



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO**

**A TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOBRE A DEFESA DE SUA
APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

WANESSA FERREIRA SANTOS

CAMPINA GRANDE – PB

2010

WANESSA FERREIRA SANTOS

**A TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOBRE A DEFESA DE SUA
APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento aos requisitos necessários para conclusão do curso de Bacharel em direito, tendo como orientador o professor Jaime Clementino.

Orientador: Prof. Jaime Clementino

CAMPINA GRANDE – PB

2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S237t Santos, Wanessa Ferreira.
Tutela antecipada [manuscrito]: Um estudo sobre a defesa de sua aplicação contra a Fazenda Pública / Wanessa Ferreira Santos. – 2010.
40 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Esp. Jaime Clementino, Departamento de Direito Público”.

1. Processo civil 2. tutela antecipada I Título.

21. ed. CDD 347.05

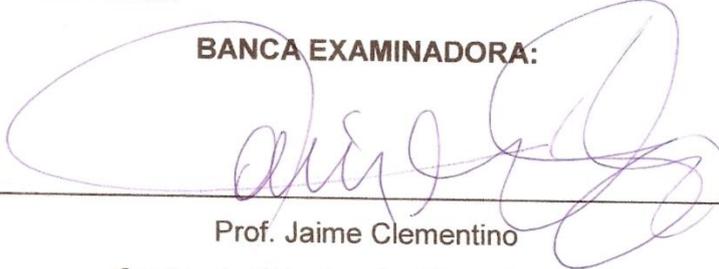
WANESSA FERREIRA SANTOS

**A TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO SOBRE A DEFESA DE SUA
APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento aos requisitos necessários para conclusão do curso de Bacharel em direito, tendo como orientador o professor Jaime Clementino.

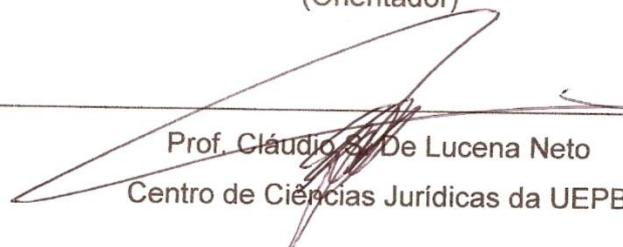
Média obtida: _____

BANCA EXAMINADORA:



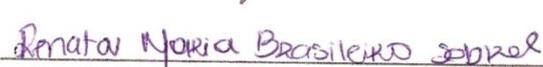
Prof. Jaime Clementino

Centro de Ciências Jurídicas da UEPB
(Orientador)



Prof. Cláudio S. De Lucena Neto

Centro de Ciências Jurídicas da UEPB



Prof. Renata Maria Brasileiro Sobral

Prof. Renata Maria Brasileiro Sobral
Centro de Ciências Jurídicas da UEPB

CAMPINA GRANDE – PB

2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe e a Deus.

AGRADECIMENTO

A Deus.

A minha Tia Joilma e a minha Voinha por sempre estarem ao meu lado.

Ao Professor por ter me orientado na elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos.

A minha Amiga Kellianny Aires por sempre está ao meu lado e por ser mais que uma amiga ser uma verdadeira irmã.

A Luciano, que me ajudou e me fez muito feliz durante os meus cinco anos de faculdade.

Aos mestres pelo aprendizado.

A Universidade Estadual da Paraíba pela oportunidade de concretizar o sonho de concluir o curso de Bacharel em direito .

RESUMO

Tutela Antecipada é um instrumento processual que propicia ao autor, estando presente os requisitos necessários para sua aplicação, parte ou a totalidade da prestação jurisdicional que apenas lhe seria conferida na sentença terminativa. Neste trabalho, pretende-se, de forma geral, analisar a importância da Tutela Antecipada e sua aplicação contra a Fazenda Pública bem como demonstrar a importância do instituto tutela antecipada como forma de assegurar a prestação jurisdicional de forma rápida e justa, antes da sentença final, sem, contudo, desprezar os primados da segurança jurídica. Enfocaremos, no curso do trabalho monográfico, o conceito, a natureza jurídica, os requisitos da tutela antecipada, além da distinção existente entre a tutela antecipatória, tutela cautelar e liminar, os princípios relacionados ao instituto, bem como esclareceremos conceitos relativos a Fazenda Pública, e trataremos de suas prerrogativas como forma de tornar claro a possibilidade da aplicação do instituto da tutela antecipada em face da fazenda. Diante do exposto, ficará fácil de entender a importância deste instituto contra a Fazenda Pública para assegurar o direito de acesso à justiça do cidadão, previsto na Constituição Federal, garantindo a satisfação do direito pretendido no momento oportuno, caso se verifique que o tempo do processo possa inviabilizar a fruição do direito, desvirtuando o objetivo da prestação jurisdicional. O método adotado foi o descritivo-analítico, para tanto, desenvolveu-se pesquisas bibliográficas pertinentes ao eixo temático baseado nos estudos de Montenegro Filho, Nelson Nery Junior, Albino Zavascki, Humberto Theodoro Jr, dentre outros, dessa forma foi possível deduzir a importância do instituto tutela antecipada e sua aplicação em face da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Importância. Fazenda Pública.

ABSTRACT

Injunctive Relief is a procedural tool that gives the author, present the requirements for its implementation, some or all of the jurisdiction that it would be given only in the sentence ends. In this work, it is intended, in general, discuss the importance of its application and Injunctive Relief against the public treasury as well as demonstrated the import of the institute anticipates guardianship as a way to ensure the provision of court quickly and fairly, before the final verdict without, however, disregarding the primacy of legal certainty. We focus in the course of monographic work, the concept, the legal nature, the requirements for injunctive relief in addition to the existing distinction between anticipatory protection, guardianship and interim injunction, the principles related to the institute, and will clarify concepts for the exchequer, and will detail his prerogatives as a way to make clear the possibility of applying the Institute of injunctive relief in the face of the farm. In this light, it's easy to understand the importance of the institute against the Treasury to ensure the right of access to justice to citizens, provided by the Federal Constitution, guaranteeing the satisfaction of the right sought in due course, assuming that the process time may derail the enjoyment of rights by prejudicing the goal of adjudication. The method was descriptive and analytical, for both, developed literature searches relevant to the main theme based on studies of Montenegro Filho, Nelson Nery Junior, Albino Zavascki, Humberto Theodoro Jr., among others, thus it was possible to deduce the importance of institute injunction and its application in the face of the Treasury.

