



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANNA AMÉLIA DANTAS DE ALMEIDA FEITOSA

TUTELA ANTECIPADA, INSTRUMENTO DA EFETIVIDADE DA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO

SOUSA - PB
2008

ANNA AMÉLIA DANTAS DE ALMEIDA FEITOSA

TUTELA ANTECIPADA, INSTRUMENTO DA EFETIVIDADE DA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2008

A minha avó Adalva Feitosa, minha mãe Isabel Rosinete Dantas Feitosa e a minha amada sobrinha Maria Anita Suassuna Feitosa, para que ela sempre cultive o amor pelos estudos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois, sem a sua ajuda nada teria sido possível.

Aos meus pais, Tuca Feitosa E Rosinete. É de vocês, o mérito do sucesso que dizem ser meu, pois vocês souberam transmitir com seu amor, a garra de lutar e a grande vontade de vencer. A vocês que por tantas vezes abdicaram os seus sonhos para realizarem os meus, abriram mão das suas vontades para me possibilitar estudar.

A minha avó, que desde sempre, me ajudou nos estudos.

Aos meus sobrinhos, Maria Anita e Artur Neto, que com as suas fragilidades e inocência, me estimularam a estudar e a tentar vencer na vida.

Ao meu amado Manoel Lopes, que por muitos momentos me fez esquecer dos problemas que me afligiam, diminuindo minha saudade de casa. Que muitas vezes me fez rir quando tinha vontade de chorar, por me apoiar e me ajudar a tomar grandes decisões. Por sua força e disposição, diante das minhas limitações. Agradeço a sua paciência e compreensão.

Aos meus irmãos, Lutemberg, River e Artur, por estarem sempre torcendo por mim.

A Vanessa Moura, que compartilhou comigo as alegrias e tristezas no decorrer do curso.

A Edginalda, Nildinho e Maria Eloísa, por me acolherem com muito amor em seu lar e fazerem com que eu me sentisse em casa.

A minha turma, pelas conversas e pelas amizades.

A Geórgia Graziela, por aceitar a orientação deste estudo e conduzir seu desenvolvimento, com muita sabedoria e paciência.

A Raimundinho, Dra. Giselly Jurema, Dr. Thiago, Geraldo Jr., Max Andrey, pelo carinho com que sempre me recebem, pela amizade, pela estima, afeição, pelos incentivos dados e por acreditarem e confiarem em mim.

Aos funcionários e professores, que foram essenciais nessa caminhada.

“Cada um de nós compõe a sua própria história, e cada ser em si carrega o dom de ser capaz e ser feliz”.

Almir Sater

RESUMO

A possibilidade de antecipação da tutela, que constitui a maior inovação no processo civil brasileiro, é tema pouco discutido, apresentando ainda inúmeras dúvidas a seu respeito, principalmente quando o instituto é pleiteado contra os entes que compõem a Fazenda Pública. Inumerável também são as ações em que figuram no pólo passivo da lide aqueles entes, bastando lembrar, as milhares de ações em que torna-se possível a antecipação da tutela em tramitação na Justiça Federal. Hoje, encontra-se pacificado o entendimento da possibilidade da aplicação da antecipação de tutela antecipação de tutela contra a Fazenda Pública quando o pleiteante preencher os requisitos exigidos, ressalvando-se as hipóteses de vedação legal. No que concerne à antecipação da tutela no âmbito previdenciário, onde está inserido o Instituto Nacional do Seguro Social – autarquia da Fazenda Pública, esta vem a ser o meio capaz de coibir os malefícios causados pelo transcurso do tempo processual. Objetiva-se desenvolver um estudo acerca da tutela antecipada como sendo um instrumento capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional das lides no âmbito previdenciário.

Palavras-chave: Tutela Antecipada. Fazenda Pública. Âmbito Previdenciário. Instrumento da Efetividade.

ABSTRACT

The possibility of anticipation of the guardianship, that constitutes the biggest innovation in the Brazilian civil action, is subject little argued, presenting still innumerable doubts its respect, mainly when the institute is pled against the beings who compose the Public Farm. Myriad also they are the actions where they appear in the passive polar region of deals those beings, being enough to remember, the thousands of action where the anticipation of the guardianship in transaction in Federal Justice becomes possible. Today, one meets pacified the agreement of the possibility of the application of the guardianship anticipation anticipation of guardianship against the Public Farm when the litigant to fill the demanded requirements, excepting the hypotheses of legal prohibition. With respect to the anticipation of the guardianship in the providence scope, where he is inserted the National Institute of the Social Insurance - autarchy of the Public Farm, this comes to be the way capable to restrain the curses caused for the course of the procedural time. Objective to develop a study concerning the anticipated guardianship as being an instrument capable to guarantee the effectiveness of the judgement you deal of them in the providence scope.

Word-key: Anticipated Guardianship. Public Farm. Providence Ambit. Instrument of the Effectiveness.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
1.1 Evolução histórica do Instituto da tutela antecipada.....	12
1.2 Natureza Jurídica.....	17
1.3 Tutela cautelar e tutela antecipada.....	18
1.4 Conceito e pressupostos para a concessão da tutela antecipada.....	21
1.5 Espécies de tutela antecipada.....	22
1.5.1 Tutela antecipada de urgência ou assecuratória.....	22
1.5.2 Tutela antecipada punitiva.....	23
1.5.3 Tutela antecipada sobre o pedido da parte incontroversa.....	24
1.6 Pressupostos genéricos para a antecipação da tutela.....	24
1.6.1 Do requerimento da parte.....	26
1.6.2 Legitimidade para requerer.....	27
1.6.3 A verossimilhança.....	27
1.6.4 A prova inequívoca.....	28
1.6.5 A irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.....	28
1.6.6 Motivação da decisão.....	30
1.6.7 A necessidade de sintonia entre a tutela antecipada e definitiva.....	31
CAPÍTULO 2 TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	32
2.1 Obstáculos impostos pela Legislação Processual.....	32
2.2 As prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública em face dos princípios constitucionais do processo.....	33
2.3 Do reexame necessário.....	36
2.4 Do regime de precatórios.....	39
2.5 Irreversibilidade do provimento antecipatório.....	42
2.6 As normas restritivas para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.....	44
CAPÍTULO 3 A TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO	47
3.1 A Seguridade Social.....	48
3.1.1 Saúde.....	49
3.1.2 Previdência Social.....	50
3.1.3 Assistência Social.....	50
3.2 Aspectos relevantes acerca da Tutela Antecipada na Seguridade Social.....	51
3.3 A morosidade do processo ordinário nas ações previdenciárias.....	53
3.4 O princípio da proteção social nas lides previdenciárias.....	54
3.5 Necessidade de requerimento da antecipação da tutela.....	55
3.6 Risco de dano irreparável ou de difícil reparação.....	56
3.7 Objeto da tutela antecipada no âmbito previdenciário.....	59

3.8 Efetivação da tutela antecipada.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A antecipação de tutela no direito brasileiro, que constitui verdadeira inovação no processo civil brasileiro, é um tema novo que ainda reflete no cenário jurídico com uma série de dúvidas, principalmente no âmbito previdenciário, por ser a Seguridade Social integrante dos entes que compõe a Fazenda Pública.

A evolução do Processo Civil, consagrou o instituto da tutela antecipada em dezembro de 1994 com a edição da Lei 8.952, sendo assim introduzida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que passou a ter a seguinte redação: "O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial".

Tutela no sentido denotativo vem a ser, uma defesa, um amparo, uma proteção. O instituto da tutela antecipada vislumbra como sendo um instrumento que será utilizado pelo autor da demanda, para lhe proteger, garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Buscar-se-á com a elaboração do presente trabalho monográfico, uma melhor visão acerca do instituto da tutela antecipada no âmbito previdenciário.

Demonstrar-se-á ainda, a tutela antecipada como sendo um instrumento capaz de dirimir os óbices que a demora da tramitação normal do processo ordinário traz ao pólo ativo da ação.

Procurar-se-á também, fazer uma breve análise dos principais aspectos que têm sido levantados sobre o tema, seja a favor ou contra a possibilidade de antecipação de tutela no âmbito previdenciário, para posteriormente se posicionar sobre a temática.

O presente estudo foi desenvolvido em três capítulos.

O capítulo inicial terá por escopo fazer considerações gerais acerca do instituto da tutela antecipada, desde o seu surgimento no cenário nacional, a sua natureza jurídica, a sua distinção coma tutela cautelar, a sua conceituação, os pressupostos de concessão que são: o requerimento da parte, a legitimidade para requerer, a verossimilhança, prova inequívoca, irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada, motivação da decisão e, a sintonia entre a tutela antecipada e definitiva; até a demonstração das espécies de tutela antecipada.

Em seguida, no segundo capítulo far-se-á um estudo específico sobre a possibilidade de concessão tutela antecipada contra a Fazenda Pública, levantando-se os óbices encontrados na legislação processual, as prerrogativas inerentes à Fazenda Pública tais como o reexame necessário, o regime de precatórios, a impossibilidade de concessão quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado; finalizando-se com a exposição das normas restritivas para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Por fim, o terceiro e último capítulo, pressupondo-se o domínio teórico sobre a técnica de antecipação de tutela e afastados os óbices à adoção desta técnica nas causas de interesse da Fazenda Pública, serão enfocados os principais aspectos da tutela como instrumento capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas lides envolvendo direito previdenciário, sendo abordado desde o surgimento da seguridade social no cenário brasileiro, a sua importância, o princípio da proteção social, a questão da morosidade do processo envolvendo lides previdenciárias e a prejudicialidade desta demora para a parte hipossuficiente da ação por tratar-se de prestação de caráter alimentar.

Apresentar-se-á a tutela antecipada no âmbito previdenciário, como sendo um

instrumento capaz de dirimir as seqüelas que a demora da prestação jurisdicional poderá causar aos autores dessas demandas que na sua maioria fazem parte de uma massa enorme de cidadãos desfavorecidos pelo sistema econômico-social, que o eufemismo forense tratou de designar de hipossuficientes.

