

## TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

**Maria Andréa Valadares de Santana** é Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes e pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC.

### 1. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

#### 1.1. Definição de Instituto da Antecipação de Tutela

Consiste a antecipação de tutela na possibilidade de o juiz conceder ao autor ou ao réu (nos casos de ações dúplices) um provimento provisório que assegure ao demandante da prestação jurisdicional a prestação do direito material, objeto da relação jurídica em litígio, o que de ordinário só ocorreria depois de exaurida a apreciação de toda controvérsia e proferida a sentença definitiva.

#### 1.2. Pressupostos Para a Concessão da Tutela Antecipatória

Parte da doutrina tem adotado a seguinte classificação para as hipóteses de tutela antecipada, prevista no artigo 273, caput, do Código de Processo.

Pressupostos genéricos:

“Requerimento da parte”

“prova inequívoca”; e

“verossimilhança da alegação”;

Para que se possa conceder a antecipação de tutela torna-se necessário o requerimento da parte, isto porque, não poderá o juiz antecipar a tutela de ofício.

Entende-se por prova inequívoca, a prova suficiente para convencer o órgão julgador da verossimilhança do alegado pelo autor, sendo tal prova, segundo a doutrina dominante, mais do que a simples fumaça do bom Direito (o *fumus boni iuris*).

O significado do vocábulo verossimilhança é aquilo que parece ser verdadeiro, plausível, que tem a probabilidade de ser verdadeiro.

Pressupostos específicos:

“Receio de dano irreparável ou de difícil reparação”;

“Abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu”.

“Receio de dano irreparável ou de difícil reparação” afirma Luiz Renato Benucci, que nada mais representa que o *periculum in mora* previsto na tutela cautelar, não havendo distinção entre o *periculum in mora* previsto nos artigos 273 e 798 do Código de Processo Civil.<sup>1</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior, “Receio Fundado” não se caracteriza pelo temor da parte, mas sim de dados concretos, seguros, provenientes de prova capaz para autorizar o juízo de grande probabilidade de prejuízo grave.<sup>2</sup>

No tocante ao inciso II, do artigo 273, prevê a ocorrência de duas situações distintas entre si, quais sejam, “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”, e dessa forma, devem ser analisadas separadamente, buscando uma melhor interpretação de cada situação.

Analisando inicialmente o abuso do direito de defesa, entende Humberto Theodoro Júnior que isso ocorre quando o réu oferece resistência à pretensão do autor, sendo tal infundada ou contra previsão legal e ainda quando emprega meios escusos para forjar a defesa tais como: “a) a deturpação dos fatos; b) a relutância frente a fatos notórios ou incontroversos; c) erro grave ou grosseiro e, portanto, inescusável, de interpretação do conteúdo de dispositivo legal; e d) a desconsideração ou indiferença em relação a direitos e garantias constitucionais”.<sup>3</sup>

No que diz respeito ao “propósito protelatório do réu” nada mais é que qualquer outro ato não relacionado à contestação, que ocorre fora do processo, mas em regra, durante o seu curso, tendo por escopo o retardamento do mesmo. Convém lembrar que, para essa modalidade dispensa-se o *periculum in mora*, ou seja, será concedida, ainda que inexistente o perigo de dano, na medida em que ocorra o abuso de direito de defesa ou a conduta protelatória do réu, bastando tão somente para ambas a verossimilhança das alegações baseando-se em prova inequívoca.

### 1.3. Conceito de Fazenda Pública

O sentido técnico processual de Fazenda Pública, segundo Luiz Renato Benucci, significa que são as próprias pessoas jurídicas de Direito Público em juízo, ou resumindo, é o “Estado em juízo”.<sup>4</sup>

A expressão Fazenda Pública, refere-se à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, além das autarquias que são consideradas um longa *manus* do ente estatal, bem como as fundações públicas.

Para o saudoso Hely Lopes Meirelles, o termo “Fazenda Pública” significa dizer quando a Administração Pública atua em juízo através de suas entidades estatais, recebendo esta designação, posto que é “ seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda”.<sup>5</sup>

Nos países que adotam o sistema de jurisdição uma como é o caso do Brasil, o Poder Judiciário aprecia as questões que envolvem o Estado-administração, possibilitando o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. No entanto, não gozam essas decisões judiciais de uma verdadeira efetividade, cujo principal argumento é a impossibilidade dessas decisões conferidas pelo Poder Judiciário de não ser dotado de poder constitutivo sobre os outros poderes constituídos.

No entanto, como bem se pronunciou Paulo Afonso Brum Vaz, se é dado ao Poder Judiciário o controle dos atos da Administração, por conseqüência qualquer ato tendente a limitar este controle, como exemplo a restrição de provimentos judiciais de urgência, revela-se descabida.<sup>6</sup>

Vai mais além o referido autor dizendo que: “Despido o Judiciário do poder de coarctar atos do Poder Público ilegítimos com a presteza e rapidez que exigem as situações de urgência e de direito evidente, para a preservação de direitos subjetivos, certamente não se estará honrando a regra da inafastabilidade do controle judicial sobre os atos administrativos”<sup>7</sup>.