Keywords: Injunctive relief. Importance. Treasury.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPITULO I – TUTELA ANTECIPADA.....	11
1.1. Considerações Iniciais.....	11
1.2. Histórico do instituto da Tutela Antecipada.....	12
1.3. Conceito de Tutela Antecipa.....	14
1.4. Natureza Jurídica de Tutela Antecipada.....	15
1.5. Requisitos para a aplicação da Tutela Antecipada.....	15
1.6. Distinção de Tutela Antecipada, cautelar e liminar.....	18
1.7. Princípios fundamentais relacionados ao instituto da Tutela Antecipada.....	19
CAPITULO II – FAZENDA PÚBLICA.....	21
2.1. Conceito de Fazenda Pública.....	21
2.2. Fazenda Pública e o princípio do interesse público.....	21
2.3. Prerrogativas processuais conferidas a Fazenda Pública.....	22
CAPITULO III – TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	24
3.1. Aplicação da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública.....	24
3.2. Controvérsias existentes diante da aplicação do intituto tutela antecipada conta o Poder Público.....	25
3.3. Restrição a aplicação da Tutela Antecipada frente a Fazenda Pública.....	29
3.4. Recurso cabível contra a decisão que antecipa dos efeitos da tutela.....	34
CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

Esta monografia tratará da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, por acreditarmos que a antecipação da tutela no processo civil possibilita uma ordem jurídica mais justa, e que nada impede sua aplicação em face do Poder Público.

Entendemos que a prestação jurisdicional demonstrada através do processo só é atingida mediante a seqüência de vários atos essenciais que possibilitam a defesa dos interesses contrário das partes e permitam ao magistrado a formação do convencimento para bem solucionar o conflito de interesses posto a sua apreciação.

Contudo, o iter procedimental pode e freqüentemente acarreta variações irremediáveis, não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas envolvidas no litígio, postergando a rápida solução da lide, preconizada pela Constituição Federal.

Afigura-se, neste panorama, um antagonismo entre dois primados constitucionais, quais sejam: A inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), que consiste na efetividade da jurisdição, exigindo celeridade do Estado na apreciação das demandas judiciais e o princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV), que materializa a necessária e imprescindível Segurança Jurídica.

É neste contexto, de aparente colidência de princípios constitucionais que surgiu o instituto da Tutela Antecipada, através da lei nº 8.952/94, como uma medida harmônica, com o escopo de dinamizar e dar efetividade à tutela jurisdicional, sumarizando os procedimentos comuns e dando à parte resposta satisfativa ao direito pleiteado de forma antecipada, desde que presentes os requisitos inerente à medida, evitando, desta forma, o confronto dos direitos fundamentais relativos ao processo: A efetividade do processo e a segurança jurídica.

Para defendermos nossos posicionamentos fui utilizado em nossa pesquisa o método indutivo de abordagem. O método indutivo parte da observação de fatos ou fenômenos cujas causas se deseja conhecer. Procurando-se compará-los com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles. Precedendo-se à generalização, com base na relação verificada entre os fatos ou fenômenos.

Para isso, utilizamos o método descritivo-analítico, tendo como principal

tipo de abordagem a de cunho qualitativa. Dessa forma, realizamos a revisão bibliográfica tais como: Montenegro Filho, Nelson Nery Junior, Albino Zavascki, Humberto Theodoro Jr, dentre outros, consultas em sites eletrônicos, revistas, artigos e periódicos. Enfim, as informações baseadas nos estudos sobre a Tutela antecipada em face da Fazenda Pública, possibilitou-nos o contato com o fenômeno pesquisado de maneira sistematizada.

Nesse sentido, procuramos realizar uma análise coesa e clara do tema, a partir da percepção teórica, buscando resgatar o máximo de informações possíveis sobre a temática. O processo de análise descritiva foi desenvolvido, o que possibilitou a compreensão do tema em pauta.

Desta forma Procedemos primeiramente à fase de revisão bibliográfica. A leitura foi realizada, buscando-se delinear o tema presente no texto. A coleta e a análise dos dados ocorreram simultaneamente, realizando-se a codificação dos dados, segundo os passos da Fundamentação Teórica. A seguir passamos para a segunda fase, a de informações necessárias ao entendimento do tema, posteriormente desenvolvemos o tema em análise e por fim concluímos com um maior aprofundamento sobre o tema defendido.

Assim a abordagem científica que fundamenta o estudo em questão enfocará o conceito, a natureza jurídica, os requisitos da medida, bem como salientará a distinção existente entre as medidas de urgência denominadas de Cautelar e liminar, como forma de melhor esclarecer o instituto e demonstrar sua importância e aplicação contra a Fazenda Pública

O objetivo do trabalho monográfico está em demonstrar, ao nosso sentir, a aplicação e a importância da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, representando e reverberando o anseio de todos que buscam na tutela jurisdicional do Estado a satisfação rápida e plena do seu direito frente ao Poder Público, demonstrando, desta forma, que se bem utilizado, este instituto constituir-se-á em um dos institutos nobres do processo, face o seu espírito modernista, que garantirá um direito mais justo para aqueles que pleiteiam contra a Fazenda Pública.

Buscaremos afirmar a importância da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública, para uma adequada e efetiva prestação jurisdicional, assegurando ao cidadão que recorre à justiça uma tutela justa e rápida.

Com a intenção de realizar, de forma ética e profissional, as análises dos resultados obtidos durante o processo investigatório, procuramos expor as questões

sobre a tutela antecipada e conceitos básicos referentes a Fazenda Pública e posteriormente tratamos de sua aplicação contra a Fazenda Pública e demonstramos as divergências existentes sobre o assunto. Por fim, apresentamos as considerações finais acerca das questões supracitadas.

CAPITULO I – TUTELA ANTECIPADA

1.1. Considerações iniciais

Um dos maiores problemas existentes no processo civil é a do tempo decorrido entre a proclamação e a tutela efetiva do direito, de forma eficaz, sabemos que existe uma grande necessidade de aumento dos quadros de juízes e das dificuldades das verbas orçamentárias, e sabemos o quanto esses problemas afetam a efetividade da tutela jurisdicional.

Entendemos também que por um lado existe a necessidade da rápida solução do litígio em respeito ao princípio da razoável duração do processo; e do outro a necessidade de que sejam preservados requisitos formais de validade do processo, sendo resguardadas as garantias do contraditório e da ampla defesa em conformidade com o princípio do devido processo legal.

No entanto, existem situações que necessitam de satisfação urgente, que não podem esperar pelo inter processual, sob pena do perecimento do direito material.

