

A FAZENDA PÚBLICA E A ANTECIPAÇÃO JURISDICIONAL DA TUTELA

Francesco Conte

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Tem o paladar do óbvio a assertiva de que, hodiernamente, o Brasil exibe um poderoso arsenal legislativo no tocante ao Direito Processual Civil, máxime após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que patrocinou a ampliação do leque de instrumentos de tutela dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Pois bem: na esteira das relevantes modificações introduzidas na **produção da prova pericial** (Lei nº 8.455/92), e no atinente à **citação e à intimação** implementadas, de regra, por via postal (Lei nº 8.710/93), bem como, ainda, no concernente à **liquidação** (Lei nº 8.898/94) e, também, sob o ideário de modernizar, aprimorar, simplificar e agilizar os mecanismos da justiça civil, foram editadas, em 13.12.1994, as Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, que alteram cerca de 100 (cem) dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos, sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião, o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução, respectivamente.

O ponto de vanguarda das inovações introduzidas no processo de conhecimento repousa, a meu sentir, no **instituto da antecipação da tutela, autorizada no art. 273**, consoante a redação ditada pelo art. 1º da Lei nº 8.952, de 13.12.94, com a dicção seguinte:

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

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

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

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

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

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

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

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

Cumpra observar, nesse passo, que, ao ângulo de sua **natureza**, o novel **instituto da antecipação jurisdicional da tutela não** está aprisionado no arquétipo das medidas cautelares, outorgadas sob a égide das normas contidas nos arts. 796 e seguintes do CPC.

Não se cogita, pois, de medida cautelar.

Ao contrário, inserta no Livro I do Código de Processo Civil, atinente ao **processo de conhecimento**, a tutela antecipada consagra prestação jurisdicional de natureza **cognitiva, sumária e satisfativa**, através da qual, presentes os requisitos legais (art. 273, incisos I ou II, e § 2º, do CPC), se antecipa, **provisoriamente**, o **próprio** provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento, permitindo-se, assim, que o direito seja exercido **desde logo**.

Precipita-se, no tempo, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, sob a fecunda inspiração dos princípios de economia, celeridade e efetividade processual.

Soa trivial que o **traço característico** da medida cautelar é, **sempre**, a sua compulsória **provisoriedade**, posto conservar a sua eficácia no prazo de 30 (trinta) dias e na pendência do processo principal de semblante cognitivo ou executivo (arts. 806 e 807 do CPC), sendo certo que, **contrariamente** - conquanto concedida provisoriamente, com eficácia limitada - a antecipação da tutela, por traduzir a própria providência jurisdicional de mérito postulada, exhibe o talento para produzir efeitos duradouros, através da sentença transitada em julgado.

Em outras palavras: a medida cautelar, necessariamente provisória e passageira, tem a finalidade precípua de garantir, no plano pragmático, a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução), valendo notar que, ao contrário, a antecipação da tutela materializa a **própria**

prestação jurisdicional de mérito postulada no processo de cognição, revestida de colorido **provisório**, mas com vocação para, no futuro, ostentar eficácia permanente, com o advento do trânsito em julgado da sentença.

Outro fator distintivo é que a antecipação da tutela depende, sempre, de iniciativa ou de provocação da parte, enquanto que, para determinada corrente doutrinária, capitaneada pelo Professor GALENO LACERDA, as **medidas cautelares incidentes** podem ser concedidas **ex officio** pelo juiz.

A distinção, com nitidez ofuscante, entra pelos olhos, posto que, ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada **não** se limita a "assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado", antes, ao contrário, a antecipação da tutela consubstancia o **próprio** direito afirmado pelo autor.

Averbe-se, por outro lado, que o princípio do duplo grau de jurisdição - que deita raízes na Revolução Francesa - consiste na possibilidade de a parte vencida - bem como terceiros prejudicados ou o Ministério Público - interpor recurso da decisão para órgão jurisdicional de grau hierarquicamente superior, objetivando-se o reexame da matéria e novo julgamento.

A implementação desse princípio, de regra, está atrelada à **declaração de vontade** de a parte vencida - terceiros prejudicados ou o Ministério Público - desejar que a causa venha a ser reexaminada e novamente julgada pela instância de hierarquia superior, a fim de evitar-se a produção da coisa julgada.

Entretanto, há casos em que, por motivos subjetivos, é imperioso tutelar-se certos interesses de ordem pública, através do **reexame necessário**, sempre que inexistir a prevalência destes interesses na sentença.

A sentença, em casos que tais, há de ser, necessariamente, submetida ao crivo do Tribunal, vale dizer, a causa deverá ser, inexoravelmente, reexaminada e novamente julgada pelo órgão jurisdicional superior.

Cogita-se, aqui, da devolução obrigatória da apreciação, sob a roupagem do reexame necessário da sentença pelo segundo grau de jurisdição, antes do que não produzirá efeito.

Assim é que, prolatada a sentença, o juiz ordenará a imediata remessa dos autos ao tribunal competente, com ou sem apelação das pessoas jurídicas de direito público interno; não o fazendo, o Presidente do Tribunal, de ofício ou mediante provocação da parte vencida, poderá avocar os autos, a teor da regra, cogente, contida no parágrafo único do art. 475 do CPC.