#### **1.4. Prerrogativas da Pessoa Jurídica de Direito Público**

Aspecto bastante polêmico com relação à concessão da antecipação de tutela em face dos entes que compõem a Fazenda Pública como a União, os Estados, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas, em virtude dos privilégios processuais que gozam estes entes.

“A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-se, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”.<sup>8</sup>

Como bem ressaltou Celso Antônio Bandeira de Melo, “ o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”.<sup>9</sup>

Essa supremacia do interesse público afirma privilégios e prerrogativas jurídicas para quem tem o dever de atuar na busca da satisfação do interesse público, de modo a deixá-lo em um patamar de superioridade em relação àqueles que buscam a satisfação de interesses privados.

Dessa maneira, a Fazenda Pública goza de várias prerrogativas tanto no âmbito do direito material, bem como no campo processual, onde podemos

destacar: prazos mais dilatados para a Fazenda Pública; procedimento próprio para execução das condenações da Fazenda Pública em pagamento por quantia certa, conforme se verifica no artigo 100, da Constituição Federal e no artigo 730, do CPC; o duplo grau de jurisdição, obrigatório das sentenças proferidas em face da Fazenda Pública, e o regime próprio no tocante às decisões proferidas em caráter provisório.

No entanto, ao lado das prerrogativas que são conferidas ao Poder Público existem limites que são impostos para conferir proteção ao indivíduo que são as garantias. Garantias estas que constituem instrumentos capazes de permitir uma resposta aos litígios entre o particular e a Administração Pública.

As prerrogativas não podem ser confundidas com privilégios, já que estes dão a idéia de ilegalidade, o que de forma diversa ocorre com as prerrogativas, que possuem previsão estabelecida em lei e fundamento de validade na própria Carta Magna.

Essas prerrogativas conferidas ao Poder Público não ferem o princípio da isonomia, e tampouco o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário.

Willis Santiago Guerra Filho, citado por Paulo Afonso Brum Vaz menciona que “é admissível e, mesmo necessária a atribuição de competência do Estado para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido abalçamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários, para o que, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, para com isso assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente. É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o da isonomia e proporcionalidade.<sup>10</sup>

Dessa forma, a proibição da antecipação de tutela em face do Poder Público, parece-me violação aos princípios da razoabilidade, que conflita com outros princípios, como o princípio do devido processo legal e o acesso à Justiça, bem como o princípio da proporcionalidade.

### **1.5. Dos Óbices que se Levantam à Concessão da Tutela Antecipada**

Os obstáculos que se apontavam pela maior parte da doutrina para a não aceitação da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública baseavam-se em três argumentos:

- 1) As disposições legais previstas nas Leis nº 8.437/92, posteriormente abarcada pela Lei nº 9.494/97, que limitam a concessão de liminares e tutela antecipada em face do Poder Público.
- 2) O reexame necessário como condição de eficácia da sentença, pois se a sentença desfavorável ao ente público não for revista pelo tribunal não poderá ser executada, bem como a decisão que antecipa a tutela.

3) A obrigatoriedade de que a realização dos pagamentos decorrentes de sentenças judiciais condenatórias, tivessem que aguardar à ordem cronológica dos precatórios. A regra contida no parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que estabelece como pressuposto negativo da antecipação da tutela o perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório.

As restrições contidas na Lei nº 8.437/92 dizem respeito à vedação de concessão de medida liminar em procedimento cautelar contra ato do Poder Público, nas matérias em que a concessão também não é permitida em ação de mandado de segurança. Essa lei teve como objetivo evitar que em optando por uma ação cautelar diversa do mandado de segurança, os postulantes fossem buscar a sua pretensão por outra ação de rito expedito escapando desta forma ao impedimento que a Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964 impõe.

De igual modo, a Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passou a disciplinar, hipóteses de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, momento em que o legislador estendeu às restrições contidas na Lei nº 8.437/92 à tutela antecipada.

Com efeito, a Lei nº 9.494, de 10/09/97, estabeleceu, em seu artigo 1º, que se aplica à tutela antecipada o disposto no artigo 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348/64, de 26/06/64, no artigo 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5.021, de 1996 e nos artigos 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.437, de 1992.

Lei nº 4.348/64: “ 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 vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Lei 5.021/66: “Art. 1º - O pagamento de vencimento 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 inicial.

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

Lei 8.437/92: “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 parte, o objeto da ação”.

“Art. 2º - No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

“Art. 3º - O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra a 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 popular.

§ 1º - Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação transitada em julgado.

§ 2º - O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias.

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

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-6/DF, em votação majoritária, deferiu medida liminar com o fim de suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante decisão sobre o pedido de antecipação de tutela, em face da Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, sustando ainda, com a mesma eficácia os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela prolatadas contra a Fazenda Pública.

Humberto Theodoro Júnior lança interessantes comentários acerca da proibição da concessão de liminares contra a Fazenda Pública, concluindo que tal vedação não alcança a antecipação da tutela, fora das proibições contidas nas Leis nºs 4.343, de 26/06/64; 5.021 de 09/06/66 e 8.437 de 30/06/92, restando

válidas as hipóteses previstas no artigo 273, do Código de Processo Civil.