Este trabalho foi elaborado aplicando-se a metodologia da pesquisa científica, utilizando-se os métodos histórico-evolutivo e exegético-jurídico, no estudo teórico da doutrina, consulta à jurisprudência, artigos e revistas especializadas, bem como análise da legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, visando a compreensão da tutela antecipada e sua aplicabilidade no âmbito previdenciário, evidenciando ao final, a sua importância como instrumento capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 1 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

O Poder Judiciário, sempre se viu afogado por um grande número de litígios que aumentavam a cada dia, tornando-o mais lento e insatisfatório. Tentando modificar tal realidade foram surgindo novas fórmulas de instrumentos processuais, tais como a criação de ritos mais simples com a conseqüente concentração dos atos processuais, o surgimento de medidas que facilitavam e ajudavam a resolução da lide como foi o caso as medidas cautelares e antecipação de julgamentos, nos casos de julgamento antecipado da lide e tutela antecipada. Tudo com o objetivo de buscar a efetividade do processo, bem como a sua razoável duração.

1.1 Evolução histórica do Instituto da tutela antecipada

O crescente número de conflitos de interesses e a conseqüente morosidade da sua solução em face de estruturas jurídicas arcaicas que não se têm revelado adequadas para atender aos que ocorrem à Justiça; mormente quando o Estado não se dispõe a aparelhá-la para que cumpra efetivamente o objetivo de dar respostas rápidas aos pleitos dos jurisdicionados, sempre impulsionaram a imaginação do legislador para encontrar formas de agilizar os mecanismos de administração da justiça, sendo a tutela liminar o seu mais distante ancestral nessa evolução.

Em monografia intitulada "Tutela Antecipada" Cavalcanti (2006, p. 12), sobre o surgimento da tutela antecipada, assevera:

A Tutela Antecipada, surgiu no Continente Europeu, datando a mais de quarenta anos, esta possuía raízes históricas no clássico Direito Romano. Evoluindo no Direito Europeu, em que era concebida a tutela provisória tanto para conservar, como para regular a situação jurídica material da parte, sendo permitido utilizar as medidas de urgência para antecipar os efeitos de possível julgamento do mérito, se denominando regulamento provisório do litígio, sendo este Instituto acolhido por diversos países como a Alemanha, Itália, França, Suíça, e posteriormente se espalhou por outros países e outros continentes.

No Direito nacional, o instituto da Tutela Antecipada foi introduzido, de forma ampla, no primeiro movimento de reforma do Código de Processo Civil, através da Lei nº 8.952 de 13/12/1994, que teve por objetivo, aparelhar o processo com uma ferramenta que realmente desempenha uma parcela de efetividade na prestação jurisdicional; e foi assim, atribuindo nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

Antes da tutela genérica da regra citada, no regime de outras ações já se observava a antecipação dos efeitos da sentença definitiva, a exemplo das liminares em ações possessórias, em ações de despejo (artigo 59, § 1º da Lei nº 8.245/91), em remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data, ação popular, mandado de segurança e mandado de injunção), busca e apreensão de menor em poder de terceiro (artigo 839 do Código de Processo Civil), além da tutela específica de obrigação de fazer referida no artigo 84 da lei 8.078/90.

A Lei nº 8.952/94 construiu uma sistemática ampla e estruturada da antecipação da tutela, não alcançada pelas cautelares, mas que, anteriormente limitava-se à situações específicas. Assim, o processo de conhecimento recebeu do legislador pátrio a implantação do instituto da tutela antecipada, agora passível de aplicação nas demandas cognitivas comuns.

Conforme ressalta Marinoni (2006, p.204):

Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução.

É bem verdade que essa novidade trazida pela reforma do Código de Processo Civil, inicialmente, foi objeto de incompreensão, passando a ser confundida com os provimentos de natureza cautelar já consagrados em nossa sistemática processual.

De acordo com Wambier (2005, p. 329):

As alterações introduzidas no CPC pela reforma de 1994 envolveram, sem dúvida, certa dose de risco. Mas era um risco que precisava ser corrido, em prol de um processo apto a gerar resultados mais adequados. Reputou-se ser maior o risco de injustiças derivadas de uma resposta jurisdicional intempestiva do que o risco de injustiças advindo da incorreta antecipação de tutela. Ademais, para diminuir esse segundo risco, estabeleceram-se precisos pressupostos e condições para a antecipação da tutela.

Após o aprofundamento da discussão sobre o instituto, com advento do novel texto legal (artigo 273 do Código de Processo Civil), não faltaram vozes a defender que o direito processual do trabalho, antes mesmo da Lei nº 8.952/94, já previa a concessão da medida pela redação do artigo 659, IX, da Consolidação das Leis de Trabalho, cujo inciso fora acrescentado pela Lei nº 6.203, de 17.04.75, atribuindo ao Juiz do Trabalho competência para conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta consolidação.

A redação do dispositivo destacado trata de tutela específica de obrigação de fazer, espécie do gênero tutela antecipada, hoje disciplinada pelo artigo 461, § 1º do Código de Processo Civil.

A antecipação da tutela disciplinada pelo artigo 273 e a tutela específica dos

arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil simplificam a prestação jurisdicional, pois podem ser obtidas no bojo do próprio processo de conhecimento, sem a necessidade da propositura de duas ações para se alcançar um mesmo resultado.

Com a consagração da tutela antecipada e da tutela específica, ninguém pode mais buscar, pela via alternativa do processo cautelar, efeitos antecipatórios da decisão final de mérito, dispondo os interessados, agora, do processo de cognição para alcançarem esse objetivo.

A tutela jurisdicional definitiva é, com efeito, a meta do processo e, sendo assim, é a ela que primacialmente se refere a proteção prometida pela Constituição da República quando consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º, XXXV), legitimador do monopólio estatal da jurisdição. E diz mais a Constituição: a tutela somente será concedida depois de percorrido o *iter* do devido processo legal (artigo 5º, LIV), donde se conclui que, antes disso, o autor não terá direito ao bem jurídico perseguido, que permanecerá na esfera jurídica do réu.

A generalização da tutela antecipatória veio a provocar uma verdadeira revolução porque se inseriu em um sistema de processo civil que sempre valorizou ao extremo a segurança jurídica, a ponto de, como regra, negar eficácia imediata a um vasto conjunto de decisões prolatadas em sede de cognição exauriente, quais sejam as sentenças de primeiro grau de jurisdição, contra as quais o recurso cabível é geralmente dotado de efeito suspensivo, bem como exigir o longo rito do binômio condenação-execução para a satisfação das pretensões relativas a deveres de dar, fazer e não-fazer, com valorização excessiva da idéia de *nulla executio sine titulo*.

Theodoro Jr. (*in revista de processo*, 1999, n. 94, p. 26) identifica na tutela antecipatória "a quebra do dicotomismo rígido, concebido pelo direito processual clássico, entre o processo de conhecimento e o processo de execução". Explica o

autor:

Permitindo a tomada de medidas de natureza prática dentro do âmbito do processo de conhecimento, a tutela antecipada entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da futura *actio iudicati*, já que o efeito prático provisoriamente alcançado se tornaria definitivo, após a sentença e, conforme sua extensão, esvaziaria por completo a execução forçada. (...)

E, ademais, continua (*in revista de processo*, 1999, n. 94, p. 26):

Isso quer dizer que a natureza do processo de conhecimento, após a concepção geral da tutela antecipada, já não é mais a tradicional que via nele uma atividade puramente ideal de definição de direitos subjetivos e de sanções correspondentes a suas infrações. Agora, o juiz da cognição, além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercita, desde logo, também, atos *práticos* de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo [...] (grifo do autor).

Nessa revolução, vem, a tutela antecipada, a valorizar a posição do autor, daquele que pede em juízo a proteção do seu direito, sem descuidar da situação do réu, daquele em face de quem se pede. O que importa verificar é que, agora, com base no princípio da igualdade real, tanto um quanto outro poderão ter que suportar as conseqüências materiais mais gravosas da inevitável demora do processo – em oposição ao sistema anterior em que, *a priori*, esse papel cabia exclusivamente ao autor. E isso faz surgir a necessidade de repensar vários institutos do Direito Processual para amoldá-los à nova orientação, como bem observa Zavascki (1999, p. 70) ao tecer considerações sobre a lei instituidora da tutela antecipatória:

Mais do que uma simples alteração de um dispositivo do Código, a nova lei produziu em verdade uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. As medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo. A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais que da lei, do próprio sistema – se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais.

Destaca-se porém, que a alteração legislativa foi fruto de uma evolução gradual do processo civil, vindo a responder aos anseios da comunidade jurídica por meios de conferir maior efetividade à jurisdição, o que, até a edição da Lei nº 8.952/94, dependia em alto grau da criatividade de nossos juristas e da boa vontade de alguns magistrados para aceitar verdadeiras **subversões** como a **medida cautelar satisfativa**, por exemplo.

Sobre o assunto, lapidar o escólio Marinoni (2006, p. 202):

A inefetividade do procedimento ordinário transformou o artigo 798 do Código de Processo Civil em autêntica "válvula de escape" para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final.

Vê-se, portanto que, a tutela antecipada serve de arma contra os desprazeres experimentados pelo transcurso do tempo do processo, sendo apto não apenas para evitar um dano irreversível ou de difícil reparação (artigo 273, I do Código de Processo Civil), mas também para que o tempo do feito processual seja distribuído entre os litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (artigo 273, II do Código de Processo Civil).

1.2 Natureza jurídica

Sobre a natureza jurídica do instituto, estabeleceu-se um consenso na doutrina de que a tutela antecipatória tem natureza **satisfativa**, isto é, volta-se à realização da pretensão de direito material do litigante, não se confundindo com a

tutela meramente cautelar.