Antes da apreciação pelo tribunal competente, repita-se à exaustão, a sentença proferida contra pessoas jurídicas de direito público não tem a virtude de produzir qualquer efeito (art. 475, II, do CPC).

Há, por assim dizer, uma espécie de **condição suspensiva**: os efeitos da sentença somente se produzem a partir do momento em que seja reapreciada e chancelada pelo órgão de grau hierárquico superior.

Mencione-se, por outro lado, que a eventual desistência ou renúncia recursal, por aquelas entidades públicas, não tem o talento de obstar o reexame, pelo tribunal competente, da matéria decidida, porquanto há interesses superiores que sinalizam a necessidade do reexame em segundo grau de jurisdição.

O raciocínio contrário estaria em rota de desarmonia com o sistema do CPC que impõe o reexame necessário (art. 475) informado pelo interesse público.

Sob o influxo dessas observações, o instituto da antecipação jurisdicional da tutela nos convida a uma reflexão no tocante à sua aplicação, quando, no pólo passivo da relação jurídica processual, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.

A resposta, a meu sentir, é **negativa**.

Cabe referir, primeiramente, que o Código de Processo Civil de 1973 - na esteira do Código de 1939 (arts. 814 e 822) - em seu art. 475, inciso II, preceitua, **ipsis verbis**, que:

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

.....
II - proferida contra a União, o Estado e o Município".

Ressalte-se, por outro lado, que o pronunciamento judicial que concede ou nega a tutela antecipada é **decisão interlocutória** e não sentença, nos termos da **conceituação** consagrada no § 2º, do art. 162, do CPC.

A tutela antecipada **não** extingue o processo, sendo certo que o § 5º do art. 273 preceitua, **In verbis**, que:

"Art. 273 - **omissis**.

.....
§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, **prossequirá** o processo até final julgamento".

O recurso cabível, aqui, é o agravo (art. 522 do CPC).

Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a **própria sentença** proférida contra estas **entidades de direito público** está sujeita ao **reexame necessário**, não produzindo efeito senão depois de **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).

A decisão interlocutória, na espécie, não tem a virtude de produzir os efeitos interditados, **ex vi** do disposto no art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante, que é a própria sentença.

Veja-se, a propósito, o entendimento dos nossos Tribunais do qual constitui amostra expressiva e eloqüente o acórdão, unânime, da 6ª Turma do TFR, Ag. 46.666-PR, sendo relator o Ministro Eduardo Ribeiro, publicado no DJU de 17.10.85, p. 18.835, encimado da seguinte ementa:

"submetida a sentença, pelo juiz, ao duplo grau de jurisdição, são ineficazes os atos tendentes à sua liquidação antes do pronunciamento do Tribunal."

E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública seria inútil - tal qual o fogo que não queimasse - , pois, soa trivial, a execução de obrigação pecuniária contra aquelas **entidades públicas** (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do **instituto do precatório**, à luz do procedimento previsto nos arts. 730 e seguintes do CPC, o que pressupõe, **sentença** judiciária e não mera decisão interlocutória (art. 100 da Constituição Federal).

Quid iuris se o juiz, afoitamente, proferir decisão concessiva da tutela antecipada, malgrado figurarem, no pólo passivo, essas entidades de direito público?

Essa decisão ilegal - a todas as luzes teratológica - poderá ser impugnada:

- a) diretamente, através da ação de mandado de segurança; ou
- b) mediante a interposição do recurso de agravo, com a subsequente impetração de mandado de segurança para emprestar-se efeito suspensivo a este recurso, até julgamento final; ou

c) através de pedido de suspensão da execução da decisão, dirigido ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, com aplicação da regra contida no art. 4º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992 - de vez que a tutela antecipada consubstancia a própria providência de mérito postulada no processo de cognição - , ao argumento de que a **ordem pública** compreende a boa ordem do processo, que é pública, de sorte que a subversão do princípio constitucional do devido processo legal, estabelecido no art. 475, II, do CPC, é fator de vulneração da ordem pública, e, ademais, que o reexame necessário foi instituído em benefício de interesses superiores de ordem pública.*

Uma última observação ainda é pertinente e diz respeito à possibilidade que é franqueada a essas pessoas jurídicas de direito público interno, **quando figurarem no pólo ativo**, de, preenchidos os requisitos legais, requererem a tutela jurisdicional antecipada.

Os aspectos positivos do instituto da tutela antecipada, enquanto medida excepcional, devem ser preservados, com prudência e cautela, na prática judiciária, a fim de que a reforma do Código de Processo Civil possa pavimentar o acesso a uma justiça efetiva e justa.

* A propósito desta tese, confira-se, no Estado do Rio de Janeiro, os pronunciamentos da Ilustre Presidência do E. Tribunal de Justiça, atinentes aos Protocolos nºs 840/93-GP e 002941/93-GP, publicados nos Diários Oficiais, Parte III, p. 02, de 19.02.1993 e 06.05.1993, respectivamente.