*“Uma vez que a antecipação de tutela não se confunde com a medida cautelar, tem-se entendido que o particular, observados os requisitos do art. 273 do CPC, tem direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente advinham da final sentença de mérito, mesmo em face da Fazenda Pública. A Lei n.º 8.437/92, ao vedar medida liminar em ação cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto do processo movido contra o Poder Público, não representaria empecilho à antecipação da tutela, justamente por não se tratar de mera medida cautelar, mas de instituto novo, não alcançado pela restrição da mencionada lei de proteção processual à Fazenda Pública.*

*Não havendo no regime do art. 273 do CPC nada que exclua o Poder Público de sua incidência, correta a conclusão que defende sujeição desta a norma contida naquele dispositivo legal (J.E.S. Frias, ob. cit., n.º 44, p. 69). O certo, porém, é que a execução provisória da medida antecipada, in casu, não poderá fugir da sistemática dos precatórios, se tratar de pagamentos de somas em dinheiro, ainda que as prestações sejam de natureza alimentar, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, vol. 143, p. 289; João Batista Lopes, ‘O juiz e a Tutela Antecipada’, Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina, jun. 1996, p. 18)”.<sup>11</sup>*

O Direito ao livre acesso à Justiça pressupõe a existência de instrumentos capazes de dar uma resposta jurisdicional compatível conforme a tutela que se pleiteia. Negar o direito de se exigir uma tutela provisória baseado na urgência, só porque o réu é a Fazenda Pública é o mesmo que negar o acesso à Justiça.

É o mesmo que dizer que quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação processual, não precisa ter efetividade que dela se cobra na composição de outras relações jurídicas controvertidas.

Logo, o que se depreende da Lei nº 9.494/97 é que ao mandar aplicar as restrições contidas na Lei nº 8.437/92, que diz respeito à concessão de liminar em mandado de segurança e nas medidas cautelares, não significa concluir que se trata de uma vedação completa e irrestrita ao cabimento de medidas antecipatórias contra o Poder Público.

Extrai-se da Lei nº 9.494/97 a admissibilidade de semelhantes medidas, as quais apenas nas hipóteses excepcionais enumeradas pelo legislador é que sofreriam restrições; no entanto, fora das limitações do referido diploma é

perfeitamente possível a aplicação da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública.

O exame dos diplomas a que se refere a Lei nº 9.494/97, deixa evidente que a antecipação de tutela só não poderá ser concedida quando as ações propostas contra a Fazenda Pública impliquem em : pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações.

### **1.6. A Problemática do Reexame Necessário**

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

Segundo Luiz Renato Benucci, o argumento apresentado para superar o obstáculo imposto ao artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil, baseia-se nos efeitos da sentença ainda não recorrida proferida contra a Fazenda Pública, cujos efeitos igualam-se à sentença proferida contra o particular na qual foi interposta apelação com efeito suspensivo. “Embora o recebimento da apelação com o duplo efeito, em nossa sistemática processual, ainda seja a regra, tal fato não pode impedir a aplicação da tutela antecipada, sob pena de se tornar o instituto da tutela antecipada inócuo.”<sup>12</sup>

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

Com o acréscimo do inciso VII ao artigo 520, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.352/2001, retirando o efeito suspensivo da apelação que confirma a tutela antecipada, deixa evidente que a concessão da antecipação de tutela poderá produzir os seus efeitos imediatamente. O recebimento da apelação, em seu duplo efeito, não impede a antecipação do provimento e a execução imediata da sentença prolatada em face do particular, de igual forma a sentença proferida em face da Fazenda Pública.

No mesmo sentido, ressalta Paulo Afonso Brum Vaz: “se admitirmos que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não produz efeitos antes da confirmação pelo tribunal, teríamos inviabilizado o próprio instituto jurídico, pois nem aos particulares teria aplicabilidade, em razão da regra do duplo efeito atribuído em regra à apelação”.<sup>13</sup>

Contudo, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, em seu artigo 1º



estabelece que :

*“Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1996, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”Ao remeter ao artigo 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, o Diploma Processual, regulador da tutela antecipada estendeu efeito suspensivo também às decisões prolatadas em face da concessão de antecipação de tutela nos casos a que se refere, vedando ao nosso ver a execução provisória nesses casos.*

### **1.7. A Antecipação da Tutela e a Questão do Precatório**

Outro óbice apontado ao instituto da antecipação da tutela está nas condenações em pagar quantia certa, proferida em face da Fazenda Pública, posto que só poderia ocorrer através dos precatórios requisitórios de pagamento, previstos no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, cujo procedimento é regulado pelos artigos 730 e 731, ambos do Código de Processo Civil.

Reza o artigo 100, da Constituição Federal :

*“À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoa nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

*§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.*

*§1º - A – Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.*

*§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão*

*designados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao presidente do Tribunal que proferir a decisão exequiênda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.*

*§ 3º - O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.*

*§ 4º - A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no parágrafo 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.*

*§ 5º - O presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade”.*

Luiz Renato Benucci, sobre o tema, preconiza que: “o precatório é a fórmula através da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias para o pagamento de ordem judicial”.<sup>14</sup>

A interpretação literal do citado artigo 100, da Constituição Federal de 1988, leva-nos a dois posicionamentos distintos quanto ao ato judicial que possibilita a imissão do precatório.

O primeiro posicionamento afirma a inviabilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública nas obrigações de pagar quantia certa, vez que tal artigo faz menção à sentença judiciária e não à decisão interlocutória.