No que concerne a tutela antecipada, Câmara (2006, p. 463), defende:

Há que se recordar, porém, que a tutela antecipada é espécie de tutela jurisdicional satisfativa, prestada no bojo do medulo processual de conhecimento (razão pela qual foi por nós considerada como espécie de tutela jurisdicional sumária).

Esta teria por escopo impedir o perecimento do direito ou assegurar o seu exercício no futuro, não se confundindo com a entrega ao demandante, ainda que provisoriamente, do próprio direito finalisticamente buscado, típica da tutela antecipada.

1.3 Tutela cautelar e tutela antecipada

Tomando-se por base a classificação da tutela provisória feita pela maioria da doutrina pátria, a tutela genuinamente cautelar corresponde às medidas destinadas à antecipação de provas suscetíveis de perderem-se com o decurso do tempo (segurança quanto à prova) e às medidas que buscam garantir o objeto da lide ou a solvência do demandado, assegurando a eficácia prática da sentença (segurança para execução). E a tutela antecipatória está presente nas medidas que antecipam o objeto do pedido (execução para segurança).

Há, portanto, que se distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar, essa distinção tem (ou teve) a sua importância já que, ao lado da tutela antecipatória, continua em vigor o processo cautelar, com seus vários procedimentos, impondo-se determinar quando seria aplicável um ou outro instrumento técnico-jurídico. Hoje,

entretanto, não há como negar que, em face do novo §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, não há mais espaço para muitas das questões que se colocavam em torno do tema.

De fato, antes mesmo da nova lei, a distinção não estava isenta de críticas. Primeiro porque ela é relativa, dependendo da extensão que se dê à idéia de cautelaridade. Theodoro Jr (*in revista de processo*, 1999, n. 94, p. 33), por exemplo, na esteira de vários doutrinadores, entendendo por cautelaridade “a proteção da efetividade do provimento definitivo, fala em medidas cautelares **conservativas** ou **antecipatórias**”(grifo nosso). Se, entretanto, entendermos que antecipatória é só a decisão que confere ao autor o mesmo resultado da sentença de mérito, então raríssimos seriam os provimentos com esse caráter, visto que o direito reconhecido pela decisão proferida com base em cognição sumária, jamais terá o atributo da certeza. Nesta perspectiva, antecipatórios seriam somente aqueles provimentos irreversíveis, cujos efeitos não poderiam ser desfeitos em razão de decisão posterior em contrário.

É importante chamar a atenção para o fato de que, nestes casos, a decisão definitiva não é dispensável, não cabendo sequer a declaração de perda de objeto da ação. Se, concedida a tutela antecipatória, seus efeitos revelarem-se irreversíveis, ainda assim, deverá o juiz proferir a decisão definitiva seja para confirmar o direito reconhecido provisoriamente, seja para declarar improcedente a demanda – e, neste último caso, resultará para o autor a obrigação de indenizar o réu.

Atualmente, há mesmo uma inversão do pensamento dominante, chegando alguns a negar veementemente qualquer utilidade prática da distinção.

As tutelas cautelares e antecipadas servem fundamentalmente para a

celeridade do processo e são funcionalmente e estruturalmente, no que diz respeito às características da provisoriedade, reversibilidade, possibilidade de revogação ou modificação etc, similares, mas, ainda assim, merecem ser diferenciadas. Primeiro porque, apesar de o Código de Processo Civil hoje permitir a concessão de tutela cautelar em caráter incidental, que seguirá o mesmo procedimento da tutela antecipatória, a recíproca não é verdadeira, ou seja, não é possível a instauração de processo preparatório que tenha por objetivo a obtenção de tutela antecipatória.

Contudo, deve-se chamar atenção para situação de extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave, em que o pedido de tutela antecipatória deve ser examinado ainda que pleiteado em ação autônoma, providenciando-se, posteriormente a correção procedimental, como por exemplo a hipótese com uma "ação cautelar" em que o autor pleiteia a antecipação do dever de o plano de saúde realizar cirurgia grave e de emergência

Em segundo lugar, conquanto o Código de Processo Civil caminhe cada vez mais no sentido de unificar os dois tipos de tutela, vigora em relação à antecipatória, em toda a sua plenitude, o princípio dispositivo, sendo este, ao contrário, mitigado no âmbito da tutela cautelar *stricto sensu*. É o que se deduz do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a antecipar a tutela a "requerimento da parte", em contraste com o que prevêm os artigos 798 e 799, segundo os quais, além dos procedimentos cautelares especiais previsto no Código, "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação", inclusive "autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução", o que normalmente é interpretado como

possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela cautelar (supondo, é claro, um processo pendente).

1.4 Conceito e pressupostos para a concessão da tutela antecipada

A antecipação da tutela, que tem efeito satisfativo, tem o intuito de afastar o estado de insatisfação em que se encontra o postulante ao busca-la, dá assim, efeito antecipado à futura sentença de mérito, sendo, portanto, o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitivo.

Importante observar, que o que se autorizou ao juiz foi o uso de expediente executivo, de variado teor, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento e antes de proferir a própria sentença de mérito. Esta, destarte, credenciando o juiz a executar provisoriamente uma sentença que ainda não foi proferida, mas que as circunstâncias das causa o autorizam a prevê-las.

Pode-se, pois, dizer que a tutela antecipada constitui uma técnica de proteção jurídica diferenciada, caracterizada pelo direito evidente e pela urgência que, com base em cognição sumária ou eventualmente exauriente, e presente os demais requisitos legais, possibilita a satisfação antecipada, no mundo fático, da pretensão vertida pelo postulante.

Corroborando o entendimento supra, Wambier (2005, p. 329) assevera que “a função da tutela antecipada é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”.

Sendo então a tutela antecipada nada mais que deferir à parte autora que preenchendo os requisitos legais exigidos por ela, a fruição de direitos que somente poderiam ser fruídos depois de proferida a sentença meritória que possa ser objeto de execução.

1.5 Espécies de tutela antecipada

A tutela antecipada, ao lado da tutela cautelar antecipatória, está inserida no gênero de tutelas de urgência e corresponde a tutela da evidência. Direito evidente é aquele comprovado de plano, que se diz líquido e certo.

Então delineada, a tutela antecipada, tal como previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, compreende três tipos bem distintos que são: Tutela antecipada de urgência ou assecuratória, tutela antecipada punitiva ou de proteção do autor e tutela antecipada sobre a parte incontroversa da demanda, espécies que passaremos a analisar agora.

1.5.1 Tutela antecipada de urgência ou assecuratória

A tutela antecipada decorrente de incidência do inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, que reflete a situação de urgência, de perigo de dano, convencionou-se chamá-la de tutela de urgência ou tutela antecipatória.

Segundo Didier Jr. (2007, p. 537) “na antecipação de tutela assecuratória, antecipa-se por segurança, para impedir que, durante o processo o bem da vida vindicado sofra um dano irreversível ou dificilmente reversível”.

De rigor, a tutela antecipada também assume o caráter assecuratório, o que se precisa distinguir é a segurança de uma execução. A segurança caracteriza a tutela cautelar, já a execução para a sentença é simplesmente de natureza urgente, objeto da tutela antecipada.

1.5.2 Tutela antecipada punitiva

A tutela antecipada baseada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, cujo regime jurídico da execução, diferente do da anterior, convencionou chamar de tutela punitiva ou de proteção do autor.

Didier Jr. (2007, p. 537) explica:

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por *sanção*, para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes (grifo do autor).

É de bom grado informar que nesta espécie dispensa-se o *periculum in mora*, vale dizer, que será concedida, ainda que não exista o perigo de dano para parte autora, na medida em que ocorra o abuso do direito de defesa ou a conduta protelatória do réu, mas para ambas, faz-se necessário a presença da verossimilhança das alegações com base em prova inequívoca.

1.5.3 Tutela antecipada sobre o pedido da parte incontroversa

Cuidou o legislador reformista, dentro da perspectiva de maior efetividade para o processo, de conceber uma espécie de tutela antecipada desvinculada, em princípio, dos requisitos básicos previstos para as demais espécies, vale dizer: verossimilhança comprovada por prova inequívoca, risco de dano irreparável ou de difícil reparação e conduta abusiva do direito de defesa ou protelatório do réu. Está, permitida a antecipação de tutela quanto à matéria incontroversa, que tem por base a ausência de contestação ou o reconhecimento da procedência do pedido do réu.

1.6 Pressupostos genéricos para antecipação da tutela.

Para que seja antecipada a tutela, exige-se que estejam presentes os requisitos básicos ou pressupostos que estão esculpados no artigo 273 do Código de Processo Civil, subdividindo-se em genéricos e específicos, estes últimos são alternativos, já que, apenas o preenchimento de um deles permite a antecipação da tutela ora perquirida.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, assim descreve:

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 o 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 efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 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.

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

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Assim, preenchidos os requisitos exigidos, o magistrado prognostica, de forma total ou parcial, os efeitos do julgamento do mérito, concedendo ao postulante um provimento que, em regra, seria conferido e prolatado, somente, na sentença definitiva; podendo ser esta providência antecipada de caráter positivo ou de caráter negativo.

Para Didier Jr. (2007, p. 537):

A concessão de tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável. Preenchidos os pressupostos legais, então, é *direito subjetivo* da parte obter a providência, não restando ao magistrado nenhuma dose de *discricionariedade* (grifo do autor).

Conforme previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, os requisitos são necessariamente os seguintes: requerimento da parte; verossimilhança; prova inequívoca; reversibilidade dos efeitos práticos da antecipação da tutela; motivação da decisão e coincidência ou sintonia entre tutela antecipada e a tutela definitiva que será objeto da sentença.

1.6.1 Do requerimento da parte

O artigo 273 do Código de processo Civil estipula que a antecipação da tutela poderá ser concedida a “requerimento da parte”, este é o primeiro requisito para a concessão da antecipação da tutela.