Nesse contexto, verificamos a possibilidade de deferimento de liminares e de antecipações de tutela, possibilitando ao autor ser agraciado por resposta jurisdicional no exato instante em que preenche os requisitos legais de cada espécie de medida urgente, não sendo necessário se aguardar o pronunciamento final, isto é, a sentença.

Assim, defendemos a aplicação da tutela antecipada como forma de prestar tornar a justiça cada vez mais eficiente.

Nesse sentido Ernane Fidelis dos Santos (2000, p. 196) se referindo ao assunto da problemática da eficácia dos instrumentos processuais em seu livro: *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, aduz que:

O gozo demorado do direito equivale a sua própria inexistência, razão pela qual o processo está passando a ser de puros resultados, no sentido de se atribuírem ao titular do direito, meios hábeis e eficazes para sua própria fruição.

Sendo assim, muitas vezes, o decurso do tempo é incompatível com a

efetividade da jurisdição, especialmente, quando há risco de perecimento do direito onde se reclama tutela urgente. No mais, a demora processual pode vir a beneficiar indevidamente o réu.

Com base no princípio da efetividade do processo e da segurança jurídica, em consonância com o princípio do devido processo legal, a antecipação da tutela surge, na sistemática do Processo Civil vigente, como exigência imperiosa do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV).

1.2. Histórico do instituto da Tutela Antecipada

No tempo em que já se tinha instituído no diploma processual brasileiro o poder geral de cautela (art.798, CPC), com a possibilidade de concessão de medidas cautelares atípicas, não se tinha, ainda, a consagração legal do poder geral de antecipação, ficando o magistrado restrito à possibilidade de concessão das medidas antecipatórias expressamente tipificadas na lei, previstas em alguns procedimentos especiais.

Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativa), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas cautelares satisfativas.

Através das “cautelares satisfativas”, a tutela antecipada, medida, em si, mais agressiva, era concedida com o preenchimento dos pressupostos legais da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Além disso, havia uma desnecessária “dobra de processos”: a “ação principal” dessa ação cautelar nada mais era do que a renovação da ação cautelar satisfativa originaria uma espécie de demanda confirmatória dos termos da demanda anteriormente ajuizada.

Assim em 1994 com o novo art. 273, do Código de Processo Civil, foi criada a tutela antecipada, no entanto, já existia em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes com natureza diversa da atual, mas sempre procurando antecipar os efeitos da sentença diante da urgência.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, também possui uma

figura muito semelhante com o atual art. 461, do Código de Processo Civil. Nesse sentido as liminares previstas na Lei 8.245/91, Lei do Inquilinato, nas hipóteses do art. 59, § 1º, que prevê a desocupação do imóvel, e do art. 68, II, que trata da revisional de aluguel. Ressalta que apesar de tais providências se assemelharem à tutela antecipada, são de natureza diversa. Além desses institutos, há ainda o que se denominou impropriamente de "cautelar satisfativa", onde se antecipava o próprio bem da vida pretendido pela parte requerente.

As cautelares satisfativas contrariavam a natureza jurídica da tutela cautelar, mas como não havia outra medida eficaz, permitia-se o uso da cautelar como tutela satisfativa e não apenas assegurativa. Atualmente, com o advento do art. 273, do Código de Processo Civil, esse tipo de cautelar não pode mais ser admitida.

Portanto, a tutela antecipada não é um instituto totalmente novo, mas surgiu para organizar as situações que muitas vezes a jurisprudência, verificando a urgência que era necessária, antecipava efeitos ou o próprio provimento final. O estudo sobre a tutela antecipada, propriamente dita, iniciou-se segundo Nelson Nery Jr., no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, que aconteceu em Porto Alegre, em julho de 1983, organizado pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva.

Em 1985, uma comissão formada pelos Profs. Drs. Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr. e Sérgio Bermudes, apresentou anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil. Nelson Nery Jr. comenta que neste projeto: *"colocou-se a tutela antecipatória junto com a tutela cautelar, tratando duas realidades distintas como se fossem a mesma coisa"*. (1995, P. 32)

A Comissão da Escola Nacional da Magistratura, em 1991, reformulou os antigos projetos, colocando a tutela antecipada no livro do processo de conhecimento. Em 1992, foi publicada a primeira obra sobre o tema, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni – Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. Enfim, em 1994, pela Lei 8.952/94 inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro a tutela antecipada, dando nova redação ao art. 273, do Código de Processo Civil. No mesmo ano, a regra do art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor e do art. 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a antecipação da tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer, estendeu-se a todo processo civil, através do art. 461, do CPC.

Em fim, a generalização da tutela antecipada, e não a sua criação, pois, ela já era prevista em alguns procedimentos especiais, em 1994, é um marco histórico inovador da evolução do direito processual civil brasileiro, principalmente por ter sido incorporado, ao processo de conhecimento, atividade jurisdicional executiva, dando início ao sincretismo processual que, anos depois, acabou por consolidar-se no direito brasileiro.

1.3. Conceito de Tutela Antecipada

Tutela antecipada é um instrumento processual que tem por finalidade conferir ao autor, e desde que se encontrem presentes nos autos requisitos de natureza objetiva, parte ou a totalidade da prestação jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença final, mediante requerimento expresso do interessado, a ser externado em qualquer fase do processo, (na petição inicial ou por meio de petição avulsa).

Trata-se de requerimento do autor, formulado incidentalmente na ação de conhecimento, no âmbito da petição inicial ou através de peça autônoma, sem reclamar distribuição e/ou pagamento de custas processuais.

Tem por filosofia permitir que o autor usufrua os efeitos da sentença judicial em momento anterior a sua prolação, não permitindo que o processo sirva ao réu que, aparentemente, de início, não tem razão em sua resistência.

No direito brasileiro, o instituto está previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil que autoriza ao juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação do direito material reclamada no litígio.

No entendimento de Misael Montenegro filho (2006. p. 51):

A tutela antecipada não é uma ação. É um pedido formulado pelo autor, preferencialmente na petição inicial, mas não exclusivamente na petição inicial, não exigindo aspecto formal rígido, devendo apenas demonstrar o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 da Lei de Ritos, o que reclama resposta judicial de pronto, como regra materializada em decisão de natureza interlocutória, desafiando a interposição do recurso de agravo de instrumento.

