituição Federal, assim como em regras do ADCT da própria Constituição, bem como nos arts. 730, 731 e 741 do CPC.

Em relação ao presente trabalho, interessa saber que o precatório, para ser expedido, exige o trânsito em julgado, de acordo com a modificação realizada pela Emenda Constitucional 30 de 2000. Em virtude disso, parte da doutrina vislumbrou óbice à antecipação da tutela em face da fazenda pública. Contudo, sem razão.

No tocante, há que considerar que o regime de precatório como regime de execução instituído constitucionalmente diz respeito exclusivamente às obrigações de pagar quantia certa. Assim, em relação às demais obrigações e deveres (faz, não fazer, dar coisa certa), o Poder Público está sujeito ao regime executivo aplicável às pessoas e instituições de direito privado, seja no que se refere à execução definitiva das sentenças, seja no que se refere à sua execução provisória, seja no diz respeito ao cumprimento das medidas antecipatórias (ZAVASCKI, 2009, p. 190).

Ante o exposto, temos que o regime de precatórios não é óbice absoluto à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. Contudo, nos casos envolvendo obrigação de pagar quantia certa, nem sempre será possível, sendo necessário analisar o caso concreto, devendo a medida ser aceita em casos de caráter excepcionalíssimo.

Cabe, assim, indagar se diante de uma obrigação de dar quantia certa caberá antecipação da tutela. Nesta questão, seguindo o entendimento de Juarez Freitas, entendemos que é possível a excepcional suspensão do regime de precatório, desde que analisados os valores em conflito no caso concreto.

O controle de proporcionalidade (inclusive das algo impropriamente denominadas políticas públicas) passa a ser, nesse horizonte, realizado de modo mais ativo (semdebilitar o ativismo social), pois se admite a discricção somente para que o agente providencie, com eficácia e eficiência, a efetivação das vinculantes finalidades esconstitucionais (algo vital, por exemplo, em relação à garantia do direito à saúde, que justifica, sim, a excepcional suspensão até de uma regra como a do art. 100 da CF, como bloqueio de recursos públicos para garantia fundamentada de remédios de uso contínuo, sem que isso implique sucumbir a artimanhas ou a emotivismos). (Freitas, 2008, p. 3)

Nesse sentido, temos a decisão do STJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, determinando o bloqueio de verbas públicas para a concessão de medicamento. Em face da importância da decisão, transcrevo por inteiro a ementa.

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. *NOVEL* ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. A obrigação de fazer que encerra prestação de fornecer medicamentos admite como meio de sub-rogação, visando adimplemento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor do ente estatal, bloqueio ou sequestro de verbas depositadas em conta corrente.

2. Isto por que, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e *a fortiori* serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

3. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "*imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

5. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à

dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º:

"Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente."

6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

8. *In casu*, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na negativa do bloqueio de valor em numerário suficiente à aquisição de medicamento equivalente a três meses de tratamento, que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

9. Agravo Regimental Desprovido.

AgRg no REsp 888325 (2006/0211753-6 - 29/03/2007)

Diante do exposto, podemos afirmar que não existem óbices insuperáveis à antecipação da tutela em face do Poder Público, pois a mesma fundamentação que legitima a atuação jurisdicional urgente em outros casos, coloca-se nos conflitos envolvendo entes públicos (TALAMINI, 2009, p. 15). Superada a questão do reexame necessário e regime de precatórios, cabe analisar as leis restritivas à antecipação de tutela.

5.2. Restrição específica da antecipação de tutela: análise da evolução legislativa

Em decorrência de manobras políticas para contornar situações desfavoráveis ao Poder Público, bem como fruto da má técnica legislativa, temos como resultado uma legislação referente ao direito processual público bastante confusa. O resultado disso é uma gama de dispositivos legais que se sobrepõe e se fundem, tanto para regular a tutela cautelar, como para a concessão de tutela antecipatória em desfavor da Fazenda Pública.

5.2.1. Lei 2.770 de 1956

A tentativa de limitar a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos em desfavor da Fazenda Pública não é recente. Tais restrições sempre estiveram, invariavelmente, ligadas a determinada conjuntura histórica e econômica (BENUCCI, 2001, p. 48 e 49). Corroborando essa visão, temos a Lei 2.270/56 que suprimiu a concessão de medidas liminares para a liberação de mercadorias de procedência estrangeira, no intuito de proteger a incipiente indústria automobilística nacional.

Em relação a essa legislação, o Supremo Tribunal Federal editou, na década de 60, a Súmula 262.

Súmula 262/ STF: Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel.

5.2.2. Lei 4.348 de 1964

Já na década de 60, poucos meses após o início da Ditadura Militar, foi promulgada a Lei 4.348, buscando reduzir as discussões judiciais que surgiram após uma reforma administrativa. Ficou proibida a concessão de liminar em mandado segurança visando à

reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

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

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

Além disso, a lei supracitada foi responsável pela criação do instituto do requerimento de suspensão diretamente ao tribunal, já que, nessa época, não cabia recurso das decisões interlocutórias em mandado de segurança.