Esse pressuposto está diretamente ligado ao nosso sistema jurisdicional, que se embasa no princípio da demanda, pelo qual, cabe à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional, que é inerte, para tanto, deve o pedido ser feito pela parte, já que no entendimento doutrinário, o juiz não poderá concedê-la de ofício.

Câmara (2006, p. 464) a esse respeito, afirmou:

Parece-nos que a lei processual, ao exigir o requerimento da parte, manteve-se consentânea com nosso sistema processual, onde prevalece o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado. Ademais, não se pode olvidar a hipótese de a tutela antecipada ser, afinal, indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisarão ser reparados. Não se poderia, porém, responsabilizar o autor por um dano causado ao réu por uma decisão judicial que ele não pedira (assim como não seria possível, na hipótese, responsabilizar o juiz, o qual só responde civilmente nos casos de dolo ou fraude, conforme dispõe o art. 133 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

O requerimento de antecipação de tutela será feito na inicial, em qualquer momento no curso do processo em primeira instância ou na fase recursal. Assim, se não ventilado o pedido com a inicial, nada pode impedir que, em outra fase processual mais adiante, venha o autor a pleiteá-la por simples petição nos próprios autos do processo, já que tal postulação não tem autonomia processual.

1.6.2 Legitimidade para requerer

A parte que alude ao artigo 273 do Código de Processo Civil é o autor, o litisconsorte, o assistente, na assistência qualificada; o oponente, na oposição; o denunciante, na denunciação da lide; o reconvinte, na reconvenção; o réu, nas ações dúplices, porque assume a condição de autor; o embargante, nos embargos; o postulante da ação declaratória incidental, enfim, todos aqueles que assumem o pólo ativo da relação processual.

1.6.3 A verossimilhança

O significado do vocábulo verossimilhança é segundo Aulete (2000, p.3952) “aparência verossímil, verossimilhança, probabilidade de ser; plausibilidade. Verossímil é portanto o que parece ser verdadeiro; plausível; que tem probabilidade de ser verdadeiro; que não repugna a verdade”.

A inicial deve ter, obrigatoriamente, além dos demais requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, o fato e o fundamento jurídico do pedido, que equivalem à causa *petendi* próxima e remota. A análise da verossimilhança, que corresponde ao juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, importam em duas operações. Num primeiro instante, faz-se um juízo de probabilidade quanto à situação fática refletida na inicial. Positivo este juízo de valor, porque os fatos aparentemente são verossímeis, impõe-se verificar se as conseqüências jurídicas

pretendidas pelo autor são também plausíveis, vale dizer, se a tese jurídica contida na inicial é provida de relevância, se tem ou não respaldo na ordem jurídica.

1.6.4 A prova inequívoca

O vocábulo “prova” vem do latim *probare, probatio*, que significa convencer, persuadir. A prova é o meio de levar ao convencimento do julgador a existência dos fatos para que possa atuar a jurisdição sobre a vontade humana, regulando a relação controvertida e restabelecendo a paz social.

A prova inequívoca é, no mínimo, a prova convincente, a que não admite erro na apreciação judicial, contrapondo-se à prova ambígua, insuscetível de transmitir segurança e razoabilidade ao convencimento do julgador. Examinada a questão sob o enfoque da teoria geral da prova do processo civil, forçoso é admitir que tem a mesma eficácia da prova inequívoca os fatos que, *ex lege*, não dependem de prova, tal como os notórios, os confessados pela parte contrária, os incontroversos e aqueles sobre os quais milita a presunção de veracidade.

1.6.5 A irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada

Dispõe o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento

antecipado”.

A irreversibilidade diz respeito aos efeitos práticos do provimento, que corresponde à efetiva tutela, não a ele próprio. Assim, a reversibilidade somente é importante no plano fático, pois no plano jurídico sempre é possível a reversão, o que pode ocorrer com a revogação da decisão antecipatória ou com a sentença de improcedência do pedido.

Para Wambier (2005, p. 336):

A tutela antecipada deve ser reversível, isto é, as conseqüências de fato ocorridas como decorrência da decisão proferida devem ser reversíveis, no plano empírico.

Essa reversibilidade que exige a lei pode ser *in natura*, o que é sempre preferível. O que se deseja é que seja possível a volta do *status quo ante*, que haja reposição do estado das coisas tal qual estas existiam antes da providência (grifo do autor).

No que diz respeito à irreversibilidade, Marinoni (2006, p. 232) assevera:

Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito *provável* (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito *provável*), não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável* (grifo do autor).

A reversibilidade cogitada no preceito legal antes citado é decorrência prática do respeito aos direitos fundamentais, ao devido processo legal e ao contraditório com amplitude de defesa. Isso porque, se os efeitos práticos da antecipação de tutela apresentarem-se para o réu de forma irreversível, aniquilados estão os princípios. A tutela antecipada por ser provisória, carecendo de confirmação por sentença definitiva, não poderia impor ao réu uma situação de fato irreversível, ou

somente reversível por via indenizatória. Do contrário, nenhum interesse haveria no prosseguimento do processo, a não ser para assegurar a recomposição patrimonial.

1.6.6 Motivação da decisão

Torna-se desnecessário dizer que a decisão judicial que concede a tutela antecipada deve ser fundamentada. Isso porque todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. Quis o legislador reformista, a exemplo da previsão infraconstitucional existente nos artigos 131 e 458, inciso II, do Código de Processo Civil, em relação à sentença, ressaltar que a decisão interlocutória que decide o pedido de antecipação de tutela deve ser bem fundamentada, não se admitindo as tradicionais evasivas.

Por conseguinte, também a decisão que denega a antecipação de tutela deve ser fundamentada. O mesmo ocorrendo com a decisão revogatória da antecipação de tutela, consoante, aliais, dispõe o § 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil: "A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Ao fundamentar sua decisão, impõe-se que o juiz da causa expresse um juízo acerca da situação fática e sobre as conseqüência jurídicas dela decorrentes. Em outras palavras, o juiz é obrigado a enunciar expressamente os motivos de fato e de direito que ensejaram seu convencimento, evidenciando as premissas de que lançou mão para nortear o silogismo inerente à decisão.

1.6.7 A necessidade de sintonia entre a tutela antecipada e definitiva

Deve a tutela antecipada, quando alicerçada no artigo 273 do Código de Processo Civil coincidir com o se pretende com a tutela definitiva. Não pode o juiz conceder uma tutela antecipatória que não poderá ser posteriormente confirmada, por não se compreender na procedência o pedido.

Importante lembrar que essa sintonia não é verbal, mas sim, fática. Ainda que diversas as expressões utilizadas pela parte, no pedido de tutela e no pedido final, sendo possível vislumbrar que no plano dos fatos têm a mesma significação, não haverá óbice à antecipação.

CAPÍTULO 2 TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Grande polêmica gira em torno da antecipação de tutela em face dos entes que compõem a Fazenda Pública (União, estados, Municípios, Autarquias, Fundações Públicas, não se incluindo nesse diapasão, as empresas públicas e sociedades de economia mista e as pessoas jurídicas de direito privado), devido a existência de prerrogativas em nossa legislação processual Pátria.

Essa questão necessita de uma avaliação mais objetiva e menos ideológica ou passional, afastando-se de um lado, as posições que propugnam fórmulas mágicas que culminam por não produzir qualquer efeito prático e, de outro sectarismo ou tendências que somente fazem escurecer um instituto de potencialidades indubitáveis ao aperfeiçoamento de nosso sistema processual.

2.1 Obstáculos impostos pela Legislação Processual

Alguns óbices são impostos no que diz respeito a antecipação da tutela contra os entes que compõem a Fazenda Pública, dentre esses óbices pode-se citar: a) a regra do artigo 475, II do Código de Processo Civil, que impõe a obrigatoriedade de reexame necessário das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública; b) o pagamento das execuções pelo regime de precatórios de acordo com o artigo 100 da Constituição Federal; c) a existência no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil, de requisito negativo da tutela antecipada o “perigo de

irreversibilidade do provimento antecipado"; d) execução especial na forma do artigo 730 do Código de processo Civil; dentre outras existentes.

Verifica-se portanto, que os obstáculos residem nos pedidos contra os entes que compõem a Fazenda Pública, no que se refere ao pagamento de quantias em dinheiro, sendo estas, o maior número das pretensões de tutela antecipada contra os mesmos

Com isso, proibir a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública implica violação do princípio constitucional da razoabilidade, pois representa interpretação de dispositivos legais e constitucionais que conflitam com outros princípios de maior peso, como o do devido processo legal e do acesso à justiça; e também ao princípio da proporcionalidade, porque evidente a desproporção entre a vantagem obtida e o sacrifício imposto, em prejuízo a uma das partes do processo.

2.2 As prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública em face dos princípios constitucionais do processo

O legislador brasileiro instituiu várias prerrogativas e vários privilégios para a Fazenda Pública, estes últimos, ensejam idéia de ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que não ocorre com as prerrogativas, que têm previsão legal e fundamento de validade na própria Constituição Federal.

O privilégio se entende como uma vantagem que se concede a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum; já a prerrogativa vem a ser a concessão ou vantagem com que se distingue uma pessoa ou uma corporação.

Ferraz (1985, p. 96) ensina que "privilégio é uma posição de supremacia jurídica reconhecida a um determinado sujeito, de superioridade aos demais que se lhe antepõem".

A jurisprudência é ferrenha no sentido de admitir que as prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública não conflitam com os princípios constitucionais do processo, especialmente o princípio da isonomia.

Certas prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública em relação à antecipação de tutela, se justificam devido os interesses públicos curados pela Administração e supremacia do interesse público em relação ao ente privado.