1.4. Natureza Jurídica de Tutela Antecipada

O principal objetivo desse instituto foi de suprir a necessidade, que estava preocupando a consciência jurídica universal, para evitar o perigo da demora do processo, não deixá-lo transformar-se em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora

Sendo assim, compreendemos que a natureza jurídica da tutela antecipada é de provimento judicial com eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*. Pois possibilita, não apenas a antecipação provisória do próprio mérito ou de seus efeitos, mais também a imediata efetivação desta tutela. Fica evidenciado que há uma imediata efetivação da tutela, pois esta só é concedida na medida que existe uma urgência e é com esteio nessa urgência que se exige que o réu cumpra de imediato os efeitos da antecipação do mérito.

Fredier Didier Jr (2009, p. 78) discorre sobre o assunto:

Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e ou executiva, atribuindo bem da vida.

Na expressão do eminente processualista Nelson nery júnior (1995. p. 55):

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu* com o objetivo de entregar ao autor total ou parcialmente a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.

Desta forma resta claro que a tutela antecipada possui natureza jurídica executiva *lato sensu*.

1.5. Requisitos para a aplicação da Tutela Antecipada

Para que o autor conviva com os efeitos da antecipação da tutela faz-se mister o preenchimento dos requisitos objetivos previstos em lei, como forma de garantir a prevalência da segurança jurídica, que incide em todas as relações

jurídico-processuais. Portanto, cabe ao autor se desincumbir do ônus que lhe é atribuído a teor do art. 273 do Código de Processo Civil.

São pressupostos genéricos, ou seja, aqueles que devem estar presentes para a concessão da tutela antecipada, sendo assim essenciais: O requerimento da parte, a prova inequívoca e verossimilhança da alegação e reversibilidade. Há ainda os requisitos específicos tais quais: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Tais pressupostos estão disciplinados no art. 273 do Código de Processo Civil.

Temos desta forma os requisitos genéricos que seriam o requerimento da parte e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

O art. 273 do CPC condiciona a atuação do juiz ao requerimento da parte. Desta forma, fica vedado a concessão da tutela antecipada *ex officio*. O requerimento pode ser feito por qualquer um dos sujeitos legitimados, autor ou réu, como também pelo Ministério Público.

A prova inequívoca não é aquela que conduz a uma verdade plena, absoluta, real. Trata-se de prova consistente, que conduza o magistrado a ter convicção do alto grau de probabilidade de que o direito pende em seu favor, de que as alegações apresentadas pelo autor são possivelmente verdadeiras

A verossimilhança apresenta-se não apenas como matéria de fato, mas também como a possibilidade de os fatos serem de acordo com à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

O autor Misael Montenegro Filho em seu livro Curso de Direito Processual Civil (2006, p. 56-57), relata o que seria prova inequívoca e também a prova inequívoca da verossimilhança:

A prova produzida pelo autor, geralmente documental, deve conferir ao magistrado um alto grau de probabilidade de que o direito pende em seu favor, de que as alegações trazidas aos autos pelo promovedor possivelmente são verdadeiras.

A prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio-termo entre o mero *fumus boni juris* (requisito para a concessão de liminar em ação cautelar) e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial devidamente fundamentada.

Desta forma fica claro que deve o autor provar através de provas idôneas serem verdadeiras as suas alegações e de que seja verossímil.

Temos também os requisitos específicos como sendo o fundado receio de

dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

está previsto no inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil. Quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação juntamente com os requisitos presentes no caput do art. 273 deverá se concedida a tutela antecipada.

Há um receio de que, não sendo deferida a antecipação da tutela logo após o requerimento do autor, venha a perecer parte ou totalidade do direito material envolvido no processo.

O que entendemos por risco de dano irreparável ou de difícil reparação seria aquele risco concreto, atual e grave. É de grande importância que haja um risco de dano anormal, cuja realização possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Portanto, considera-se irreparável o dano quando este fulminar o direito pleiteado pelo autor na ação.

O inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil prevê outro requisito alternativo para a concessão da tutela antecipada, qual seja o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, que seria a resistência apresentada pelo réu contra a pretensão do autor, totalmente infundada, ou contra direito expresso, e ainda, quando empregado meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.

O legislador quando se referiu a abuso de direito de defesa quis se referir a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por abuso de defesa quis referi-se aos os atos protelatórios praticados no processo. Quando discriminou o manifesto propósito protelatório queria demonstrar o comportamento do réu, abrangendo atos e omissões fora do processo, não obstante com ele relacionados.

Vale ressaltar o entendimento de Misael Montenegro Filho (2006, p. 58-59) que discorre sobre o assunto:

O réu assume comportamento processual ou extraprocessual com o evidente propósito de retardar a marcha regular do processo, evitando a solução do conflito de interesses, o que causa prejuízo não apenas ao autor, como também ao Estado, que não consegue se liberar do dever de prestar a função jurisdicional.

Fica claro o dever do Estado em proteger a moral e o bom andamento do

processo e tentar coibir tal prática.

1.6. Distinção de Tutela Antecipada, cautelar e liminar

A finalidade da ação cautelar diz respeito à prevenção, a proteção do direito disputado no palco da ação principal, não possuindo natureza satisfativa, apenas acautelatória.

Já o instituto da tutela antecipada tem por sua vez a finalidade de obter no início ou no curso do processo resposta jurisdicional que apenas lhe seria conferida por ocasião da decisão final, satisfazendo-se antecipadamente o pleito do autor. Concede-se parte ou a totalidade do direito ao autor antes da decisão final, não sendo um mero acautelamento do direito, como ocorre nas ações cautelares. A antecipação de tutela possui índole satisfativa.

Na visão de Fredie Didier Jr. (2009, p. 59) temos a distinção entre esse dois institutos:

Em suma, a tutela cautelar é, ao lado das tutelas de execução e certificação, uma das três modalidades de tutela jurisdicional definitiva. A tutela antecipada é uma técnica que permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva (qualquer uma das três, inclusive a cautelar).

E de grande importância que se faça a distinção do que seria Liminar entendendo esta como sendo uma medida concedida *in alidita autera parte*. No início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. Liminar não é substantivo, não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*).

A antecipação dos efeitos da tutela pode ocorrer tanto *in limine litis* quanto em qualquer outro momento ulterior do procedimento; ou seja, pode ser concedida por medida liminar ou não, bastando que tenha sido preenchido os seus pressupostos.

Na realidade, também a tutela cautelar pode ter seus efeitos antecipados, inclusive, liminarmente. Dessa forma, não é demasiado extremar, em breves termos, as providências antecipada, cautelar e liminar. Assim, a tutela antecipada é aquela que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, provisoriamente. E essa tutela cujos efeitos podem ser precipitados pode ser de conhecimento, ou cautelar. Desse modo, à medida antecipatória, seja em processo cautelar, seja em processo de conhecimento, pode ser dada liminarmente (no momento inicial do processo) ou não (em momento posterior).