Sobre o requerimento de suspensão, temos o ensinamento de Nelson Nery Júnior, demonstrando o caráter ditatorial do instituto:

A medida foi introduzida no direito positivo brasileiro em plena vigência da ditadura militar que se instaurou no Brasil a partir de 1 de abril de 1964. Autoritária, a suspensão da segurança caracteriza-se como braço da ditadura para manutenção da força do Estado em detrimento dos direitos fundamentais do cidadão. Com efeito, ainda que o juiz reconhecesse que a autoridade pública ameaçara ou praticara ato ilegal ou abusivo, que causara lesão a direito líquido e certo do administrado, concedendo, portanto, a liminar ou a segurança mesma, ainda assim esse ato jurisdicional, jurídico e constitucional, poderia ter sua eficácia suspensa se a autoridade alegasse uma das causas da lei n. 4.349/64. (NERY JÚNIOR, 2009, p.118/119)

Assim, resta comprovado o caráter autoritário dessa legislação, devendo tais vedações há muito terem sido extirpadas do nosso sistema. No entanto, o caráter totalitário da Ditadura Militar deixou um triste legado, pois apesar de a Lei 4.349/64 ter sido revogada pela nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016/09), o requerimento de suspensão foi mantido.

5.2.3. Lei 5.021 de 1966

Seguindo nesse intuito de limitar o acesso à tutela adequada e justa, o legislador adicionou mais uma restrição à concessão em mandado de segurança.

Art . 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e

municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

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

Assim, agravou-se a situação do servidor público. Criou-se mais uma limitação à tutela de urgência, assim como o pagamento de parcelas atrasadas ficou limitado a data do ajuizamento do processo. Segundo Renato Benucci, essa foi a saída encontrada pelo governo para conter o acesso ao judiciário daqueles que se sentiram lesados pela reforma administrativa implantada (BENUCCI, 2001, p. 49).

Assim, em virtude da impossibilidade de os servidores públicos buscarem seus direitos pelo mandado de segurança, iniciou-se o uso exacerbado de ações cautelares, com pedidos de medidas liminares contra o Poder Público. Tal fenômeno acabou dando causa à edição da Lei 8.437/92 que vedou o cabimento de liminar nos casos em que houvesse proibição para o mandado de segurança.

5.2.4. Lei 8.076 de 1990

Já a Lei 8.076/90 impediu a concessão de liminar em cautelar e em mandado de segurança, em uma série de situações, no intuito de limitar a discussão acerca das reformas econômicas implantadas pelo Plano Collor (BENUCCI, 2001, p. 49).

5.2.4. Lei 8.437 de 1992

Tal lei vedou o cabimento de medida liminar toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal.

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

Vedou o provimento de urgência, no juízo de primeiro grau, quando estiver sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência

originária de tribunal. Contudo, tal disposição não é aplicável aos processos de ação popular e ação civil pública.

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

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

Além disso, o parágrafo 3º do art. 1º determina que a liminar não poderá esgotar no todo ou em parte o objeto da ação. Segundo Eduardo Talamini, “tal preceito não prima pelo apuro terminológico” (TALAMINI, 2009, p. 19)

O objeto da demanda (o reconhecimento e [ou] a atribuição de um bem da vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre restará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que, juridicamente, o provimento de urgência, uma vez que é provisório, é sempre reversível. (TALAMINI, 2009, p. 19/20)

Para nós, tal vedação encontra correspondência com a irreversibilidade pros efeitos do provimento de urgência, presente no §2º, do art. 273, do CPC, que afirma que “não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Cabe destacar que tal vedação não possui caráter absoluto, devendo ser afastada sempre que o interesse que vier a ser gravemente prejudicado pela falta da medida antecipatória for mais urgente e importante que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação. (TALAMINI, 2009, p, 20)

5.2.5. Lei 9.494/97 de 1997

A preocupação com antecipação de tutela em desfavor do Poder Público fez com que o Poder Executivo editasse a medida provisória 1.570 em março de 1997, estendendo as vedações de medidas urgentes em mandado de segurança ao procedimento de antecipação de tutela. Essa medida provisória foi convertida na Lei 9.494/97, objeto da Ação Direita de Constitucionalidade nº4.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº

4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O intuito dessa lei foi regular a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, em virtude de questões financeiras do Estado. Na época estava em discussão a concessão de um reajuste apenas para os militares num percentual de 28,86%, em detrimento dos servidores civis. Além disso, a Lei 9.494/97 proibiu tutela antecipada que a fim de deferir a compensação dos créditos tributários ou previdenciários.

Assim, restou estendido à antecipação de tutela todas as vedações, anteriormente estudadas, que antes existiam em relação às cautelares e liminares em mandado de segurança.