Assim o diz Ferraz (1980, p. 42):

Se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados também naquilo que venha a ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma forma seremos atingidos, mesmo se vencedores, pois de qualquer modo o nosso interesse estará indissolúvelmente ligado aquilo que venha a ser ditado à parte do estado.

O princípio da igualdade, enfocando sob o ponto de vista formal, assegura aos litigantes a isonomia de tratamento diante da lei. Cuida-se de visão formal superada e insuficiente para os ideais de justiça que norteiam o estado de direito, porquanto olvida e não considera as desigualdades materiais entre os jurisdicionados.

Segundo a ótica da isonomia material o processo atua como instrumento de igualização, assegurando eficácia ao sistema jurídico. Justifica-se, destarte, que a lei estabeleça tratamento processual diferenciado em favor do Poder Público, desde que afetado a todos igualmente, que seja executado com fidelidade aos critérios legalmente estabelecidos, que seja perfeitamente justificado o elemento discriminador e que guarde consonância com os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade

É importante que exista mais que uma relação lógica e abstrata entre fator diferencial e a distinção conseqüente. Exige-se ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

Sendo assim, não se pode dizer que as prerrogativas outorgadas à Fazenda Pública constituem privilégios antiisonômicos, pois a isonomia não representa uniformidade de regimes jurídicos para todos os cidadãos. Sendo, pois, perfeitamente justificado o elemento discriminador, caracterizado pelo interesse público e pela indisponibilidade dos direitos tutelados pela Fazenda Pública.

Proibir a tutela antecipada contra à Fazenda Pública implica em violação ao princípio da razoabilidade, pois representa interpretação de dispositivo legal e constitucional que conflita com outros princípios, de maior peso, como o do devido processo legal e do acesso a justiça, como também ao princípio da proporcionalidade, porque flagrante a desproporção entre vantagens obtidas e o sacrifício imposto, em prejuízo a uma das partes do processo.

As prerrogativas especiais que são conferidas à Fazenda Pública restringem-se aquelas previstas na lei, dentre as quais se pode destacar o artigo 27 do Código de Processo Civil, quanto ao pagamento das despesas dos atos processuais que requer; o artigo 188 do mesmo código que se refere ao prazo elastecido para contestar e recorrer, o artigo 475, incisos II e III, do Código de Processo Civil, quanto ao reexame necessário das sentenças que lhe sejam desfavoráveis e o artigo 730 do Código de Processo Civil, quanto à execução especial por via de precatório.

É dizer pois, que qualquer privilégio processual que venha a ser concedido à

Fazenda Pública somente se legitima se estabelecido nas disposições que disciplinam o devido processo legal.

Portanto, seus privilégios processuais são interpretados *stritissimi iuri*, para quem o interpreta, não podendo ser admitidas exceções não previstas na lei, com o propósito de dispensar às partes tratamento desiguais. Não podendo as exceções receber interpretações ampliativas.

No que cabe a tutela antecipada, inexistente qualquer dispositivo legal que impeça a sua concessão contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos previstos na Lei nº. 9.494 de 1997. Nesse sentido, qualquer ato negatório fere o princípio do devido processo legal. Se assim o quisesse o legislador que a Fazenda ficasse imune dos efeitos da tutela o teria feito através de ressalvas no corpo normativo.

2.3 Do reexame necessário

O reexame necessário estipulado no artigo 475, II do Código de Processo Civil, constitui um dos obstáculos existentes em se tratando de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Nada mais é do que uma das prerrogativas inerentes a esta.

Para a análise desta prerrogativa, primeiro deve-se entender a distinção entre tutela antecipada e sentença.

Como já mencionado no Primeiro Capítulo desta obra, a tutela antecipada possui um caráter provisório e só pode ser concedida estando presentes o *periculum in mora*, podendo esta ser revogada a qualquer tempo, sendo concedida em regra

através de decisão interlocutória, não se submetendo esta, a reexame necessário. Na sentença, como se sabe, a sua execução está arraigada às normas do Processo de Execução do Código de Processo Civil, submetendo-se a um ritual que é peculiar do processo executivo *stricto sensu*: citação, penhora, embargos à execução, arrematação, etc., para só então poder ocorrer a satisfação da pretensão autoral, e sendo assim, cabível o reexame necessário.

Diferentemente da tutela antecipada, a sentença tem caráter definitivo e não provisório, e quando transitada em julgado há a sua imutabilidade, não podendo assim, ser revogada, via de regra.

A decisão interlocutória desafia o manejo do agravo de instrumento. Interposto ou não o recurso, resta à matéria insuscetível de nova discussão em razão das preclusões temporais e consumativas. A apelação não é o recurso previsto no sistema processual para a impugnação das decisões interlocutórias.

Se posicionando favoravelmente, Wambier (1997, p. 295):

Nenhum óbice remanesce à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, pois a decisão que concede a medida antecipatória da tutela jurisdicional condenatória não se consubstancia em sentença, essa sim sujeita aos efeitos do artigo 475 e à ordem dos precatórios.

O que vem a tornar mais claro a discussão aqui iniciada quanto à possibilidade da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública foi a inclusão, no ordenamento jurídico, do inciso VII ao artigo 520 do Código de Processo Civil, pela lei n. 10.325/2001, que retira o efeito suspensivo da apelação contra sentença que confirma a tutela antecipada.

Acrescenta-se, em socorro aos argumentos antes expostos, que o reexame necessário não constitui empecilho à execução provisória da sentença contra a Fazenda Pública.

O entendimento dessa questão, sob esse aspecto, pressupõe o afastamento da falsa idéia de que a sentença sujeita a recurso não produz efeitos. O que temos que ter em mente é que uma coisa é a imperatividade da sentença, elemento comum de todos os atos do Estado e presente a partir de sua emanação e outra, de grande diferença, é essa imperatividade tornada indiscutível em decorrência da imutabilidade.

É certo que uma sentença sujeita a recurso apresenta-se como uma situação transitória, alterável. Mas, nem por isso, pode-se-lhe retirar a aptidão para produzir efeitos, pois são inconfundíveis a eficácia e a imutabilidade da sentença.

O efeito de que trata o artigo 475 do Código de Processo Civil não pode significar outra coisa se não formação da coisa julgada material, que, rigorosamente, não é, e nem pode ser confundida com efeitos da sentença.

O doutrinador Machado, H. (1999, p. 21) assim assevera:

O efeito que a sentença contra o estado não produz enquanto não confirmada pelo tribunal, em duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 475, inciso II do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, é apenas o que lhe é próprio e definitivo. Em outras palavras, a sentença contra o estado, enquanto não confirmada pelo Tribunal, não transita em julgado.

Na mesma linha de pensamento encontramos o mestre Machado, A. (1995, p. 617-619) que diz:

Logo o duplo grau de jurisdição não é barreira à emissão de decisão interlocutória contra o estado, mas apenas a garante de que, havendo sentença desfavorável a ele, esta será necessariamente reapreciada pelo tribunal. E tanto é verdade que não se pode usar o duplo grau como argumento contra a admissibilidade da tutela antecipada, que basta pensar no quão absurdo seria se alguém sustentasse que, pelo simples fato de já ter sido interposto apelo com efeito suspensivo - o que significa que haverá obrigatoriamente um segundo julgamento da causa, vale dizer, já em pleno funcionamento o duplo grau de jurisdição - não cabe a tutela antecipada.

[...]

Absurda se nos afigura qualquer interpretação que, a luz dos dizeres do artigo 273, incisos e parágrafos discrimine o estado para torná-lo isento à

precipitação de efeitos. Assim quer se enxergue o problema pelo prisma constitucional, processual geral(sistemático) ou processual específico(as normas do artigo 273), uma e somente uma é a conclusão possível: também contra a Fazenda Pública cabe a tutela antecipada.

Caso admita-se que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não produz efeitos antes de confirmada pelo tribunal, teríamos inviabilizado o próprio instituto jurídico, pois nem ao particulares teria aplicabilidade, em razão da regra do duplo grau de jurisdição como condição de exeqüibilidade da sentença.

Por fim, é conveniente replicar que a nova disciplina do reexame necessário dada pela Lei nº 10.352 de 26 de dezembro de 2001, sobretudo a dispensa das causas de pequeno valor, praticamente faz desaparecer o óbice em questão, com relação a quase totalidade das antecipações de tutela que tem por objeto valor inferior a 60 salários mínimos.

Ignorar a distinção acima feita, não se admitindo a tutela antecipada contra a Fazenda Pública seria violar o Princípio Constitucional da isonomia, tratando de forma igual os desiguais.

2.4 Do regime de precatórios

As normas jurídicas do mais alto grau encontram-se lançadas na Constituição Federal, mas, ainda assim, a relevância delas é diferenciada, tendo em vista que umas veiculam regras, enquanto que outras, por sua vez, consagram princípios.

Desta feita, sem a dimensão de uma exegese principiológica, o operador do direito passaria a tratar todas as normas como se iguais fossem, sem dar-se conta

de que uma regra, mesmo que constitucional, pode ter conteúdo de dignidade distinta.

Se somente os princípios darão os parâmetros de uma correta exegese, já que deles poderá se ter uma idéia exata do querido pelo regime jurídico positivo, mister observar que, em algumas situações, existem verdadeiras colisões de direitos fundamentais. Ou seja, podem ocorrer situações em que se terão dois direitos garantidos constitucionalmente, mas, ainda assim, a moldura fática virá exigir que um deles seja sacrificado.

A presença de tensões entre dois ou mais direitos protegidos, todos eles, no plano constitucional, não é nova, e no caso em comento, não se pode negar que há a presença de dois direitos fundamentais, quais sejam: o direito de o Estado condenado a pagar seus credores, fazê-lo via precatório (artigo 100 da Lei Mater) e, por outro lado, o direito do administrado ter acesso a uma jurisdição justa e eficaz (artigo 5º, incisos XXXV e LIV, também da Constituição Federal).