1.7. Princípios fundamentais relacionados ao instituto da Tutela Antecipada

Trataremos a seguir de dois princípios que merecem destaque na análise do instituto tutela antecipada, quais sejam o princípio da motivação e o princípio contraditório e da ampla defesa.

Eis o que dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93, IX da CF - Todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Pode-se examinar do texto constitucional, toda e qualquer decisão emanada do Poder Judiciário dever ser, obrigatoriamente, fundamentada, sob pena de nulidade, *de pleno jure*.

Assim, as decisões interlocutórias, que são espécies do gênero decisão, devem ser igualmente fundamentadas pelo órgão julgador, mesmo se tratando de decisões em regime de urgência, não sendo este fator impeditivo da fundamentação idônea da decisão.

Eis o que dispõe o art. 5º, LV da Constituição Federal:

Art. 5º, LV da CF aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e

aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Não obstante respeitável posicionamento, nos filiamos a corrente majoritária que concebe ser plenamente possível a concessão das medidas de urgência sem a necessidade de se regularizar a relação processual, ou seja, sem a necessidade prévia de citação do réu para que este se defenda, uma vez o princípio do contraditório e da ampla defesa não estará malferido como aduzido pela corrente acima exposta, porquanto sempre que a medida de urgência for deferida *intio litis*, a parte ré será necessariamente intimada da decisão, tendo a possibilidade de apresentar defesa, formular pedido de reconsideração e, comumente, apresentar o recurso cabível na espécie, qual seja, Agravo de Instrumento, solicitando a reforma da decisão ante a ausência dos requisitos legais para o seus deferimento.

Estará violado o princípio da ampla defesa e do contraditório se a decisão interlocutória fosse proferida sem a presença dos requisitos legais nos autos do processo, sendo imperioso, neste caso, a oitiva da parte contrária, não sendo caso de deferimento de plano.

Concluimos que a aplicação da tutela antecipada não fere nem a tais princípios analisados nem a nenhum outro, pelo contrário, defende e aplica a efetivação do processo e a segurança jurídica, protegendo dessa forma o direito material pleiteado na ação.

CAPITULO II – FAZENDA PÚBLICA

2.1. Conceito de Fazenda Pública

Fazenda Pública, no sentido processual são pessoas jurídicas de Direito Público em juízo. A expressão Fazenda Pública, diz respeito à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, além das autarquias, bem como as fundações públicas. Em outros momentos Fazenda Pública quer dizer Estado instituidor e arrecadador de tributos bem como Administração pública.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 67) em seu livro, A Fazenda Pública em Juízo, discorre clara e precisamente sobre a definição do que seria Fazenda Pública:

Na verdade, a expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada, genericamente, de Fazenda Pública.

Desta forma para efeito de uma melhor análise, Fazenda Pública em muitos casos é a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações.

2.2. Fazenda Pública e o princípio do interesse público

Para serem válidos os atos administrativos deve existir o interesse público. O direito administrativo se baseia no princípio da supremacia do interesse público diante do privado.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado constitui um dos alicerces do direito público. No entanto, deve-se deixar claro que a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública em nada fere este princípio, por entendermos que tal antecipação se faz unicamente estando presente os requisitos necessário e rigorosos para sua aplicação, e trataremos mas adiante de sua

aplicação respeitando os princípios e as Leis.

Desta maneira entendemos que a administração deverá agir de forma proporcional, restringindo o interesse particular do cidadão somente na medida necessária.

Conclui-se, que a Fazenda Pública não é titular do interesse público mas tem a obrigação de resguardar-lo, atendendo ao intuito da Lei de êxito do bem comum. No entanto, pretende-se demonstrar que mediante a antecipação da tutela não se estaria infringindo o princípio do interesse público, pois estar-se-ia defendendo um bem maior, o da uma justiça mais justa.

2.3. Prerrogativas processuais conferidas a Fazenda Pública

Como analisado anteriormente, a Fazenda Pública deve proteger o interesse público e por tal motivo para atuar em juízo necessita de prerrogativas diferenciadas.

Sabemos que a Fazenda Pública se reduzida à condição de parte na relação processual e se sujeita aos efeitos das decisões jurídicas da mesma forma que o particular, no entanto, possui privilégio e/ou prerrogativas na esfera processual, tais como:

- Privilégio de foro na Capital do Estado ou do território quando em litígio; Art. 99 do Código de Processo Civil;
- prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer; Art. 188 do Código de Processo Civil;
- intimação pessoal do representante da União Lei Complementar 73/93, art. 38;
- reexame necessário das sentenças contra si proferidas; Artigo 475, II, do Código de Processo Civil, mitigado pelas alterações introduzidas pela Lei nº. 10.352, de 26 de dezembro de 2001;
- fixação diferenciada dos honorários advocatícios em caso de sucumbência, mediante preciação eqüitativa do juiz e observado o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço; Art. 20, § 4º do CPC;

- dispensa de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória; Art. 488, parágrafo único do CPC;
- dispensa de preparo para a interposição de recurso; Art. 511, do CPC;
- dispensa do adiantamento das despesas dos atos processuais eventualmente requeridos, pagos ao final pelo vencido; Artigo 27 do CPC;
- audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória; Art. 928, parágrafo único do Código de Processo Civil;
- impenhorabilidade de seus bens (mesmo os dominicais). Art. 20 da Constituição Federal e 649 do Código de Processo Civil, Art. 100 do Código Civil.

Analisaremos no nosso entender que apesar de tais prerrogativas estas não interferirão na aplicação da tutela antecipada contra a fazenda Pública.

CAPITULO III – TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

3.1. Aplicação da Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública

O art. 273, do CPC, estabelece a possibilidade de que se antecipem todos ou alguns dos efeitos do provimento jurisdicional de mérito, sempre que o Juiz se convença da verossimilhança das alegações do autor, demonstradas através de prova veemente e robusta de *fumus boni iuris*, se (inciso I) houver "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" (isto é, *fumus* qualificado mais *periculum in mora*) ou, se (inciso II) ficar caracterizado abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na matéria estudada, qual seja antecipação de tutela há muitas questões ainda não completamente esclarecidas pela doutrina e tampouco suficientemente testadas em nossos tribunais. É o caso da discussão a respeito do cabimento, ou não, da antecipação de tutela diante da Fazenda Pública.

A antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento também faz parte do intenso movimento de aproximação entre as soluções da justiça e as aspirações dos jurisdicionados que delas necessitam, a que se convencionou chamar de ampliação dos meios de acesso à justiça.