5.2.6. Nova lei do Mandado de Segurança

Por fim, cabe destacar que a nova lei do Mandado de Segurança não trouxe grandes mudanças, mantendo as vedações anteriormente estabelecidas.

Art. 7º, § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Listadas essas restrições legais, cabe verificar se elas são compatíveis com a Constituição Federal e como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado tais vedações.

Capítulo 6 – Da inconstitucionalidade da vedação *in abstracto* da técnica antecipatória

"O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos"

José Afonso da Silva

A lei 9.494/97, que criou vedações à antecipação da tutela em face do Poder Público, foi alvo de duras críticas pela doutrina que, em grande parte, a entendia como sendo inconstitucional, por vislumbrarem afronta ao “direito às tutelas preventivas, à proteção contra ameaça a direito” (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA; 2012, p. 553).

O Plenário do STF, contudo, na ADC nº4 entendeu, por maioria de votos, que a referida lei é constitucional. Ainda assim cabe indagar a constitucionalidade de tais dispositivos, pois não podemos aceitar o resultado do controle concentrado como verdade absoluta, ainda que tenha emanado do órgão responsável por declarar em última instância a constitucionalidade das leis. A tutela adequada, que pode ser concedida por meio da técnica antecipatória, por exemplo, além de estar garantida na Constituição, faz parte de um anseio social por justiça, conforme estudado por Cassio Scarpinella Bueno:

Uma observação que reputo importante a esse propósito: o direito processual – isto é, cá entre nós, deve servir para todo o direito – não está na “natureza”. Ele é nitidamente uma opção política, social e cultural. A lei pode alterá-lo, criar novos institutos, novas lógicas, novos procedimentos, mesmo que isso ocasione, em maior ou menor escala, rupturas com o passado. Evidentemente que a tradição é fundamental; evidentemente que institutos consagrados e bem experimentados por séculos e séculos de prática judiciária são necessário e não podem, simplesmente, ser apagados ou desprezados. Mas – e aqui a importância da observação – essa tradição tem de aprender a viver com o que é novo e, como ocorre com a antecipação de tutela, com aquilo que é necessário, não só por uma imposição da Constituição Federal (art. 5º, XXXV), mas, também por uma ânsia social de Justiça. É nesse contexto que se põe o verdadeiro desafio de uma interpretação sistemática – verdadeiramente sistemática, desde a

Constituição Federal – dos novos institutos processuais, dentre eles o da tutela antecipada. (BUENO, 2004, p. 145/146)

Para cumprir esse anseio social por justiça, é preciso entender que Direito – visto como ciência – não pode ficar limitado em sua atividade investigativa ao que fora decidido pelo STF, até porque a jurisprudência do STF pode mudar. Assim, em síntese, defendemos a ideia de que é importante que “o direito seja estável, mas não estático, desejando-se sempre, quando necessária for a mudança, que seja no sentido do progresso” (DIAS, 1998, p.1).

6.1. Correntes dentro do Supremo

No STF existem três correntes em relação à interpretação da garantia da tutela jurisdicional em caso de ameaça a direito. A primeira delas afirmada pelo Ministro Celso de Mello e Carlos Velloso, sustenta que a lei que veda a concessão de liminares agride o art. 5º, XXXV, da CF, podendo ser expressa através da seguinte passagem do voto do Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar na ADI 233/DF:

A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material.

Para o Ministro Celso de Mello, o caráter programático do direito à saúde, por exemplo, não pode converter-se em promessa insequente, sob pena de o Poder Público frustrar justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Com efeito, não basta que “o Estado meramente proclame o reconhecimento forma de um direito” (RE 393.175/06).

Esse posicionamento permite que em casos de extrema urgência, o regime de precatórios seja relativizado, em virtude de um conflito que se mostra insuperável. É o que ocorre quando a prestação em dinheiro tem por objetivo a aquisição de medicação de urgente necessidade (ZAVASCKI, 2009, p. 192).

A segunda corrente é radicalmente oposta, sendo defendida pelo Ministro Moreira Alves:

O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário. (MC na ADI 223/DF)

Tal posição não merece guarida, pois defende a superada ideia entre direito de ação como direito a uma sentença de mérito (MITIDIERO, 2012, p. 166).

O direito fundamental de ação garante a efetiva tutela do direito material e, por consequência, a técnica antecipatória, imprescindível para permitir a antecipação da tutela e, dessa forma, dar efetividade à tutela inibitória – capaz de impedir a violação do direito – e, além disso, evitar a prática de ilícito e a ocorrência de eventual dano. (MITIDIERO, 2012, p. 167)

Já a posição capitaneada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, tenta ocupar uma postura conciliadora, enunciando que não é correto recusar constitucionalidade a toda e qualquer limitação legal à outorga de liminar, devendo a lei restritiva ser analisada segundo um critério de razoabilidade.

A solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional por abusiva. (MC na ADI 223/DF)

Para Sepúlveda Pertence, “a restrição à concessão de liminar pode se mostrar abusiva (e aí a lei ser considerada inconstitucional) em determinado caso concreto e não em outro” (MARINONI, 2009, p. 267).

6.2. Posições doutrinárias

6.2.1. Apenas a tutela concedida ao final do processo é protegida constitucionalmente

Calmon de Passos é um dos representantes da corrente doutrinária que entende ser possível restringir o âmbito da tutela antecipada, pois para ele a proteção constitucional dirige-se apenas à tutela definitiva, sendo entendida como aquela a ser concedida ao final do processo. Segundo o referido autor,

Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado.

[...]

Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei eliminem ou restrinjam a antecipação da tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses. (PASSOS apud DE ANGELIS, 2010, p.1)

Discordamos dessa posição por entendermos que a Constituição não garante meramente uma proteção ao que for decidido ao final do processo. Para nós, o cidadão tem direito a um processo que seja justo. Não sendo assim, pouco importará todo nosso sistema jurídico se o descumprimento de obrigações por parte do Poder Público não puder ser resguardado pelo Judiciário de maneira adequada, pois a inafastabilidade da jurisdição, e os outros mandamentos constitucionais que com ele se inter-relacionam, não garante ao cidadão apenas possibilidade de se ingressar em juízo, mas sim uma proteção judicial efetiva (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 591).

6.2.2. Normas são constitucionais, mas podem ser afastadas na análise do caso concreto

De acordo com Teori Zavascki, as restrições estudadas no capítulo 5 não são inconstitucionais, desde que na formulação da regra restritiva sejam observados o princípio da necessidade, o princípio da menor restrição possível e a salvaguarda do núcleo essencial. Vejamos o conteúdo de cada um desses princípios de acordo com o autor.

- a) o princípio da necessidade , segundo o qual a limitação somente será legítima quando for efetivamente necessária, ou seja, quando operar em situações de real conflito entre direitos fundamentais de mesma hierarquia;
- b) o princípio da menor restrição possível, segundo o qual a restrição imposta há de se operar em limites razoáveis, não mais extensos que os necessários à formulação de regra solucionadora do conflito;
- c) o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual a regra de solução do conflito não será legítima quando, a pretexto de harmonizar direitos conflitantes, acabar eliminando um deles ou retirando dele a sua essência elementar. (ZAVASCKI, 2009, p. 205)

Dentro desse contexto, o autor afirma que os valores segurança jurídica e efetividade quando contrapostos devem sofrer limitações, a fim de que ambos continuem existindo.

Ao disciplinar os mecanismos jurisdicionais de outorga de tutela provisória, está o legislador ordinário submetido à tração de duas forças com direção oposta: de um lado a preservação da efetividade da jurisdição e, de outro lado, a do resguardo da segurança jurídica. (ZAVASCKI, 2009, p. 204)

A base de seu pensamento é a ponderação desses valores, contudo, há que se entender que o valor verdadeiramente em conflito é a tutela adequada em face do regime de cumprimento das obrigações de dar quantia certa do Poder Público. Segurança e efetividade, assim, fazem parte do núcleo do direito a um processo justo, mas o que há de ser analisado é em que sentido os privilégios da Fazenda Pública podem minimizar o direito a uma tutela adequada.

Nesse sentido, destacamos a lição de Cassio Scarpinella Bueno,

Não pretendo pesquisar qual dispositivo da Constituição deve preponderar perante outro, Minha preocupação aqui é de ordem mais prática. Trata-se apenas e tão-somente, de verificar em que medida ato infraconstitucional ou emenda à Constituição pode, ou não, postergar a satisfação de um direito, reconhecido em prol do particular, mesmo que em face do Estado, para um futuro incerto e não sabido. Que depende não de uma programação financeira específica (e, bem ou mal, típica do sistema brasileiro, o precatório) mas de um “tempo”, designado pela necessidade de trânsito em julgado da decisão jurisdicional respectiva. (BUENO, 2004, p. 2005).

O conflito entre segurança e efetividade está presente em qualquer lide, sejam os litigantes entes públicos ou particulares. Não é esse o cerne da questão. A peculiaridade do

tema está em, após sopesar esse dos dois valores, ponderar esse resultado com os óbices impostos ao cumprimento efetivos das obrigações do Estado. Dessa forma, temos que admitir Teori Zavascki avança na questão, mas ainda não encontra uma resposta satisfatória.

6.2.3. Inconstitucionais das vedações

O problema da visão anterior é que ela ignora o fato de que “caso o juiz se convença de que a liminar não é imprescindível, a conclusão não será de que a lei restritiva é constitucional, mas sim de que a liminar não deve ser concedida em razão do caso concreto” (MARINONI, 2009, p. 267/268). Além disso, a posição anterior ignora o fato de que para o juiz se convencer de que a liminar não deve ser concedida, ele deverá necessariamente admitir a inconstitucionalidade da lei (MARINONI, 2009, p, 268).