A solução para o conflito de direitos, que se confrontem no momento de sua aplicabilidade, encontra prescrição no pensar de Canotilho (1992, p. 657), que assim diz: "A solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente colidentes, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles".

Em resumo, pode-se dar para a temática da controposição de direitos fundamentais, os princípios abaixo relacionados:

a) princípio da necessidade: resumido na senda de que o conflito reinante haverá de ser real e não passível de solução via convivência harmônica dos direitos em oposição;

b) princípio da restrição minimizada: a limitação hermenêutica, em sede de

direitos fundamentais, haverá de pautar-se no limite estrito do atendimento à solução dos direitos em choque;

c) princípio da proporcionalidade: explicável na sanção de interpretações que conduzam ao excesso, deixando entrever que a relatividade é perceptível, também, no campo jurídico, e, por conseqüência, a melhor argumentação é aquela que pondere os valores em jogo. Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.

O precatório vem a ser um instrumento que representa uma requisição judicial de pagamento, consubstanciado no ofício requisitório expedido pelo juiz da execução de sentença ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequênda, em face de a Fazenda Pública ter sido condenada ao pagamento de quantia certa em processo transitado em julgado.

Como já ressaltado anteriormente, o objetivo de se antecipar a tutela é o de afastar situações que, se tivessem de aguardar o julgamento definitivo, poderiam causar um dano irreparável a uma das partes. Não teria sentido, submeter alguém, que, preencheu todos os requisitos necessários à antecipação da tutela, à demora da espera da expedição do precatório e a sua posterior satisfação. Neste caso, seria o mesmo que admitir que a tutela antecipada seja concebida para casos excepcionais, não para atenuação de efeitos do transcurso do tempo.

Ademais, não seria cabível o regime de precatórios em sede de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já que esta é concedida por meio de decisão interlocutória e não por sentença, não tendo portanto, como a decisão interlocutória

ser título para a expedição de precatório.

A regra de precatórios, que constitui um verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluto, estando diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá, eventualmente, ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional.

O exercício dos direitos fundamentais não é absoluto, podendo sofrer restrições. Portanto, quando seu exercício se encontra em conflito com outro, ameaçado de perecimento, obedecidos os princípios antes citados, mas especialmente observadas às medidas da razoabilidade e da proporcionalidade, admiti-se que se possa sofrer restrições ou inversões. Daí dizer-se exatamente que a tutela antecipada visa exatamente a evitar que o direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional seja aniquilado, diante de situações de direito evidentemente e de urgência, que justificam a mitigação do direito fundamental da segurança jurídica.

2.5 Irreversibilidade do provimento antecipatório

Um dos pressupostos negativos para que o magistrado antecipe os efeitos da tutela, é o perigo de irreversibilidade do provimento que ora foi antecipado, ou seja, havendo perigo de o provimento que foi anteriormente antecipado não voltar ao *status quo* que se encontrava, o magistrado encontrará com isso, uma restrição à esta antecipação, não podendo então, deferi-la.

Para o professor Alvim (1999, p. 94):

A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do artigo 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado sem o devido processo legal e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos à ela inerentes (artigo 5º, LV).

O processualista Silva (in revista de direito processual civil, 1997, v. 5, p. 76)

entende que:

A reversibilidade da tutela antecipada é elemento conceitual para a definição de sua espécie posto que a proteção cautelar jamais poderá configurar uma situação irreversível, sendo imperioso que a provisão de simples segurança fique a meio caminho entre as posições dos litigantes, sem outorgar a nenhum deles uma posição de vantagem definitiva.

Encontra-se justificativa para tal situação, pois, se a medida se tornar irreversível demonstrará que esta terá caráter definitivo, e esta não é uma das características da tutela antecipada, já que a mesma tem caráter temporário. O § 2º do artigo 273 do Código de processo Civil traz em seu dispositivo, expressamente tal vedação, não podendo admitir que a eficácia por medida liminar se revele irreversível ou apresente ares de irreversibilidade.

Segundo Machado, A. (1995, p. 479):

[...] com efeito, admitir-se a idéia de que o juiz, em sede liminar ou antes de cumpridas todas as providências preliminares exigidas para o julgamento conforme o estado do processo, possa prover irreversivelmente a cerca da pretensão do demandante é o mesmo que admitir o seu poder para julgar procedente, de forma definitiva, o pedido do autor sem que se tenha assegurado ao réu o direito pleno dos direitos processuais que a Constituição lhe confere.

Com o mesmo embasamento, Zavascki (1999, p. 163) diz:

Antecipar irreversivelmente seria o mesmo que antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício de seu direito

fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LV e LVI, comprova a veracidade da exigência do provimento antecipado ser reversível ao garantir o *due process of law* e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em nenhum momento pode-se deixar de abordar que tais princípios reproduzem as manifestações do devido processo legal, na medida em que o justo e adequado processo é, dentre outras coisas, o que respeita o contraditório e não apenas aquilo que simplesmente está previsto na lei.

Posto tais posicionamentos, compreende-se que a função acautelatória existe não para depauperar o direito, mas sim, para protegê-lo.

2.6 As normas restritivas para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

A tutela antecipatória encontra algumas limitações em relação à Fazenda Pública no artigo 5º da Lei de nº 4.348 de 1964, quando estipula que não será concedida liminar de mandados de segurança que são impetrados visando a reclassificação ou equiparação dos servidores públicos ou que pleiteie a concessão de aumento ou a extensão de vantagens.

Nos artigos 1º e 4º da Lei de nº 5.021 de 1966, existem também algumas situações que excluem a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela, senão vejamos:

Art. 1º - O pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta e autarquias, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data de ajuizamento inicial.

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

Outra lei que é clara em seu verbo quanto a negativa da antecipação de medidas liminares é Lei nº 8.437 de 1992 em seu artigo 1º, §§§ 1º, 2º e 3º assim vejamos:

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 providencia 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 concessão originária do tribunal.

§2º- O disposto no parágrafo anterior não se aplica ao 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.

A disciplina legal de tutela de urgência contra a Fazenda Pública possui peculiaridades que permitem a atuação do Poder Público em juízo, permitindo assim, ingerências legislativas para que se defina com precisão seus contornos, evitando os abusos de direito, seja no âmbito interno, seja no que diz respeito à conduta de quem contra a ele litiga, mesmo que tenha o legislador ordinário de operar com restrições.

Queiroz (2000, p.104) assim leciona:

No que tange a lei de numero 8.437 de 1992 parece não estar em conformidade com o elemento proporcionalidade. Se os ônus impostos na podem ser superiores aos bônus conseguidos, parece obvio a desproporção entre impedir-se a efetividade da tutela e a retarda-se o efeitos concretos das decisões.

[...]

Restringir o uso da liminar não torna a Fazenda imune a sentença, mas tão somente retarda os efeitos concretos e adequados à entrega da prestação jurisdicional. Portanto, não há que se falar em solução para a Fazenda, mas mera protelação do que supostamente é inevitável. Não se tutelar um direito ameaçado pelo ônus do tempo do processo em prol da procrastinação vantajosa para uma das partes, ainda que seja a Fazenda Pública, não é razoável.

A tutela antecipada é modalidade de tutela provisória de urgência. Negar-se o direito a esse tipo de tutela a uma classe de direitos ou de pessoas representa negar-lhe o acesso a justiça. É reconhecer que o Estado não se importa que algumas pretensões deduzidas em juízo, porque figura ele mesmo no pólo passivo da lide, não seja atendidas com a urgência que a tutela requer.

Vale salientar que, a prestação jurisdicional, quando figura o Estado como réu, não precisa ter efetividade que dela se cobra na composição de outras lides, que contra o Poder Público não existem instrumentos hábeis para o titular do direito lesado veicular a ver atendidas as pretensões de urgência.

Portanto, é perfilhar que toda súplica e o árduo ofício de tentar superar os efeitos do tempo no processo de conhecimento, a fim de justificar o novo instituto da tutela antecipada, não tenha a mínima serventia, porque o Poder Público goza de prerrogativa de não se submeter, em certos casos à tutela provisória de urgência.

CAPÍTULO 3 A TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO

Atualmente encontra-se superada a possibilidade jurídica de ser concedida tutela antecipada contra os entes que compõem a Fazenda Pública, pois como demonstra-se no capítulo anterior, se o autor da demanda preencher os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, tem ele o direito de obter, provisoriamente, os efeitos que somente adviriam da sentença final de mérito, existindo porém, algumas hipóteses de restrições, e não se esquecendo de que não pode haver violação à redação do artigo 100 da Constituição Federal.

Mormente existir um campo do Direito em que o estudo da tutela antecipada reclama atenção especial, este campo é o Direito Previdenciário, onde versa-se sobre os direitos dos litigantes e o da Seguridade Social, sendo esta, componente de um dos entes da Fazenda Pública.

Nenhum motivo haveria, em princípio para que se distinguísse no âmbito previdenciário uma característica particular que o diferenciasse dos demais, não fosse o fato inquestionável de que nas ações previdenciárias têm-se como postulante uma massa enorme de cidadãos desfavorecidos pelo sistema econômico-social, em que o eufemismo forense tratou de designar de hipossuficientes.

Considerando o grande número de litígios de natureza previdenciária, é importante se frisar aspectos importantes sobre o tema.

3.1 A Seguridade Social

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a fazer referência ao termo “Seguridade Social”, representando o ápice da evolução do esquema protetivo brasileiro, estabelecendo conceito para esse sistema de proteção social, que não se limita ao âmbito da Previdência Social; formula princípios, confere direitos subjetivos, estipula normas programáticas e define a forma de financiamento, dentre outras prescrições.

O artigo 194 da Constituição Federal, prescreve ser a Seguridade Social um conjunto integrado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a garantir os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

Existem vários conceitos doutrinários a respeito da Seguridade Social, que foram sendo formulados através dos tempos, levando em consideração as evoluções do sistema de proteção social, além da cultura e da condição financeira de cada povo.