O posicionamento oposto defende a tese de que pelo fato do artigo 100, da mesma Carta, não ter se referido à decisão interlocutória estaria totalmente excluída dos regimes dos precatórios.

Porém, não se deve interpretar o artigo 100, do referido estatuto literalmente, pois como lembra Antônio Cláudio da Costa Machado, citado por Luiz Renato Benucci, “embora a tutela antecipatória não se encontre entre as hipóteses legais de tutelas judiciais, nem por isto defende o não cabimento da sua execução provisória, pois admitir-se isto seria inviabilizar o instituto da antecipação de tutela”.<sup>15</sup>

Entende a posição doutrinária majoritária que não pode haver dispensa

dos precatórios quanto à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, quando a mesma é condenada ao pagamento de quantia certa. No entanto, surge a problemática de determinadas situações em que a execução da tutela antecipada de soma deve ser adiantada, sob pena de perecimento dos direitos fundamentais.

Luiz Renato argumenta que o magistrado ao sopesar os valores dos bens jurídicos em conflito é possível juridicamente e razoável que o pagamento pela Fazenda Pública seja feita independentemente da ordem dos precatórios.<sup>16</sup>

Com efeito, em determinadas situações, torna-se necessária a não observância da ordem cronológica dos precatórios, na medida em que o juiz se defrontar com um caso em que a demora possa colocar em risco, direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

No tocante ao crédito de natureza alimentar, que consiste na prestação destinada à subsistência, embora a *mens legis* do artigo 100 da CF/88 aponte para a exclusão do crédito ao sistema dos precatórios, entende a doutrina majoritária à necessidade do precatório para o pagamento dos referidos créditos.

Todavia, manifesta-se Luiz Renato Benucci, no sentido de que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos casos de fundado receio e de difícil reparação, não poderia submeter-se ao regime dos precatórios requisitórios de pagamento, sob pena do perecimento do direito.<sup>17</sup>

### **1.8. A Irreversibilidade como Óbice à Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública**

Estabelece o artigo 273, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil:

*“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.*

No plano jurídico sempre será possível a reversão, que pode ocorrer com a revogação da decisão que antecipa a tutela, com a sentença de improcedência do pedido, resolvendo-se em perdas e danos. No entanto, convém frisar que a reversibilidade somente é importante no plano fático.

A possibilidade de o provimento antecipatório vir a causar prejuízo patrimonial à parte não constitui obstáculo a sua concessão, isto porque o legislador ao se reportar à irreversibilidade do provimento não se cogitou a eventualidade de esse provimento causar prejuízo, senão teria aludido a prejuízo irreparável.

Portanto, estando presentes os requisitos para a concessão da antecipação de tutela, deverá esta ser concedida e, se improcedente a ação, remota a perspectiva do *status quo ante*, ou de recomposição por indenização, não se podendo deixar de deferir a medida, pois se estaria inviabilizando o instituto.

## **2. À ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1. Dever-Poder de Tutela e a Indisponibilidade do Interesse Público**

O professor Celso Antônio Bandeira de Melo, escudado na lição de Canelutti e Picardi adverte que “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”<sup>18</sup> Por outro lado, adverte também que o interesse público “deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”<sup>19</sup>

A ordem jurídica, tal qual o corpo humano, deve funcionar em harmonia, ou seja, como um conjunto de células que funciona em uma simbiose, visando a manter o equilíbrio para que a vida não pereça. Sendo a sociedade um organismo vivo, formado por pessoas físicas e jurídicas, podemos comparar estas a células. Cada pessoa representa dentro deste contexto a substância do corpo social, que dentro da sua esfera jurídica deve respeitar a integridade jurídica da outra. Aí, reside a realização do Estado e do Direito na busca da vida que é o interesse de todos.

No corpo humano a vida resulta do equilíbrio nas realizações existentes entre cada célula. Na ordem social, resulta do respeito que cada indivíduo deve ter, nas suas relações, às esferas jurídicas dos outros. A violação por um integrante do corpo social que compõe a manutenção da ordem jurídica, pode comprometer a ordem como um todo. Por isso, cada um deve buscar a realização plena do interesse de todos. Às vezes a manutenção da inviolabilidade da esfera jurídica de um dos integrantes do corpo social, que é o Estado é a garantia do interesse do conjunto de indivíduos. Por isso, a lição do eminente professor de Direito Administrativo, acima foi invocada para ilustrar esta comparação nos dois organismos vivos.

O direito nasce do Estado e não existe Estado sem direito. A existência deste depende de uma ordem jurídica, instalada para conter o caos que seria em uma relação de forças de uma sociedade sem normas. O poder na sociedade se acha originariamente difuso, necessitando destarte de um controle instituído pela centralização em um núcleo capaz de conter os excessos e manter a ordem.

Poderíamos, nos valendo da lição do professor Michel Temer dizer que o Estado exerce uma força centrípeta, visando neutralizar a força centrífuga que seria uma sociedade sem ordem jurídica e portanto sem ordem social. Sem este núcleo estaríamos sujeitos à lei da selva em que o mais forte abateria o mais fraco, mas com um agravante: na selva o mais forte usa a força o suficiente para a sua subsistência; no caos social o mais forte usaria a força para acumular excedentes.