É costume se afirmar que justiça tardia é injustiça e, diante disso, antecipar os efeitos da tutela pode ser uma alternativa, criada pelo sistema, para que a parte tenha seu direito garantido. É possível afirmar, então, que a antecipação dos efeitos da tutela, disciplinada no art. 273 do CPC é uma das formas de expressão da garantia de acesso à justiça no plano da normatização infraconstitucional.

Diante da Lei 9.44/97, podemos afirmar que a tutela antecipada se aplica contra a Fazenda Pública, e defendemos sua aplicação por entendermos ser uma medida excepcional, e que se no caso concreto forem cumpridos todos os requisitos para a sua aplicação nada impediria que a justiça possa antecipar os efeitos da sentença como forma proporcionaria justiça e garantir o direito material.

3.2. Controvérsias existentes diante da aplicação do instituto tutela antecipada contra o Poder Público

A doutrina é por demais controvertida a respeito, havendo fortes argumentos tanto para a possibilidade, quanto para a negatividade da aplicação da antecipação, diante disso analisaremos caso por caso.

Sustenta Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 97) que, dada a diferença existente entre tutela antecipada e a medida cautelar, tem-se entendido que o particular, observados os requisitos do artigo 273, do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente adviriam da sentença final de mérito, mesmo em face da Fazenda Pública.

Sustentando a impossibilidade de aplicação do instituto, encontra-se a posição de Raphael Silva Salvador (1996, p. 56) que, anteriormente à Lei 9.494/97, disse ser impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí, haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Defendendo a não aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública encontra-se também Misael Montenegro filho (2006. p. 73), que nos afirma o seguinte:

A restrição da lei decorre da verificação de que as execuções movidas contra a Fazenda Pública, quando envolvem obrigação de pagar quantia certa, submetem-se ao procedimento do precatório, não se admitindo que o ente público seja instado a pagar determinada soma em dinheiro sem que a verba tenha sido antes prevista em orçamento, para desembolso no ano subsequente.

Para o referido autor, não poderá a tutela ser antecipada contra a Fazenda Pública dada a necessidade de precatório.

Admitindo, moderadamente, a possibilidade de antecipação da tutela contra a fazenda pública, pronunciou-se João Batista Lopes (1996, p. 55), aduzindo que Conquanto admissível, a antecipação da tutela não poderá fugir às peculiaridades da execução contra a Fazenda Pública, o que, em termos práticos, obsta à plena eficácia da antecipação.

Os grandes impeditivos para a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública são: o reexame necessário, art. 475 II, e o pagamento da execução contra a Fazenda Pública que será exarado através de precatórios, art. 100 CF.

Fredie Didier Jr. (2009, p. 72) nos descreve com clareza o que os doutrinadores defendiam para a não aplicação do instituto em análise:

Aqueles que defendiam o não-cabimento argüiam que: i) o reexame necessário seria um obstáculo à admissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois se a sentença final contra a Fazenda só poder produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal (através da remessa necessária), uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente; ii) também o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, pela via dos precatórios (art. 100, CF), seria um óbice à antecipação dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; iii) por fim, com o advento da Lei n. 8.952/1994, que ordinariizou a tutela antecipada, dizia-se que, a Lei 8.437/1992, art. 1º, § 3º, ao vedar o cabimento das cautelares satisfativas contra a Fazenda, estaria vedando a própria tutela antecipada.

Como solução para estes óbices legais da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública a doutrina nos elucida algumas soluções. A primeira é fazer uma interpretação literal e declarativa do art. 100 CF, para excluir da submissão à ordem dos precatórios requisitórios de pagamento as condenações antecipadas, por força de aplicativo do artigo 273 do CPC.

No entendimento de Luiz Rodrigues Wambier (2003, p. 87), o art. 100 da CF e do art. 475 do CPC, em nada empobrece o sistema, na medida em que permite a criação de uma alternativa de soluções para um dos temerosos problemas com que se tem defrontado os processualistas, que é justamente o de dar o máximo rendimento possível às regras constitucionais do amplo acesso à justiça e da efetividade da jurisdição, por sua “mão” infra constitucional que é a antecipação da tutela, o que aqui sustenta especificamente nos casos de desapropriação indireta.

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

O que podemos inferir é que, se adotarmos uma interpretação literal e restritiva do texto normativo, porque tanto na Constituição como no Código de Processo, o legislador se utilizou do vocábulo sentença, nenhum óbice remanesce à antecipação da tutela diante da Fazenda Pública, pois a decisão que se concede a

medida antecipatória da tutela jurisdicional condenatória não se consubstancia em sentença, essa sim, sujeita aos efeitos do reexame necessário do art. 475 CPC e a ordem dos precatórios do art. 100 CF.

Entendemos ser importante deixar claro que sabemos da insuficiência do método declarativo de interpretação da Lei. Entretanto, se faz necessário dar efetivo rendimento aos dispositivos legais inovadores, como o art. 273 CPC, o que, ao nosso ver, seria interpretá-los em harmonia com o ambiente que atualmente se situa o processo civil. Esse novo momento histórico requer que se tenha em conta a necessidade de dar operatividade à garantia da efetividade da jurisdição.

É sabido por todos nos que muitas ações movidas contra o Poder Público, há fundamento para a concessão da medida liminar de antecipação de tutela com base no inciso II do art. 273, pois o indicativo do manifesto propósito protelatório do réu não devem ter, necessariamente, ocorrido com o processo em curso, isto é, não significa necessariamente atitude protelatória do réu ocorrida depois de instaurado o processo, mas pode perfeitamente consubstanciar-se em atitude que tenham sido tomadas pelo réu mesmo antes do processo, com o objetivo de retardar a solução de direito material, inevitável para a situação criada pelo legislador.

Para caracterizar o manifesto propósito protelatório do réu, basta observar suas atitudes de afronta ao ordenamento, especialmente quando esta conduta demonstra clarividente intenção de postergar a solução de direito material.

Pode-se afirmar que antecipação da tutela com base no inciso II do art. 273, é deferida sempre que a argumentação expedida pelo autor seja tão robusta e consciente que ao réu nada reste senão oferecer defesa, que se poderá entender como meramente protelatória.

Tema de insofismável importância no atual contexto jurídico e o segundo óbice para os que negam a aplicação do instituo da Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública diz respeito a execução da decisão concessiva da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

Segundo o parágrafo 3º do art. 273, a execução da liminar de antecipação de tutela ocorrerá conforme os incisos II e III do art. 588, que trata da não menos famosa e polêmica execução provisória.