Portanto, percebe-se através do conceito legal transcrito pelo constituinte de 1988, que a Seguridade Social está dividida em: Saúde, Previdência e Assistência Social.

3.1.1 Saúde

A saúde está descrita no artigo 196 da Constituição Federal, estabelecendo ser “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A característica fundamental desse sistema que é a saúde, vem a ser a sua universalidade, por ser dirigido a todos indistintamente que dele necessite, não sendo necessário o pagamento de contribuições para se ter o acesso ao mesmo, cabendo ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços da saúde.

A execução dos serviços e ações destinadas à saúde podem ser realizados pelo próprio Poder Público, ou pode ser ainda delegado a terceiros.

A saúde está estruturada através do Sistema Único de Saúde (SUS), prevendo a Constituição Federal que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo estar participando o Sistema Único de Saúde, de forma complementar através de contrato de direito público ou convênio, dando preferência à entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

3.1.2 Previdência Social

A Previdência Social está disciplinada pelos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, que dispõe ser esse um sistema contributivo, mediante o qual os trabalhadores estarão protegidos contra a doença, morte, invalidez, idade avançada, encargos familiares, prisão de segurado de baixa renda, além da proteção à maternidade e contra o desemprego involuntário.

A Previdência Social vem ser mais restrito que a Saúde, porque protege somente aqueles trabalhadores que pagam contribuições, devido o seu caráter contributivo, além disso, a previdência Social limita-se ao atendimento das contingências previstas na lei, sendo este um dos pressupostos para a concessão de benefícios.

3.1.3 Assistência Social

Os artigos 203 e 204 da Constituição Federal vêm disciplinando a Assistência Social, sendo esta, destinada aos hipossuficientes, ou seja, àqueles que dela necessitarem, independente de contribuição, possuindo como objetivos: I- proteção à maternidade, à família, à infância, à adolescência e à velhice; II- amparo às crianças e aos adolescentes carentes; III- promoção à integração ao mercado de trabalho; IV- habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária.

A Assistência Social, possui portanto, a finalidade de amparar aquelas pessoas que se encontrem fora do mercado de trabalho, sem proteção previdenciária e em condições indignas de vida. Esse sistema atua juntamente com a Saúde e com a Previdência Social, completando-os, buscando com isso, a efetivação da aplicação dos princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o bem-estar e a justiça social.

3.2 Aspectos relevantes acerca da Tutela Antecipada na Seguridade Social.

Um aspecto relevante sobre o tema é a importante participação do Estado na seguridade Social, sendo imensurável o mérito deste para garantir a efetivação da aplicação dos direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social, como estabelecido nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal de 1988. Tendo, ainda, a Seguridade Social a função de garantir a proteção dos cidadãos contra determinados riscos de existência, pois se considera que seus efeitos danosos não interessam apenas individualmente as pessoas, mas a sociedade como um todo. Daí a responsabilidade reconhecida ao Estado no conjunto das diferentes Políticas Sociais;

O Princípio da Dignidade Humana possui aqui, como em outros momentos, um especial significado, principalmente no que diz respeito à aplicabilidade imediata de suas normas. Tampouco poderia ser olvidado que o princípio da dignidade da pessoa humana venha previsto com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Embora admitindo a dificuldade de formulação de um conceito preciso do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2001 p. 109) nos oferece, um parâmetro para a apreensão dizendo:

Reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conceito de dignidade da pessoa humana, em outras palavras, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto. Como ponto de partida, vale recitar a fórmula desenvolvida na Alemanha, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, a mera instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direito.

Observa-se porém, que incumbe ao Poder Judiciário, na composição das lides no âmbito previdenciário por ser função do Estado e que por isso encarna seus fundamentos e por ter a prestação jurisdicional também a perseguição a consagração dos valores eleitos na constituição, trilhando suas decisões sempre em busca da efetivação e da garantia das condições mínimas da dignidade humana, como instrumento de reconhecimento dos direitos sociais que a consagram.

Destaca-se também como um ponto meritório a proteção legal que se dá as prestações alimentares. Os proventos previdenciários e as prestações assistenciais, possuem caráter alimentar, visando a substituir o salário e a atender as necessidades essenciais do segurado, pensionista ou assistido e de sua família. Impossibilitado o trabalhador de prover a subsistência por meio de seu trabalho, impõe-se ao segurado social o dever de sustento.

É dedicado, por parte do Sistema Social, uma atenção maior aos alimentos de qualquer natureza, criando uma magnificência de normas para amparar essas espécies de obrigações, como por exemplo, o disposto no artigo 100 da Constituição Federal, que privilegia, na ordem de cumprimento dos precatórios judiciais o crédito alimentar.

3.3 A morosidade do processo ordinário nas ações previdenciárias

Um dos problemas que mais angustia é aquele que resulta da demora para resolver as lides envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tratando-se de concessão de benefícios previdenciários, acidentários ou assistencial, ou ainda decorrente de incapacidade física para o trabalho (invalidez), tempo de serviço, tempo de contribuição ou idade.

Os que estão no pólo ativo dessas demandas constituem parte hipossuficiente, carecedores de maior proteção individual e social. Restam ainda mais fracos e desamparados em virtude da demora da tramitação do processo ordinário, nunca inferior a cinco anos, são consumidos até que possam gozar dos efeitos pecuniários da pretensão ajuizada.

Preocupado com a falta de efetividade do processo previdenciário, Nogueira Neto (1996, p. 242) destaca:

Ora, todo aquele que se deparou com a situação de um aposentado, na contingência de buscar por via judicial, a reparação e direito lesado por Entidade Previdenciária, já pode observar que estará o autor quase que sempre fadado a falecer sem apreciar a definitiva solução de sua contenda. O processo, informado por legislação processual civil e escólio de legislação extravagante, é inefetivo e inútil sob o prisma da instrumentalidade.

Corroborando o entendimento supra, Marinoni (In revista processo, 1996, v. 69, p. 110) afirma:

A duração excessiva do processo é mais gravosa e afeta com maior intensidade as partes economicamente mais fracas e necessitadas, malferindo o princípio da igualdade. Com base nos escólios de Carpi, Cappelletti e Calamandrei, o processualista emérito do Paraná sustenta que a morosidade do processo pode acentuar desigualdades substanciais entre

as partes e causar injustiça social, isto porque o grau de resistência do pobre, para aguardar o desfecho do processo, é sempre menor do que o do rico.

Ressaltando os entendimentos mencionados, a morosidade é o que mais contribui para o agravamento da crise de efetividade dos processos em geral especialmente nas lides previdenciárias e assistenciais.

Atualmente, pode o magistrado antecipar os efeitos da sentença de mérito à pretensão de direito material pretendida pelo autor da ação. Este avanço representa que o processo de conhecimento está perdendo o seu caráter tradicional para aderir às medidas que permitam a imediata satisfação prática das pretensões de direito material nele suscitadas.

3.4 O princípio da proteção social nas lides previdenciárias

O princípio da proteção social é um princípio hermenêutico aplicável ao direito social que se impõe, quando houver dúvida sobre a situação de fato ou interpretação de suas normas, considerando-se prevalecente a parte hipossuficiente, que no caso das lides previdenciárias são os segurados, assistidos ou seus dependentes.

O previdenciarista Martínez (2001, p. 306/307) dispendo acerca do princípio da proteção social, sugere algumas condições de instalação da dúvida:

a) existência de duas ou mais opções; b) disparidade de valores entre as escolhas; c) impossibilidade absoluta de verificação de fato; d) parcialidade ou contrafação das provas; e) obscuridade patente de norma; f) razoabilidade da proposição; e g) finalidade de determinação.

E ainda arremata o citado doutrinador:

Se inexistirem duas ou mais escolhas, não há falar em opção. Se as escolhas são de igual valor, tanto faz uma como a outra. É preciso a verificação ser impossível, isto é, razoavelmente impossível ou seu custo não ser superior ao valor da coisa verificada. Se as provas apresentadas são parciais ou há contrafação do documento, é preciso esgotar os recursos disponíveis. No sopesamento do conjunto probatório, quando não for lícito exigir-se prova concreta, a dúvida é válida. Não é possível a sua instalação se a pretensão do proponente é absurda ou incompatível com o exigido de todos. O comando deve ter em mira fim imediato.

Nada mais é, portanto, do que o *in dúbio pro misero*, sendo este o corolário do princípio da proteção social, impondo que se houver dúvida por impossibilidade de se produzir a prova necessária (quando a prova for de difícil ou impossível produção), quanto à incapacidade física, à filiação, carência, necessidade, por exemplo, que se opte por dar prioridade ao princípio da proteção social.

3.5 Necessidade de requerimento da antecipação da tutela

Como mencionado em capítulo anterior, o requerimento é indispensável à antecipação da tutela, não sendo cabível a concessão de ofício, ao contrário do que ocorre na tutela cautelar. Muito se cogita sobre a extinção deste requerimento nas lides envolvendo a seguridade social devido a sua peculiaridade sendo este posicionamento apoiado por Lima (2002. p. 8-9) quando afirma que “a natureza peculiar das lides previdenciárias, sob pena de ineficácia da prestação jurisdicional, comportaria a concessão de ofício”. Recorre o renomado autor para corroborar o seu posicionamento, o artigo 461 do Código de Processo Civil, que trata da tutela

específica das obrigações de fazer e não fazer. Segundo ele, o §5º do referido preceptivo legal autoriza que o juiz determine, mesmo de ofício, medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente.

Não se pode deixar de negar que o artigo 273 do Código de Processo Civil exige pedido da parte interessada para a concessão de tutela antecipada, ao passo que, na redação do artigo 461, §3º não se encontra esta exigência. Entretanto, há de se admitir que, para ambas as situações, há a necessidade do requerimento, por observância do princípio da ação da demanda, tal como está assentado em nosso Código de Processo Civil nos artigos 2º de 262, que consagram a regra do *ne procedat iudex ex officio*.