Nessa busca incessante na manutenção da ordem jurídica, que nada mais é que o equilíbrio da ordem social, é que vamos encontrar o interesse público. E exatamente por ser ele o responsável pela sobrevivência da sociedade, e em última instância, pela existência do próprio Estado é que se torna este interesse indisponível. A quebra da ordem jurídica do Estado do Iraque por parte do Presidente Saddam Hussein, violando o interesse público, para a manutenção de direitos individuais, serviu de pretexto aos Estados Unidos para a supressão da soberania daquele território e, portanto, dos seus cidadãos enquanto Estado. Por isso é que o interesse público não é deliberação de um indivíduo, mas abrigo da garantia de todos. A sua preservação consiste no respeito à ordem jurídica que tem como estatuto supremo a Magna Carta.

Para a manutenção e garantia do interesse público, o Estado instituiu órgãos e funções, os quais são investidos com a finalidade de tutelar o direito, para os quais foram criados, cada um na sua esfera de atuação. Mais uma vez, nos valeremos do ensinamento do referido publicista, no esclarecimento dos poderes da administração e a supremacia do interesse público *in verbis*:

*“A atividade administrativa é desempenho de função. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.*

*Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissoluvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não “poderes”, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.*

*Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de dever, não de "poder". Daí, a conveniência de inverter os termos deste binómio para melhor vincar sua fisionomia e exhibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade".<sup>20</sup>*

A finalidade a que alude o parágrafo supra é sempre a do interesse público e é para isso que a Administração Pública existe. Quando o administrador público se afasta do seu mister e com isso viola direitos que são garantidos pela ordem jurídica, resta ao sujeito que sofreu a lesão na sua esfera jurídica buscar, dentro do próprio organismo da Administração Pública *lato sensu* a restauração da integridade desta ordem.

Como vimos, a busca deste equilíbrio deve ser feita sempre dentro do próprio sistema e aí se encontra o sistema judiciário. Contudo, sendo este também integrante do arcabouço governamental que integra o Estado, deve ficar também adstrito à finalidade da indisponibilidade do interesse público. Registre-se, no entanto, que o interesse público pode estar adstrito à restauração da ordem jurídica violada, pela ofensa à esfera jurídica de um único indivíduo. Nem sempre a defesa do interesse público significa a defesa de grupos ou de coletivo de indivíduos. O que interessa a manutenção do Estado é a harmonia na ordem social e portanto a manutenção da ordem jurídica, mesmo que a constrição ocorra contra os excessos de um outro órgão da Administração.

Nesta restauração da ordem jurídica é que atua em último caso, quando convocado a fazê-lo, o órgão de jurisdição do Estado competente. Contudo, na tutela jurídica dos administrados, o agente encarregado dessa proteção está adstrito também aos princípios inerentes à Administração Pública, dentre os quais o da indisponibilidade dos bens públicos. Nesse particular, vamos encontrar fundamento nos artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, os quais tornam insuscetíveis de transferência de domínio através do usucapião os imóveis públicos. De igual modo, o Código de Processo Civil, em seu artigo 649, inciso I, estabelece que são impenhoráveis os bens inalienáveis. Como o artigo 100, do Código Civil onera com a cláusula de inalienabilidade, os bens públicos, estes são também impenhoráveis e, portanto, indisponíveis.

Ainda no artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil, exclui como insuscetível de confissão ficta e portanto não sujeitos aos efeitos da revelia os direitos indisponíveis. O que é inalienável e impenhorável é de igual modo indisponível. Assim, estão também excluídos por força do artigo 1420, do Código Civil os direitos referentes ao penhor, à hipoteca e à anticrese, sobre os bens públicos.

Essa indisponibilidade dos bens públicos é um dos limites para a concessão de tutela judicial, seja ela antecipada ou definitiva. Isso decorre,

segundo o saudoso professor Hely Lopes Meirelles do princípio, “que não há direito contra direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito sem desconformidade com o direito”.<sup>21</sup> Ainda, segundo o emérito administrativista, essa limitação e contracautela em favor dos bens públicos à tutela do interesse privado, decorre do artigo 100, da Constituição Federal, que torna impenhoráveis os bens públicos.

## **2.2. Supremacia do Interesse Público contra o Interesse Individual ou Coletivo frente ao Princípio da Proporcionalidade**

Volvendo ao magistério do insigne professor da cadeira de Direito Administrativo da PUC de São Paulo para esclarecer “<sup>22</sup> que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público”, onde vamos nos valer para respaldar a proporcionalidade como princípio. Agora, valendo-nos do ensinamento do velho mestre de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, Paulo Bonavides, o qual identifica na proporcionalidade a matriz do princípio da legalidade<sup>23</sup>. Deste entendimento também comunga o citado mestre da nossa Pontifícia Universidade Católica.

