

sustentável que o provimento será irreversível para a União, posto que grande parte da jurisprudência considera irrepitíveis as verbas de caráter alimentar.

Assim, mesmo diante de lei que permita o desconto das parcelas a serem devolvidas à União, caso a demanda lhe seja favorável, no final, não poderá receber de volta o que já pagou, por força do entendimento supracitado. Imagine-se isto envolvendo as milhares de ações que vêm sendo propostas em face da União com este propósito? É evidente que paralisa a Administração Pública e manietta suas funções. E em prejuízo de quem? De toda a coletividade, em prejuízo de cada um de nós.

Já o artigo 588 que cuida da execução provisória, estabelece, em seus incisos II e III que:

“Não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;”

“Fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.”

O texto legal, portanto, é inequívoco no sentido de determinar, na antecipação de tutela, não apenas se tenha cautela quanto a possível irreversibilidade da medida, como ainda, de determinar que sua execução encontra limites no disposto

no artigo 588, II e III, do CPC. Concludente, portanto, que na situação específica de tutela antecipada visando o pagamento de soma de dinheiro pela União depara-se com o óbice da proibição de levantamento de depósito pelo autor da demanda. Mais um obstáculo, assim, à aplicabilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

5. A tutela antecipada na sentença e o recurso cabível

Em se considerando que poderá o julgador conceder tutela antecipada na sentença final, é oportuno indagar-se qual seria o recurso oponível e em que efeitos seria ele recebido?

Por primeiro, tem-se que situação similar já abriu tal discussão, qual seja, a do julgamento em uma única sentença da ação principal e da cautelar em apenso.

Havia decisões em ambos os sentidos, vale dizer, admitindo o duplo efeito desde que assim o reclamasse uma das ações. Entendimento outro, no entanto, seria o de que, relativamente à ação cautelar, o apelo interposto deveria ensejar apenas o efeito devolutivo, possibilitando, pois, a execução imediata da parte da sentença que julgou procedente aquela.

O posicionamento da jurisprudência parece, ainda hoje, privilegiar mais a primeira orientação supraci-

tada. No entanto, vem se desenvolvendo orientação no sentido de que, julgadas ações conexas em sentença única e havendo disparidade no tocante aos efeitos do apelo dela interposto em razão da natureza da ação, deve o juiz destacar os efeitos relativamente a cada qual.

Nesse sentido, aliás, a compreensão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Causas conexas. Julgamento simultâneo. Apelação. Efeitos. Se a apelação relativa a uma das causas deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, não há de emprestar-lhe duplo efeito, em virtude de ser esse o próprio para a outra causa, julgada na mesma sentença” (STJ – 3ª Turma, Resp 61.609-3-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.4.96, deram provimento, v.u., DJU 3.6.96, p. 19.249). No mesmo sentido: RTFR 120/29, RT 628/192, Lex – JTA 155/63.

“Julgadas concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação global, ao juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente à medida cautelar tão-somente no efeito devolutivo” (STJ – 4ª Turma, Resp 81.077 – SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 26.6.96, p. 35.117). No mesmo sentido: STJ – 2ª Turma, RMS 8.388 – SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. 13.11.97, deram provimento, v.u., DJU 23.3.98, p.59.”

(NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 31. ed., Saraiva, p. 546).

Corroborar tal entendimento a posição doutrinária ora destacada:

“Questão que tem sido debatida na jurisprudência é aquela relativa à apelação interposta contra sentença que julga ações conexas, para as quais a lei estabelece regime recursal diverso, no que respeita aos efeitos em que deva ser recebido o recurso. Muito embora a decisão seja incidível para efeitos de identificar-se o recurso contra ela cabível, entendemos que o recurso efetivamente interposto deva ser recebido em efeitos diferentes quanto aos capítulos que compõem a decisão recorrida. Deve o magistrado receber a apelação, único recurso cabível contra a sentença, mas dar efeito suspensivo à parte da sentença que o comportar, e dar efeito meramente devolutivo ao capítulo da sentença que assim o reclamar. A cisão do julgamento em capítulos, portanto, somente pode ser considerada para atribuir-se os efeitos suspensivo e devolutivo ao recurso interposto contra a decisão judicial.

É o caso, por exemplo, de sentença que julga: a) ação cautelar juntamente com a principal; b) alimentos com ação de separação judicial; c) despejo por falta de pagamento com consignação em pagamento; d) ação principal e reconvenção; e) ação principal e ação declaratória incidental; f) oposição e ação principal etc.

Como o artigo 520, n. IV, do CPC, estabelece que a apelação da

sentença que julga a ação cautelar deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, e normalmente a sentença que julga a ação principal é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), entendemos que a apelação interposta contra essa sentença, que é um recurso só, deve ser recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo quanto à parte da sentença que decidiu a ação principal, e apenas no efeito devolutivo quanto à parte da sentença que julgou a ação cautelar.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed., RT, p. 395-396).

Em face das considerações acima, temos, em resposta às questões formuladas, que apenas um recurso será cabível de sentença única que conceder tutela antecipada e julgar os pedidos, qual seja, o recurso de apelação, também em razão do princípio da unirrecorribilidade ou singularidade que se aplica em matéria recursal.