O ponto chave, para a solução da questão, está em perceber que a lei proíbe a própria aferição dos pressupostos da liminar, embora se fale, por comodidade de linguagem, que a lei proíbe a concessão de liminar. Uma lei que proíbe a aferição dos pressupostos necessários à concessão de liminar obviamente nega ao juiz a possibilidade de utilizar instrumentos imprescindíveis ao adequado exercício de seu poder. E, ao mesmo tempo, viola o direito fundamental à viabilidade da obtenção da efetiva tutela do direito material. (MARINONI, 2009, p. 268)

A Constituição obriga o legislador infraconstitucional “a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos” (MARINONI, 2009, p.134) Assim, “a aferição do *periculum in mora* não pode ser subtraída do Poder Judiciário e chamada ao plano da norma, sob pena de desrespeito ao direito à adequada tutela jurisdicional” (MARINONI, 2009, p. 135).

Acreditamos que a técnica antecipatória “nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional” (MARINONI, 2009, p. 140). Sendo assim, “a Medida Provisória 173/90, ao ferir o princípio da inafastabilidade, retirou do Poder Judiciário parcela de suas atribuições, lesionando de forma evidente o princípio da separação dos poderes”. (MARINONI, 2009, p., 140)

O cidadão não possui mero direito de acessar ao judiciário. Vamos além, defendemos que a Constituição assegura “direito fundamental ao processo justo” (MITIDIERO, 2012, p.

15), que se concretiza através de uma tutela que seja adequada, que poderá ser concedida mediante cognição sumária ou exauriente.

O direito a um processo justo deverá estar em consonância com o todo que compõe a nossa ordem jurídica, não se podendo criar “bolsões de ineficácia”, pois “nenhuma ordem jurídica pode ser digna desse nome se não realiza os direitos por ela proclamados” (MITIDIERO, 2012, p. 16). Dessa forma,

Pouco importa um direito se não existem técnicas processuais idôneas para a sua efetiva realização (...) não só o direito da parte corre muitas vezes o risco de soçobrar, mas também o império do direito que alimenta e constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional expõe-se ao sério risco de ver-se eclipsado por atos de força praticados indevidamente fora do abrigo de sua normatividade. (MITIDIERO, 2012, p. 16)

O processo civil precisa ser pensado através da ótica dos direitos fundamentais, devendo ser compreendido “como o conjunto das técnicas processuais que devem permitir o efetivo alcance da tutela prometida pelo direito substancial” (MARINONI apud MITIDIERO, 2012, p.9).

Assim, podemos concluir que

O direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela adequada e efetiva e tem foro constitucional entre nós. Pensar de modo diverso implica em grave ofensa à adequação da tutela jurisdicional e à paridade de armas no processo civil (art. 5º, I, CF), sobre admitir-se que, quando ré a Fazenda Pública em processo judicial, pouco interessa à ordem jurídica a lesão ou ameaça de lesão dos direitos dos particulares, lógica essa que evidentemente é contrária ao Estado Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e preocupado com a efetiva tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF). (MITIDIERO, 2012, p. 166/167)

Dentro dessa perspectiva, não há que se falar em vedação da tutela adequada quando a prestação depende do Poder Público. Não podemos admitir que o Estado tenha receio de sua própria justiça, tornando-a inefetiva e ineficaz quando a prestação é dirigida contra ele (BUENO, 2005, p. 214).

A relação entre as partes num processo deve ser calcada na igualdade, sendo intoleráveis privilégios que firam o direito a um processo judicial justo. Conforme analisamos no capítulo 4, as prerrogativas da Fazenda Pública devem estar baseadas na proteção do interesse público e na igualdade material. Assim, devemos considerar que:

Deve-se considerar que o princípio da isonomia é um signo essencial para a democracia e, por isso, de extrema importância quando da apreciação de constitucionalidade de normas, principalmente por se relacionar às decisões judiciais e ao processo legislativo. (BARROS; VILELA, 2011, p. 6).

Pro fim, após defendermos a inconstitucionalidade de tais vedações, cabe esclarecer que “não se trata, destarte, de discussão quanto à existência de prerrogativas ou privilégios da Fazenda Pública em Juízo. O que os dispositivos aqui analisados reservam para o Poder Público é a suma total e completa imunização do Poder Judiciário” (BUENO, 2005, p. 214)

Capítulo 7 – Alcance do julgamento da ADC⁴ – Análise da jurisprudência do STF

Nenhuma ordem jurídica pode ser digna desse nome se não realiza os direitos por ela proclamados.

Daniel Mitidiero

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou duas vezes, por meio do controle concentrado, sobre a constitucionalidade das leis que vedam a concessão de tutelas de urgência contra o Poder Público. A primeira ação (ADI-MC n. 223) foi extinta por perda do objeto. Depois a Ação Direta de Constitucionalidade nº4 julgou a art. 1º da Lei 9.494/97 constitucional.