Com base na doutrina acima referida, vamos identificar o princípio em estudo, no artigo 37, da Constituição Federal, exarado na cláusula seguinte: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, ...”, também no artigo 5º “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

Vamos encontrar ainda na Carta Magna, como axioma do princípio que delimita a atuação dos entes que compõem a organização político-administrativa, da República Federativa do Brasil, as cláusulas contidas nos artigos assim transcritos: “Art. 21. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; ...XXV – estabelecer as áreas e as condições para o exercício de atividade de garimpagem, em forma associativa. “Ainda como balizamento à atuação orgânica do Estado, podemos identificar o princípio em foco, no âmbito de jurisdição federal de primeiro grau, o seguinte: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I- as causas em que a União, entidades autárquicas ou empresa pública federal forem interessadas...”.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade surge como princípio geral de direito, já que se fixa como o fiel da balança a pugnar pelo equilíbrio entre os dois pêndulos. Se de um lado temos a República Federativa do Brasil, organizada em Estados, Distrito Federal e Municípios, com seus órgãos, cargos, funções, atribuições, agentes e competências; de outro temos os cidadãos a reclamar o cumprimento dos princípios e dos objetivos desse mesmo Estado. Quando o artigo 1º, da nossa Carta Política, como já visto no capítulo 1, estabelece os fundamentos do Estado, dentre os quais o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana, significa que não mais pretende estabelecer uma relação, Estado súdito, mas de Estado-Cidadão (expressão cunhada por Celso Antônio Bandeira de Melo).

A dose de atuação dos órgãos do Estado, através de seus agentes públicos, em qualquer de suas funções, deve ser proporcional à necessidade, à finalidade almejada pelo cidadão. Esta finalidade é deduzida da lei que atribui aos órgãos os limites da sua atuação. Contudo, a lei vai encontrar o seu fundamento no estatuto maior que é a Constituição Federal. Quando qualquer agente público da Administração, *strito sensu*, ultrapassa, nas suas ações, este limite, viola a proporção adequada ao ato que deveria desprender.

Neste caso, o Estado-Cidadão vai encontrar no Estado-Jurisdição a tutela também necessária à reparação do excesso, que pode ser o desvio da lei ou a completa ausência dela no atuar administrativo. Se, contudo, a violação é praticada pelo próprio Estado-Jurisdição, como este é uno, e tem como finalidade sempre o interesse público da manutenção da ordem jurídica, outro órgão deverá realizar a tarefa, de dosimetria do atuar estatal, proporcional a necessidade almejada pelo Estado-Cidadão, titular e soberano da finalidade do Estado Democrático de Direito.

### **2.3. A Incidência do Princípio da Proporcionalidade na Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública**

Conforme vimos a expressão Fazenda Pública, significa o ônus que os cofres públicos estão sujeitos a suportar, em juízo em face de um resultado que lhe seja desfavorável. Por outro lado, também fora visto que antecipação de tutela significa a efetivação de um direito em um momento anterior ao que seria concedido pelo órgão jurisdicional para atender a uma urgência, desde que atendidos os pressupostos contidos no artigo 273, do Código de Processo Civil. Se, de um lado, este dispositivo da lei instrumental civil garante a entrega da prestação jurisdicional antes do prazo regular, de outro, a Fazenda Pública tem os seus bens revestidos da garantia da indisponibilidade, por força do artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil. Nesse binômio, Fazenda



Pública versus tutela jurisdicional, encontra-se o limiar da proporcionalidade entre os direitos.

A Fazenda Pública representa em juízo a Administração Pública. Não podemos olvidar que este organismo governamental tem, perante os administrados, funções e, portanto, deveres. Para cada dever funcional dos órgãos da Administração Pública que lhe são inerentes, corresponde, na concepção do Estado-Cidadão um direito dos administrados. A mesma Carta Política estatal, que estipula a proteção à Fazenda Pública, como finalidade de garantir o interesse público, também reveste de anteparos o indivíduo enquanto destinatário das finalidades do Estado, na busca incansável da defesa da dignidade da pessoa humana. Então, vemos que, quando o Estado na persecução dos seus fundamentos e objetivos fundamentais busca a proteção da Fazenda Pública e a dignidade da pessoa humana, dois horizontes aí se encontram. De um lado, o mar que é da Fazenda Pública, do outro o firmamento que é a dignidade da pessoa humana. No encontro dos dois horizontes fita-se o interesse público.

Nesse encontro, do mar e do firmamento, Fazenda Pública e dignidade da pessoa humana, na busca do interesse público se confundem, qual dos dois é o mar e qual é o firmamento, posto que ambos se encontram no interesse público? Nessa analogia inspirada nos versos do poeta Castro Alves, concluímos que ambos merecem a proteção jurídica, porquanto, buscam o mesmo rumo, que é a finalidade do bem comum. Quando o artigo 5º, da Constituição Federal, estabelece os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à vida, confirmando o enunciado do fundamento do direito à dignidade da pessoa humana, deixa nítido que as ações do Estado não podem ultrapassar os limites da defesa dos bens inerentes à vida.

O já citado emérito professor Paulo Bonavides, ao tratar do princípio da proporcionalidade, diz ao tratar da interpretação do mesmo que: "... situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, tem revelado a importância do princípio da proporcionalidade.

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição contra norma de Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano...".<sup>24</sup> Podemos daí, deduzir, que na iminência de evitar a submersão de um direito, o Estado-Jurisdição, tem o dever-poder de antecipar a fruição do direito material, como estado de necessidade, visando salvar à vida do indivíduo que se encontra em vias de sucumbir. Sendo o patrimônio da Fazenda Pública uma tábua de salvação, em disputa no mar do interesse público, e à vida humana preste a perecer, no

conflito, diante da necessidade de flutuar, ao abrigar-se sobre um quinhão desse bem, o estado de necessidade deve ser reconhecido, pelo agente público encarregado de resolver a lide. Essa tutela liminar e iminente, não pode aguardar, o barco de salvação tripulado pelos óbices de proteção do direito fazendário.