Ocorre que não é está a correta interpretação que se deve extrair do §3º do art. 273, que prevê que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. O que se diz, portanto, é o que nos

ensina Wambier “quando for o caso, observar-se-ão, na execução provisória (incisos II e III do art. 588).”

Perora-se então que a execução deva necessariamente ser provisória, nos precisos moldes do art. 588, CPC, há uma grande distância. Ao contrário se entender que este dispositivo, art. 588, aplica-se em sua inteireza, isto é, se admitir que a execução provisória de sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, se estará diante de uma barreira verdadeiramente intransponível para a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos termos do que prevê o art. 730 CPC. Assim sendo a antecipação de tutela nos feitos já ajuizados contra a ‘funesta’, não está vedada pelo sistema, conforme se observa na Medida Provisória n.º 1.570, que criou condições especiais para que se possa deferir a medida antecipatória.

A solução estaria novamente em se afirmar que o vocabulário sentença, prevista no art. 588 CPC, restringe a aplicação desse dispositivo, justamente porque a antecipação de tutela, via de regra, se dá por meio de decisão interlocutória. Logo, são inaplicáveis à necessidade de se executar a ordem contida na decisão de antecipação, as regras da execução provisória de sentença.

A doutrina nos traz duas soluções. A primeira seria a formação de precatórios imediatamente após a decisão concessiva de liminar. Chamar-se-ia de precatórios provisórios. Seria emitido desde logo, reservando-se o lugar na sucessiva ordem cronológica dos pagamentos. O pagamento ocorre-se antes do final do processo, ficaria depositado à disposição do juízo (sem que o autor pudesse levantar o montante do dinheiro depositado) .

A outra alternativa seria a interpretação literal e declarativa do art. 100 CF, que já foi elucidada acima. O Superior Tribunal de Justiça, já decidiu, “O art. 730 do CPC não impede a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública” (Ac. Da 1º T. do STJ de 15.03.95, no REsp. 56.239 – 2PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barro; DJU 24.04.95, p. 10.388).

Decisão em caso análogo no STJ:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES

FINANCEIROS DO ESTADO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (V.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 5. Recurso Especial parcialmente provido." (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 840.912; Proc. 2006/0080862-0; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Julg. 15/02/2007; DJU 23/04/2007; Pág. 236)

Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 94), ao explicar sobre o tema, verberou:

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de 'fundado receio de dano' é o mesmo que dizer que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública for ré (...) Por outro lado, não admitir a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda Pública pode abusar do seu direito de defesa e que o autor da demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo.

Diante o exposto, se em ações realizadas contra o Poder Público existir situação processual de urgência e desde que haja os requisitos necessários deverá ser concedido à tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

3.3. Restrição a aplicação da Tutela Antecipada frente à Fazenda Pública

O sistema processual vigente no ordenamento jurídico brasileiro unificou o tratamento dado às tutelas de urgência. Assim as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas passaram a ter mesmo tratamento. Sendo assim, aplicam-se à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, todas as restrições referentes à concessão de

liminares e cautelares contra tais entes. É o que estabelece o art. 1º da Lei n. 9494/97:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista no art. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de julho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 09 de julho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O art. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de julho de 1964 acentuam:

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.

(...)

Art. 7º O recurso voluntário ou "ex officio", interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

O art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 09 de julho de 1966 dispõem:

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.

Os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. dispõem:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no

procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vislumbra-se, pois, que a supremacia do interesse público sobre o particular sujeita a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública a uma série de restrições. Praticamente, todas estas exceções se referem à tutela antecipada ensejadora do dever de dar quantia pecuniária (evitando que seja violado o sistema constitucional de precatórios). De outra senda, nas outras formas de

tutela, não inseridas nos dispositivos mencionados, será perfeitamente possível a sua antecipação. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, declarou a constitucionalidade destes dispositivos. Eis a ementa:

Ementa: Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, que disciplina a Aplicação da Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública. Media Cautelar: Cabimento e Espécie, na A.D.C. Requisitos para sua concessão.

1. Dispõe o art. 1º da Lei 9.494, de 10.09.1997:” Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista no art. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de julho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 09 de julho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até um superior – o STJ – a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.

3. Diante deste quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade de que trata a 2ª parte do inciso I, do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.

Precedente: A.C.D. nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil.

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F.

5. Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito.

E assim é, mesmo, sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.

Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342.

6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante na inicial (“fumus boni iuris”).

Precedente: ADIMC-1.576-1.

7. Está igualmente atendido o requisito do ‘periculum in mora’, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito

vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido (Acórdão do Pleno do STF, ADCMC 4/DF, rel. Sydney Sanches, j. 11/02/1998, DJ de 21/05/1999, p. 2).

Importante observar que esta Ação Direta Constitucionalidade não se aplica à antecipação de tutela nas causas de natureza previdenciária, conforme consta na súmula 729 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

SÚMULA N°729

A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 79) defende a unificação do sistema de tutelas de urgência:

O sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei nº 8.437/192, tanto que a Lei nº 9.94/197 as estende, irrestritamente, para a tutela antecipada.

Com a vinda da Lei nº 9.494/1997, podemos confirmar que o ordenamento jurídico admitiu a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já que seus dispositivos legais determinam a aplicação do instituto contra a Fazenda Pública, restringindo, apenas, o âmbito da atuação de tal instituto nos casos descritos no tópico anterior.

Portanto, entendemos a importância de o ordenamento jurídico por vários meios procurar proteger a Fazenda Pública, no entanto, não há razão para não aplicarmos a tutela antecipada contra esta, tanto porque a lei (nº 9.494/97) a prevê, como também porque a concessão da medida constitui evento excepcional e necessário, devido às circunstâncias do próprio processo e urgência da demanda que se mostra necessária para uma verdadeira aplicação da justiça mesmo diante do Poder Público.

Nesse mesmo sentido, é remansosa a Jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 1º DA LEI N.º 9.494/97. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido da possibilidade de concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos casos não vedados pelo art. 1º da Lei n.º 9.494/97. Assim, não versando os autos sobre reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidor público ou concessão de pagamento de vencimentos, a antecipação de tutela deve ser deferida. 2. É oportuno salientar que, por analogia, incide na espécie o entendimento da Súmula n.º 729 da Suprema Corte, que permite a execução provisória contra a Fazenda Pública na hipótese de benefícios previdenciários. 3. Tendo a Corte de origem constatado, diante do contexto probatório dos autos, a presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, a análise da suposta ofensa ao art. 273 do Estatuto Processual esbarraria no óbice contido na Súmula n.º 07 desta Corte. 4. Não existindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido." (destaquei) (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-Ag 802.016; Proc. 2006/0151016-0; PE; Quinta Turma; Relª Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 21/11/2006; DJU 05/02/2007; Pág. 350).