A consequência prática disso é que o juiz não pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, sob pena de a Fazenda Pública usar o remédio da Reclamação Constitucional perante o STF, a fim de cassar a decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade.

Diversas foram as reclamações ajuizadas. Nesses contínuos pronunciamentos do STF, pode-se perceber a exata compreensão do *alcance* do julgamento da ADC n. 4, conforme estudaremos no presente capítulo.

7.1. Demandas previdenciárias

Em 2003, o STF sumulou o entendimento de que não existe vedação à antecipação de tutela em lides de natureza previdenciária.

Súmula 729: A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de Natureza previdenciária.

A súmula surgiu para amenizar a irresignação da Autarquia Previdenciária, que afirmava que a antecipação em lides previdenciárias esgotava o mérito da ação (STF, RCL 1014-7/RJ). O INSS – claramente – confundia esgotamento do mérito com o fato de verbas

alimentares serem irrepetíveis, entendimento sumulado pela Turma Nacional de Uniformização.

Súmula 51: Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento.

A análise das decisões que deram à Súmula 729 do STF demonstra, a nosso ver, que a premissa utilizada foi equivocada, pois partiu-se da ideia de que as vedações legais à antecipação de tutela não se referem “a benefícios previdenciários garantido ao segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos” (STF, Rcl 1015).

As decisões judiciais que serviram de base à súmula 729 no STF, não abordavam a previdência dos servidores públicos, o que causou dúvida quanto à possibilidade de aplicação da súmula 729 em relação às demandas envolvendo servidores ligados ao regime próprio de previdência.

Felizmente, o entendimento da Súmula 729 foi devidamente alargado para incorporar também o regime próprio de previdência dos funcionários públicos, não se limitando às demandas em que o INSS se afigure como réu.

Reclamação. 2. Matéria previdenciária. Concessão de tutela antecipada em favor de menores impúberes, para recebimento de pensão de policial militar. 3. Alegada violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4, Rel. Ministro Sydney Sanches. 4. Inaplicabilidade da decisão proferida na ADC no 4 a matéria previdenciária. Precedentes: Reclamações 798, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1.015 e 1.122, da relatoria do Ministro Néri da Silveira. 5. Reclamação que se julga improcedente (Rcl 1831, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 22-08-2003 PP-00021 EMENT VOL-02120-01 PP-00024)

Reclamação: descabimento: antecipação de tutela que, quanto à questão de fundo - integralidade de pensão de servidor público - está de acordo com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal, além de se tratar de questão previdenciária, que não é alcançada pelas vedações da L. 9.494/97 objeto da ADC 4-MC. Precedentes

(Rcl 3935 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2006, DJ 10-08-2006 PP-00020 EMENT VOL-02241-02 PP-00369)

Assim, entendemos que além de antecipação de implantação de benefício previdenciário não estar incluída dentre as vedadas legalmente, importa destacar também que tais medidas constituem obrigações de fazer, de modo que não há falar em impenhorabilidade dos bens públicos, tendo em vista que o cumprimento não se faz por meio de precatório ou entrega quantia certa. O que ocorre é a implantação de um benefício, ainda que haja reflexos financeiros.

7.2. Demandas tributárias

A nova lei de mandado de segurança manteve a vedação a compensação de créditos tributários e previdenciário por meio de antecipação de tutela. Contudo, tal vedação não afasta a possibilidade de utilizar o instituto em demandas tributárias. A vedação restringe-se à compensação de tais créditos.

Assim, é possível suspender descontos de contribuição previdenciária, ainda que referente à remuneração de servidor.

Reclamação. Tutela antecipada. Decisão que, antecipando a tutela nos autos de ação ordinária, impediu descontos a título de contribuição previdenciária do servidor. Inexistência de desrespeito à decisão do Plenário na ADC nº 4. Reclamação improcedente.

(Rcl 1601, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00072 EMENT VOL-02096-01 PP-00

Além disso, é possível impedir a inscrição em dívida ativa.

EMENTA: Reclamação. Tutela antecipada. Decisão que, antecipando a tutela nos autos de ação _nulatória, impediu a inscrição de débito fiscal na dívida ativa e a consequente execução fiscal. Inexistência de desrespeito à decisão do Plenário na ADC nº 4. Reclamação improcedente.

(Rcl 1161, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 28/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00072 EMENT VOL-02096-01 PP-00050)

Consolidando o que já era permitindo pela jurisprudência, a Lei Complementar 104 de 2001, inseriu o art. 151, inc. V, consignando permissão expressa ao uso da técnica antecipatória em demandas tributárias. Vejamos a redação do dispositivo legal.