Estamos certos acerca da proteção jurídica assegurada a todos os cidadãos, pelo nosso ordenamento jurídico, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Magna que, ela deve ser efetivada com presteza. Essa realização da Justiça decorre da própria finalidade do Estado Democrático de Direito e do anseio do homem ao longo da sua história. Quando a intervenção jurisdicional tem como finalidade a solução de conflitos existentes entre indivíduos, não resulta óbice para que a tutela deduzida seja prestada dentro da brevidade decorrente do direito material controvertido. Nesse aspecto, o nosso Direito Processual Civil sofreu avanços significativos ao longo das últimas décadas. Podemos elencar alterações importantes no Estatuto Adjetivo, trazidos pelas Leis nºs 8.952/1994; 10.352/2001; 10.444/2002, que instrumentalizaram os órgãos jurisdicionais, mormente os de 1º grau para a antecipação da tutela, tornando mais efetiva a entrega da prestação jurisdicional. Contudo, a doutrina e a jurisprudência, apesar de pacífico nesse ponto de vista quando as partes que atuam no processo são pessoas jurídicas de direito privado, o mesmo não se sucede, quando a relação jurídica processual se estabelece entre esta e uma pessoa jurídica de direito público. Aí, surgem os dissídios, jurisprudenciais e doutrinários, no reconhecimento da aplicação do instituto da efetivação do direito, através da antecipação da tutela material pleiteada.

Buscando se contrapor a busca da efetivação dessa tutela expedita, almejada pelo particular, à Fazenda Pública, através de ações cautelares inominadas, o legislador respondeu, no sentido inverso, do que era deduzida em juízo. Agora, responde o Estado legislativo, com leis que visam a restringir e fechar as brechas acaso existentes, na regulamentação mandamental, com as Leis nºs 4.348/1964 5.021/1966; 8.437/1992 e 9.494/1997. As três primeiras tratam de concessão de direitos através de ações mandamentais na forma liminar e a última disciplina à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Comparando a edição das normas tratadas no parágrafo anterior, com estas elencadas nestes parágrafos, fica nítido o tratamento diferenciado, que o legislador deu aos sujeitos do processo, quando o sujeito passivo da relação jurídica adjetiva é o Estado-Administração, ou seja, a Fazenda Pública.

O que buscamos demonstrar ao longo desse trabalho é a proteção do bem jurídico que o ordenamento jurídico almeja. Não restam dúvidas que a Constituição de 1988, implantou um novo Estado na nação brasileira. Estabeleceu que o fundamento e os objetivos da nossa organização política é a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, como suporte real do interesse público. Nesse particular, os atos e atuação do Estado, terão para a sua

legitimação, o escopo do interesse público, o qual se sustenta na vida humana protegida pelo artigo 5º do mesmo estatuto. A interpretação da legislação infraconstitucional, tanto material quanto instrumental, deve-se manter fiel à nova realidade da Constituição cidadã.

A nova realidade jurídica rompeu a relação até então estabelecida de um Estado-Súdito, para um Estado-Cidadão. Neste novel Estado, a ordem social ganha destaque e capítulo distinto da ordem econômica. Mesmo nesta última, o artigo 170, da Constituição Federal, reduziu a finalidade da ordem econômica à existência digna e aos ditames da justiça social, estabelecendo, destarte, uma relação com a ordem social, quando o artigo 193, da mesma Carta, colocou como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Relacionando a garantia da inviolabilidade do direito à vida, com a saúde, como direito de todos e dever do Estado assegurado no artigo 196, do mesmo Estatuto, não resta dúvida de que o bem jurídico maior que temos a preservar é a existência humana em sua plenitude.

Diante dessas premissas, é que o princípio da proporcionalidade se estabelece como bússola a orientar, a rota das ações dos órgãos estatais, realizadas através dos seus agentes públicos, com especial destaque para o Estado-Jurisdição. Se um cidadão reclama a tutela jurídica diante da violação de seu direito à saúde, garantido na regulamentação da Lei nº 8.080/1990, a qual especifica as competências e as ações no âmbito da saúde, por omissão do Estado-Administração, temos aí, um conflito de dois interesses públicos subjetivos: a Administração Pública tentando proteger a economia de suas finanças e o cidadão em busca de salvaguardar a sua vida. O princípio da proporcionalidade, diante da situação fática, norteará o intérprete, ou seja, o aplicador da lei, para a concessão ou não da efetivação da tutela.

Vamos pegar, como exemplo, a situação de uma pessoa usuária do Sistema Único de Saúde que se encontra com um aneurisma cerebral e recebe do órgão público de saúde a resposta de que não pode realizar o exame de ressonância magnética, por não existir o aparelho em suas dependências, e se negue a fazer tal serviço em uma clínica privada, por ter tal exame um custo elevado. O médico, autor da requisição, atesta que o atraso na feitura do exame poderá levar o seu paciente a óbito. É sabido que o aneurisma cerebral causa hemorragia na caixa craniana. O atraso num diagnóstico preciso para a intervenção cirúrgica, visando a estancar o sangramento, estatisticamente tem conduzido o enfermo à morte. Diante de tal circunstância, a tutela jurídica deve ser antecipada, ou vamos aguardar os institutos de defesa inerentes à Fazenda Pública? Esta é a situação com a qual nos deparamos e buscamos nos posicionarmos.