A Jurisprudência bem mostra a real aplicação da tutela antecipada em contra a fazenda pública o que nos revela um grande avanço rumo a uma justiça mais justa.

3.4. Recurso cabível contra a decisão que antecipa dos efeitos da tutela

Na visão de Misael Montenegro Filho (2006. p. 75) poderá se aplicado o recurso Agravo de instrumento:

Embora a lei nº 11.187, de 19-10-2005, tenha previsto que as decisões interlocutórias devem ser, em regra, combatidas através da interposição do recurso de agravo retido, como forma de evitar a proliferação de agravos de instrumento em todos os tribunais da federação, observamos que a decisão de que cuidamos (antecipação da tutela) dá azo à interposição do recurso de agravo de instrumento, amoldando-se à situação contemplada no art. 522, do CPC, com a seguinte redação literal.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Por se tratar de decisão interlocutória e decisão meramente provisória, é possível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento por parte da Fazenda

Pública, com o fito de atribuir efeito suspensivo à decisão impugnada. Igualmente, é possível a utilização da Suspensão de Segurança, desde que a decisão acarrete lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV, estabelece que “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.” Desta forma cabe ao Estado garantir ao cidadão o acesso ao poder judiciário bem como a uma justiça mais justa.

E Foi na busca por essa justiça que nasceu o instituto da tutela antecipada por meio da Lei nº 8.952/94. Desta forma preenchidos os requisitos necessários para a aplicação da tutela antecipada, previstos no art. 273, do Código de Processo Civil, devem os efeitos da sentença serem antecipados para evitar dano maior.

No nosso trabalho monográfico procuramos detalhar o que seria Tutela Antecipada para uma maior compreensão do nosso tema, concernente a possibilidade de sua aplicação em face da Fazenda Pública.

Deixamos clara as distinções existentes entre a tutela antecipada, tutela cautelar e liminar, o momento, a forma, as hipóteses e os objetivos de cada uma, acentuando-se que a tutela cautelar visa apenas a proteção e a garantia do resultado final do processo principal, enquanto a tutela antecipada incide sobre o próprio direito pleiteado, satisfazendo-o provisoriamente e a liminar como sendo uma medida concedida *in alidita autera parte*. No início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. .

Pudemos esclarecer a importância do princípio da motivação e do princípio do contraditório e da ampla defesa, deixando claro que ambos não são desrespeitados diante da antecipação da tutela.

Fez-se necessário conceituar o que seria Fazenda Pública bem como falamos sobre o princípio do interesse público e sobre as prerrogativas processuais existentes para a Fazenda Pública.

Por fim delineamos as divergências doutrinárias acerca do tema, enfocando, contudo, a corrente majoritária, inclusive Jurisprudencial, no sentido da possibilidade de aplicação de tal instituto em face do Poder Público, como forma de garantir o acesso do jurisdicionado ao direito pleiteado com urgência no caso concreto, sobretudo com o advento da Lei nº 9.494/1997, que previu explicitamente sua aplicação, restringindo-a em casos específicos, sendo, por conseguinte,

declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo mais motivos, ao nosso sentir, para ausência de aplicação desse instituto tão importante do Direito Processual Civil nos casos em que a Fazenda Pública faz parte do polo passivo da ação.

No decorrer do trabalho monográfico buscamos acrescentar informações necessárias para o entendimento do que seria o instituto da tutela antecipada, para assim ficar clara a possibilidade de sua aplicação contra o Poder Público, demonstrando assim nosso posicionamento pela aplicação de tal instituto, presente seus requisitos.

Em arremedo de conclusão, compartilhamos o entendimento de ser de suma importância o uso do instituto da Tutela Antecipada em face da fazenda Pública, sobretudo por ter dado, mesmo que parcialmente, eficácia ao princípio constitucional na Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, concedendo ao autor, em casos urgentes, e mediante o preenchimento dos requisitos legais, a satisfação do direito pleiteado antes do fim do *iter procedimental*.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

CONTE, Francesco. – **A fazenda pública e a antecipação jurisdicional da tutela**, RT 718, pág. 20

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.78

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6 ed., São Paulo: Dialética, 2008.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Volume 2, 4 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 5a ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

-----. **As inovações no processo civil**. São Paulo: Malheiros. 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios**, cautelares e liminares, Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães, Coordenação de José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA, Willian Santos Ferreira. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000.

GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

HENRIQUES. Ricardo Correia de Miranda. **Privilégios processuais da Fazenda Pública em juízo x isonomia**. Disponível em: http://www.ifpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/prerrogativas%20e%20isonomia%20com%20rodap%C3%A9.pdf Acesso em: 24 de nov. 2010.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2001.

-----. **O juiz e a tutela antecipada** in Tribuna da magistratura, Caderno da doutrina - junho de 1996.

MACHADO, Hugo Brito. – **Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário** "in" Revista dialética de direito tributário, nº5, São Paulo, Oliveira Rocha, 1996, pág. 45, 1ª e 2ª colunas.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 4a ed., São Paulo,

Malheiros, 1998.

____. **A Antecipação de Tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

-----. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo: Malheiros, 1995.

-----. **Novas Linhas do Processo Civil**, 4a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

-----. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**, São Paulo: RT, 1995.

-----. **Novidades sobre a tutela antecipatória** in Revista de Processo, n. 69.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.664.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.t.12.

MIRANDA, Gilson Delgado. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1592.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto A. **Efetividade e processo cautelar** in Revista de Processo, n. 76.

PASSOS, J. J. Calmon. **Cautelares e Liminares - Catástrofe Nacional** in Revista de Processo. N. 71.

-----. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 1995.

SALVADOR, Raphael Silva. – **Da Ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada**, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pág. 56

SANTOS, Ernane. Fidélis dos. **Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência**. Revista de Processo. REPRO 97, ano 25. Jan/Mar São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 246

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. V. 3.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** (arts. 273 e 461 do CPC), Reforma do Código de Processo Civil, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**, 3a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

-----. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**, Reforma do Código de Processo Civil, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

-----. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante**, Revista de Processo, São Paulo: RT, 1996.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1967>

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/PRERROGATIVAS%20DA%20FAZENDA%20PUBLICA%20EM%20JUIZO%20E%20O%20PRINCIPIO%20DA%20ISONOMIA_Clarissa.pdf