Art. 151 Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

7.3. Demandas envolvendo servidores públicos

Não é qualquer demanda ligada a servidores público que impede a antecipação da tutela. Vejamos uma ementa bastante didática a respeito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADC 4/DF, REL. MIN. SYDNEY SANCHES. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL. AGRAVO DESPROVIDO. I - Cinco são as hipóteses para o indeferimento da antecipação de tutela no caso em comento: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que refira-se, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas II - O caso concreto não guarda pertinência com qualquer das hipóteses aventadas, razão pela qual nego provimento ao agravo regimental. III - Agravo desprovido.

(Rcl 6093 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00228)

Tais vedações “veiculam normas restritivas ao poder jurisdicional de tutela de urgência; regras que excepcionam a garantia geral que os jurisdicionados têm de obter tal proteção (CF, art. 5º, XXXV). Não podem, então, receber interpretação ampliativa” (TALAMINI, 2009, p. 19). Nesse sentido, dando interpretação restritiva às vedações, encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. EVENTUAL AFRONTA AO QUANTO DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADC 4-MC/DF. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL. SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA. RECURSO IMPROVIDO. **I - A decisão proferida pela Corte na ADC 4-MC/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, não veda toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas somente as hipóteses taxativamente previstas no art. 1º da Lei 9.494/1997.** II - Ausência de identidade material entre o caso aludido e a decisão tida como afrontada. III - A sentença de mérito prejudica a reclamação que se fundamenta na afronta à decisão da ADC 4-MC/DF. IV - A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos dos recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória. V - Agravo regimental improvido.

(Rcl 5207 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-01 PP-00153 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 161-166)

Assim, a nomeação de novos servidores poderá ocorrer em virtude de decisão judicial antecipatória, bem como a reintegração.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA NA ADC 4-MC/DF. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que não está abrangida pela ADC 4/DF decisão que, ao conceder antecipação dos efeitos da tutela, limita-se a assegurar a nomeação a candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro pretérito. II – Agravo regimental improvido.

(Rcl 7402 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011 EMENT VOL-02460-01 PP-00072 LEXSTF v. 33, n. 387, 2011, p. 140-144)

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Reintegração no posto. Restabelecimento de condição funcional. Retorno ao statu quo. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Pagamento consequente de vencimentos futuros. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito.

(Rcl 6468 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-02 PP-00255 RTJ VOL-00208-02 PP-00488)

A nomeação e a reintegração são amplamente aceitas pelo STF, destacando-se que, em ambos os casos, não há que se falar em antecipação de efeitos financeiros pretéritos. Além disso, não cabe aumento de remuneração, mas é possível impedir a sua redução por meio da técnica antecipatória,

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Restabelecimento. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. **Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial**

(Rcl 3483 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2006, DJ 28-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02230-01 PP-00198)

Passamos agora a analisar decisões que ampliam ainda mais a possibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Ressaltando ao leitor que tais decisões são relativamente recentes, demonstrando que a questão não está encerrada.

O STF decidiu que caberá antecipação de tutela para pagamento de verba indenizatória, tais como férias não gozadas.

EMENTA: MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário, nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório.

(Rcl 5174 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00205 RTJ VOL-00208-03 PP-01056)

Apesar de a decisão supracitada ser um avanço, as próximas vão além, sendo, sem exagero, revolucionárias, pois permitem a antecipação de tutela nos casos em que a prestação esteja em consonância com a jurisprudência do Supremo.

EMENTA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor Público. Militar da Aeronáutica. Vencimentos. Reajuste fundado nas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93. Aplicação do art. 37 X, da CF. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade da liminar deferida na ADC nº 4, a decisão em que o objeto da antecipação de tutela corresponda a prestação exigível nos termos da jurisprudência do Supremo.

(Rcl 4628 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00169 RTJ VOL-00208-02 PP-00478)

EMENTA: Agravo regimental em Reclamação. 2. Decisão reclamada que concedeu antecipação de tutela para determinar a incorporação aos vencimentos dos membros da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará o percentual de 11,98%. 3. A decisão agravada negou seguimento à reclamação sob o fundamento de que a questão de fundo discutida na decisão reclamada estaria em consonância com a reiterada jurisprudência

deste Tribunal, a partir do precedente julgado na ADI 1.797/PE. 4. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 3763 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00432)

Assim, resta esperança aos que entendem que mesmo em face do Estado, deve ocorrer redistribuição do ônus do processo, tanto em medidas de extrema urgência, como já vem ocorrendo nas ações de medicamento, quanto nas questões de grande evidência do direito alegado, a exemplo das decisões supracitadas que tomam por norte a jurisprudência da Suprema Corte como balizador do cabimento da antecipação da tutela.

CONCLUSÃO

A possibilidade de se antecipar a tutela foi um marco histórico na evolução do processo civil. Incorporou-se, assim, atividade executiva ao processo de conhecimento, dando início ao sincretismo processual que, em 2005, acabou por consolidar-se.

A técnica antecipatória, além de se preocupar com as situações de urgência, representou um avanço na redistribuição do ônus do processo, a fim de garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante do monopólio da jurisdição.