As ações e serviços de saúde têm a sua execução regulada em todo o

território nacional, através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. A referida lei estabelece nos seus artigos 2º ao 4º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano e o Estado tem o dever de prover o pleno exercício. Esse dever, esclarece ainda, consiste na formulação e execução de ações e serviços que assegurem o acesso universal e igualitário. Respectivos dispositivos garantem às pessoas e à coletividade, condições de bem-estar físico, mental e social. Esta garantia deve ser prestada por um conjunto de ações de serviços de saúde, através de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, constituindo assim em um sistema único de saúde.

Esse sistema tem como objetivos, atribuições, princípios e diretrizes, entre outros a assistência às pessoas, realizadas através de ações e atividades que promovam a proteção e a recuperação da saúde, com terapia integral, inclusive farmacêutica. Dentro dessa assistência, deve estar garantido o acesso universal aos serviços de saúde de todos os níveis, com ações contínuas de serviços preventivos e curativos exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade. Os princípios e diretrizes traçados, pela referida lei, asseguram igualdade na assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Já estão definidos direitos e obrigações.

Não restam dúvidas, diante da análise legislativa acima, de que a saúde é um direito público subjetivo do cidadão e que o Estado tem o dever de prestá-lo. A deficiência ou a omissão no cumprimento dessa obrigação resultam de um ato administrativo, omissivo ou comissivo, os quais podem ser combatidos pela via judicial. De igual modo, é extrema de dúvida que o exemplo aduzido alhures, acerca da emergência na prestação de cura, enseja uma resposta no prazo necessário à salvaguarda do direito violado.

A modificação na legislação processual civil, introduzida pela Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, que em seu artigo 1º, restringe a concessão de tutela antecipada nos casos ali especificados, cujos dispositivos reproduziremos a seguir:

Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, “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 à respectiva sentença.

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

Lei 5.021, de 09 de junho de 1966: “Art. 1º - O pagamento de vencimento 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.”

Lei 8.437, de 30 de junho de 1992: “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 parte, o objeto da ação”.

“Art. 3º - O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra a 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 popular”.

Observa-se das disposições acima elencadas que as restrições abrangem a antecipação de tutela, no que diz respeito a direitos inerentes a condição de funcionários públicos. Exceção existe no caso do § primeiro da Lei nº 8.437/92, que ressalva a competência originária dos tribunais.

Contudo, o § 2º não inclui dentre as competências originárias dos tribunais as ações populares e civis públicas. Com efeito, podemos concluir que é cabível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, fora desses casos, desde que o direito pleiteado esteja protegido pelo interesse público, que suplante as salvaguarda que acobertam a Fazenda Pública.

Essa interpretação, extraída da análise feita acerca do direito à saúde, encontra reforço ao interpretarmos a contrário *sensu*, o artigo 4º, desta lei, que autoriza o presidente do tribunal competente a suspender a execução de medida liminar, para evitar grave lesão à saúde. Se cabe ao órgão jurisdicional o desfazimento do ato que causa grave lesão à saúde pública, de igual modo a medida liminar para a antecipação de tutela pode ser concedida para impedir que

a grave lesão à saúde possa ocorrer.

O caso concreto, diante da complexidade dos bens que protegem a vida como expressão maior da dignidade humana, dentro dos princípios gerais do Direito e em especial o princípio da proporcionalidade, é que vão nortear o agente público, encarregado da tutela jurisdicional, fora dos casos em que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, são expressamente vedados por lei, dar necessidade ou não da sua concessão, atendidos os pressupostos e requisitos contidos no artigo 273, da lei processual civil. O que buscamos demonstrar é que o Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil tem os seus fundamentos e objetivos fundamentais traçados na Constituição Federal, cuja finalidade e legitimidade só encontrarão respaldo quando os atos públicos tiverem como destinatários principais a dignidade humana, escopo derradeiro do interesse público.

<sup>1</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *A Antecipação da tutela em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 26

<sup>2</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 20ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Leud, 2002, p. 453

- <sup>3</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 154
- <sup>4</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *A Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 43
- <sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.664
- <sup>6</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 246
- <sup>7</sup> Idem Ibidem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 246<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.95
- <sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95
- <sup>9</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. p.55
- <sup>10</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.249
- <sup>11</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 28ª ed. Vol. II.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.562.
- <sup>12</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 65
- <sup>13</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 256
- <sup>14</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *Antecipação da Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 78
- <sup>15</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *Antecipação da Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 80
- <sup>16</sup> Idem Ibidem. São Paulo: *Dialética*, 2001, p. 83
- <sup>17</sup> BENUCCI, Luiz Renato. *Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 88
- <sup>18</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001,p. 64
- <sup>19</sup> Idem Ibidem. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001,p. 59
- <sup>20</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*.13ªed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68-69
- <sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 433
- <sup>22</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001,p.81
- <sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, P. 356-397
- <sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros,

1997, P. 387