Diante disso, entendemos mais, que em tal hipótese deverá o Magistrado, em pretendendo possibilitar a execução imediata da tutela antecipada, destacar o recebimento da apelação interposta pela União, assim o fazendo em seu efeito devolutivo no tocante àquela e no efeito suspensivo quanto ao mérito.

Nesse caso, no entanto, poderá a União socorrer-se do agravo de instrumento com pedido liminar

objetivando obter a suspensão da execução pretendida ou, ainda, se houver urgência, ajuizar ação cautelar inominada perante o Tribunal Regional Federal com a mesma finalidade, ainda que com pedido preventivo, haja vista a notícia de que alguns Juízes procedem rapidamente quanto à execução da tutela, até sem a ciência da Fazenda Pública.

Outrossim, se tais providências não derem solução satisfatória à Fazenda Pública, poderá ela lançar mão da Reclamação junto ao Tribunal Superior, com fundamento no descumprimento pelo Poder Judiciário da decisão proferida na ADC-4.

6. O princípio da proporcionalidade

Destina-se o princípio da proporcionalidade a preservar os direitos fundamentais, segundo ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, *in Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Celso Bastos Editor, 1999, p. 61. É, em feliz expressão, a *proibição do excesso*.

Esclarece o autor, ademais, que:

“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um *princípio dos*

princípios, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma *solução de compromisso*, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu *núcleo essencial*. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do *Estado democrático de Direito*, pois sem a utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.”

Fica claro que o referido princípio é de aplicar-se aos diversos ramos do Direito e a ele se presta homenagem neste ensaio para reafirmar-se que, se observado ele fosse, muitas das tutelas antecipadas que vêm sendo pleiteadas contra a União (leia-se aqui, também, Estados e Municípios) não seriam concedidas na medida em que o julgador se apercebesse que, no mais das vezes, a efetividade buscada com a antecipação causa maiores malefícios à Fazenda Pública do que benefícios ao particular demandante. Para que 10 (dez) servidores públicos, por exemplo, recebam imediatamente reajustes salariais que entendem fazer jus,

outros tantos haverão de ficar sem salários, sem falar-se nos contribuintes que ficarão sem verba para educação, saúde etc.

Não se trata, assim, de *privilegiar* a Fazenda Pública, mas sim dar-lhe prerrogativas aptas e adequadas às suas peculiaridades e características de defesa dos interesses públicos, dos interesses de toda uma coletividade. Mais ainda, de ajustar-se à sistemática hoje vigente para realização da efetividade da jurisdição frente à Fazenda Pública. Outra solução, como visto, é a de buscar meios novos para sua modificação e adequação à nova realidade.

Lembrando os dizeres de Nelson Nery Junior, temos que

“... quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando um outro particular, mas sim o próprio povo, razão bastante para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. ed., RT, p. 49).

É com cautela, pois, e jamais esquecendo-se que do outro lado litiga toda a coletividade, que devem os Juízes, no nosso entender, bem avaliar, também em face do princípio da proporcionalidade, se a concessão de antecipação de tutela não trará

repercussões mais graves frente ao ente público do que aquelas que se pretende resguardar ao particular e tudo em nome da efetividade da tutela jurisdicional pleiteada.

Afinal, segundo Chiovenda

“na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”

Não se pode, no entanto, subverter institutos (do precatório, do reexame necessário entre outros) a pretexto de tornar efetiva a tutela jurisdicional. Que há o anseio de tal efetividade, nos dias atuais, nem se discute, no entanto, não se pode, certamente, contrariar normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes para atender ao instituto da antecipação de tutela. Indiscutivelmente, é de conciliá-los, sob pena de, como dito, deixar a própria coletividade à mercê da insegurança jurídica.

7. Conclusões

Enfim, em sendo concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública os argumentos a ela contrários seriam os óbices da liminar deferida na ADC-4, o reexame necessário do artigo 475, II, do CPC; a irreversibilidade da medida e o princípio da proporcionalidade. Se a tutela antecipatória objetivar pagamento de soma em dinheiro é

de acrescentar-se, ainda, a exigência do precatório, art. 100, CF, e a necessidade de previsão orçamentária.

Eis que podemos concluir, como Rita Giancesini, in *Tutela Antecipada e Execução Provisória Contra a Fazenda Pública, Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*, Malheiros, p. 170, Coordenadores: Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno:

“... Mas já que a lei está aí, é possível sustentar o seguinte: só não cabe tutela antecipada contra o Poder Público naqueles casos em que a Lei n. 9.497/97 veda; nos demais, ela é cabível. Acredito que esta não seja uma afirmação correta. Isto porque a tutela antecipada, no meu entender, não pode ser concedida contra o Poder Público em função da sistemática processual, uma vez que a execução por quantia certa contra ela está estabelecida na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Assim, o reexame necessário, a impossibilidade de expedição de precatórios provisórios, os prejuízos acarretados à Fazenda de modo irreversível pela inclusão no orçamento de dívida correspondente a precatório provisório, etc. Do mesmo modo, e em função das mesmas observações, a execução provisória com relação à Fazenda não pode ser permitida como regra. Somente naqueles casos em que pende de solução recurso extraordinário e especial. Nunca da sentença ou de decisão interlocutória, entretanto.”