Modernamente não há que se preocupar tão-somente com a prestação jurisdicional, é preciso ir mais longe, buscando sempre tutela jurisdicional de direitos, de modo que o processo seja justo, a fim de atender as expectativas normativas e sociais dos cidadãos. A sociedade não se contenta mais com o mero direito de ação, representado muitas vezes pelo simples e formal pronunciamento de mérito, capaz unicamente de acabar com a crise de certeza instalada.

Dentro desse contexto, o escopo do presente trabalho foi a defesa do acesso ao Judiciário e, em consequência, a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, visto como um dos pilares sobre o qual se ergue uma sociedade democrática.

Acreditamos que, para que as leis tenham o condão de regular as relações sociais, é necessário que sejam garantidos meios de exercer controle e coerção. Dentro desse contexto, demonstramos a antecipação da tutela como forma de garantir um processo justo, preocupado com o risco de perecimento de bens com acentuado valor jurídico e social.

Infelizmente tivemos que falar o óbvio: a garantia de um processo justo outorgada pela Constituição não existe apenas quando presentes em juízo particulares, sendo necessário criarmos meios que garantam que o Poder Público também cumpra com os seus deveres.

A garantia constitucional de acesso à Justiça dirige-se diretamente ao legislador que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação dos poderes.

A inafastabilidade da jurisdição, gravada como cláusula pétrea, não pode ser abolida nem mesmo por emenda à Constituição; sendo assim, mostra-se grave a situação de normas infraconstitucionais diminuindo um direito de índole constitucional, ainda mais tendo isso ocorrido com a chancela do Supremo Tribunal Federal.

Não devemos aceitar tal situação, sendo necessário lutar por avanços na exigência das obrigações do Poder Público, e o ambiente acadêmico é um dos melhores locais para isso, pois ainda impera a liberdade e independência. Dessa forma, a luz da doutrina deverá continuar indicando na direção de serem inconstitucionais as restrições à concessão de liminares contra o poder público.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. 1ª Edição, 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROS, Pedro Henrique Gonçalves; VILELA, Ruan Didier Bruzaca Almeida. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Os princípios constitucionais e a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20305>>. Acesso em: 09.09.12.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **Prove inequívoca, verossimilhança e fundamentação no direito processual civil brasileiro**. Disponível em <http://www.adonias.adv.br/artigos/DPC_6.pdf>. Acesso em 02.11.2012.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinela. **O Poder Público em Juízo**. 3ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2011.

CUNHA, Leonardo Nunes. **Verdadeiras causas da morosidade na justiça**. 2011. Disponível em <http://leonardonunesdacunha.wordpress.com/2011/09/21/verdadeiras-causas-da-morosidade-na-justica/>. Acesso em 21.11.2012.

DE ANGELIS, Juliano. **Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública à luz da Constituição Federal de 1988.** Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/18091>>. Acesso em 09.10.2012.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. **Recurso contra decisão em consonância com jurisprudência assente das Cortes Superiores. Litigância de má-fé?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/794>>. Acesso em: 10.10.2012.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 7ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

_____ CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 3.** 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8304/o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-sob-o-enfoque-da-jurisdicao-do-tempo-e-do-processo#ixzz2CpWDjO4z>. Acesso em: 21.11.2012.

FREDIE, Reis. MENAGED, Débora Maliki. MENAGED, Marcelo. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar.** 7ª Edição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI.** Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em : 28.10.2012

_____ **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4ª Edição, refundida e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2009.

FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **A tutela antecipada contra a Fazenda Pública como garantia da efetividade processual.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_348.pdf. Acesso em 18.11.2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

KODANI, Gisele. **Contornos atuais do poder geral de cautela do juiz.** Disponível em <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/135_57.pdf>. Acesso em: 12.10.2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

_____ **Antecipação da tutela.** 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____ MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Gustavo de Medeiros. **Tutela Jurisdicional Antecipada contra a Fazenda Pública e o duplo grau de jurisdição obrigatório.** In: Temas controvertidos de direito processual civil: 30 anos de CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Cautelares satisfativas?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3412>>. Acesso em 09.10.2012.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.** Tese de Doutorado em

Processo Civil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2007.

NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de processo civil**. 2ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

_____. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Código de Processo Civil Comentado**. 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Perfil dogmático da tutela de urgência**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(7\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(7)%20formatado.pdf)>. Acesso em 02.11.2012.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAIVA, Marianne Cury. **Execução da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081031093036345&mode=print>. Acesso em 18.11.2012.

SCHWANKA, Cristiane. **Administração pública consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Dissertação de mestrado. Curitiba, 2009

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Batista**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

TALAMINI, Eduardo. **Tutelas de urgência contra a Fazenda Pública**. 2009. Acesso em

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf>. Disponível em 29.08. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

VANZELLI, Éderson Alberto Costa. **Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública**. 2010. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/TutelaAntecipada_Ederson.pdf. Acesso em 20.10.2012.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.