Ademais, a eficácia de qualquer natureza, não está na exclusiva dependência de providências judiciais.

Vale destacar a hipótese que dispensa o requerimento da antecipação da tutela, trata-se das ações que tramitem nos Juizados Especiais, ainda sim, apenas nos casos quando a parte não se faz representar por advogado.

3.6 Risco de dano irreparável ou de difícil reparação

O *dano natural*, também chamado pela doutrina de dano marginal, considerado como aquele que decorre da demora inerente à tramitação normal do processo de conhecimento, via de regra, por si só, não é suficiente argumento para a antecipação da tutela.

Bedaque (2001, p. 380) sustenta que:

A técnica cautelar pode ser utilizada, também, para afastar o dano marginal do processo, em situações específicas em que, embora inexista perigo concreto, seja aconselhável a antecipação provisória dos efeitos da tutela final.

Segundo o entendimento suscitado, em determinadas ações, a simples consideração da relação de direito material, objeto da lide, em suas especificidades, reflete a potencialidade do dano, é só se recordar do caso das ações concessórias de benefício assistencial, da mesma forma, a natureza do direito material autoriza a concessão de tutela antecipada sem a necessidade de comprovação de situação concreta a caracterizar o risco de dano irreparável.

O Desembargador Ramos de Oliveira (Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.031527-2/PR, j. em 26.09.2002 da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal 4), sustenta o seguinte:

Direitos há para os quais o tempo é elemento essencial, porque devem ser exercidos num determinado momento, que lhes é próprio. É o caso típico das aposentadorias por idade, e assim também dos benefícios relacionados com incapacidade para o trabalho (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez). Nesses casos, o retardo em sua concessão constitui já uma violação irreparável, pois o bem jurídico ofendido é infungível, sendo desnecessário provar o 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação' para a tutela antecipada, pois o dano é, aí, consequência lógica da demora na concessão do benefício.

Evidenciam, na maioria dos casos, um fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a natureza alimentar da pretensão almejada, a hipossuficiência do segurado e até a possibilidade de sua morte no transcorrer processual, em razão da sensibilidade ou do estado enfermo, autorizando assim, se presente a verossimilhança comprovada, a concessão de tutela antecipada. Estamos aí diante de uma situação que requer a tutela de urgência, ou, no dizer de Zavascki (1999, pp.

58/68), “diante de uma rela colisão de princípios fundamentais – efetividade e segurança jurídica -, em que se deve privilegiar a efetividade, relativizando a segurança jurídica”.

Muitos autores defendem que somente a natureza alimentar dos proventos previdenciários não são suficientes para ensejar a idéia de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo necessário que o autor da ação comprove a situação de risco em seu caso particular.

Há porém, casos em que a presunção de necessidade é absoluta, dispensando qualquer meio probatório, são os casos daqueles que fazem jus aos benefícios da Assistência Social, previsto no artigo 20 da Lei 8.742/93. Tomamos como exemplo o caso do bóia-fria, as condições que caracterizam a sua prestação laboral denunciam que se trata de uma pessoa necessitada, haja vista que ninguém que esteja em situação necessitada se submeta a ser bóia-fria. Nestas circunstâncias, milita em favor do postulante a presunção de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação se tiver que esperar o transcurso do processo para poderem gozar do seu benefício.

A idade avançada, o estado precário de saúde e a supressão de proventos decorrente de cancelamento administrativo de benefício previdenciário, embora, por isso não caracterizem o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, representam um indício importante da necessidade de se antecipar os efeitos da tutela definitiva.

A incapacidade decorrente de enfermidade e o caráter alimentar do benefício previdenciário, formam um quadro que reclama providencias urgentes do Poder Judiciário. Ademais, tratando-se de benéfico por incapacidade, resta intuitivo o risco de ineficácia do provimento jurisdicional final, exatamente em virtude do fato de o

postulante estar afastado do mercado de trabalho e sem assistência financeira, assim, o indeferimento da tutela antecipada torna-se muito mais danoso ao autor do que ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

3.7 Objeto da tutela antecipada no âmbito previdenciário

Devido o grande número de ações envolvendo direito previdenciário, só alguns exemplos podem ser citados, objeto da tutela antecipada, envolvendo este direito. Pode-se elencar:

a) ação de concessão de benefício previdenciário por morte, tempo de serviço, tempo de contribuição, idade, invalidez e acidentária: Nos primeiros casos, comprovando-se o *periculum in mora* e a existência de prova inequívoca a convencer o julgador da verossimilhança da alegação poderá ser concedida a tutela antecipada. No último caso, decorrente de acidente, é perfeitamente possível a antecipação da tutela, não existindo nenhum óbice na Lei de nº 9.494/97, sendo comprovada por prova pericial a doença, e a relação de causa e efeito com o trabalho, e a indispensabilidade do afastamento do agravante ao trabalho, sob pena de progressão e agravamento irreparável das lesões, estão presentes a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável;

b) ação de concessão de benefício assistencial;

c) ação revisional do cálculo ou reajuste de benefício: no que se refere às ações revisionais de cálculo ou reajuste de benefícios, é possível a antecipação de tutela, ainda que não se admita que somente a natureza alimentar da prestação não

autoriza a concessão da tutela antecipada, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que neste caso está vinculado ao suprimento das necessidades básicas e essenciais do autor, pode ocorrer também que o valor do benefício é ínfimo e se deseja majorá-lo;

d) ação sobre cancelamento de benefício: é muito comum o Instituto Nacional do Seguro social cancelar benefícios concedidos e em gozo há muitos anos pelos segurados, sob a alegação de manutenção ou concessão fraudulenta, em razão das inúmeras fraudes que mutilam os cofres previdenciários e que devem ser coibidas, não se pode admitir que o cancelamento se opere sem que seja instaurado um processo administrativo para apuração de possível irregularidade, dando oportunidade ao contraditório e à ampla defesa por parte do afetado. Nesta hipótese, se o cancelamento se deu sem que o segurado ou dependente tenha tido oportunidade para defender-se, é possível a antecipação da tutela para o restabelecimento do benefício;

e) ação de prestação ou de custeio de serviços médicos e hospitalares, de reabilitação profissional, assistencial social ou psicológica; e

f) ação de custeio ou aquisição de medicamento: nestes casos também é cabível a antecipação da tutela, já que a saúde é um direito fundamental do cidadão e dever do Estado e assim, o fornecimento de medicamentos é uma responsabilidade do administrador público, já que as regras de legislação ordinária não se sobrepõem a mandamentos constitucionais e à doença grave.

3.8 Efetivação da tutela antecipada

As várias hipóteses de lides envolvendo questões do âmbito previdenciário, como as citadas anteriormente, constituem, quando objeto de tutela antecipada, obrigação de natureza híbrida, de fazer e de pagar quantia, devendo a efetivação observar as regras dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Utilizar a expressão “execução” ao invés de “efetivação” para os provimentos antecipados, seria impróprio, não somente pelo rigor terminológico, mas também pela precisão que se deve emprestar à terminologia jurídica, os efeitos práticos que decorrem do uso das expressões “efetivar” e “executar” são totalmente diferentes, já que estes provimentos não são executados, mas sim, efetivados.

Caso se entendesse que os provimentos antecipatórios são executados, o instituto da tutela antecipada perdia muito em sua eficácia. Deferida a tutela antecipada, sendo determinado o pagamento em dinheiro, por exemplo, o máximo que a parte beneficiada poderia fazer seria extrair carta de sentença e submeter-se depois ao rito moroso do precatório, procedimento que de modo algum afasta o perigo de dano irreparável. Assim, quase nenhuma diferença teria entre esse expediente e aquele em que o precatório é formado a partir de sentença transitada em julgado. Haveria, é certo, um encurtamento do trâmite, mas não se pode dizer que essa abreviação possa atender ao requisito de urgência, que está na base dos provimentos antecipatórios.

É importante ressaltar a alteração legislativa operada pela Lei n. 10.444/2002, que emprestou nova redação ao §3º do artigo 273, *in verbis*: “A efetivação da tutela antecipada observará no que couber e conforme a natureza, as normas prevista nos

artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A”.

Ficou claro, portanto, que com a nova redação do §3º do artigo 273, a medida antecipatória não se executa, se efetiva.

Desse modo, tornou-se inviável, quando se tratar de pagamento em dinheiro, a extração da carta de sentença, quando mais não fosse porque o §1º do artigo 100 da Constituição Federal só permita a inclusão em orçamento de precatórios formados à base de sentenças transitadas em julgado. Ao juiz cumpre, na hipótese efetivar a medida antecipatória expedindo ordem de pagamento.

No caso do Poder Público, segundo Alvim (1999, p.184):

A tutela antecipada condenatória se faz pelos princípios que regem as tutelas declaratórias e constitutivas, sob o prisma da mandamentalidade, cabendo ao agente público a providência que considerar mais adequada ao atendimento da ordem judicial, podendo, inclusive determinar a inclusão provisória do titular da tutela na folha de pensionista do Estado, enquanto durar a eficácia da tutela liminar. O que não pode a autoridade pública, sob pena de responsabilidade solidária e prática criminosa, é deixar de cumprir a ordem sob pena de que inexistente verba, e, que a efetivação da medida dependa de precatório.

É certo que a natureza do provimento jurisdicional que ordena antecipação dos efeitos da tutela é mandamental. Esta razão é suficiente para afastar as alegações de necessidade de expedição de precatório, procedimento demorado e incompatível com a efetivação da antecipação das tutelas de urgência.

Condicionar a efetivação da antecipação dos efeitos da tutela, cujo pressuposto consiste exatamente na urgência da prestação jurisdicional, à expedição de precatórios, faria do instituto letra morta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações envolvendo questões afetas à seguridade social constituem a esmagadora maioria dos processos que tramitam no Poder Judiciário.

Nestas ações, o fator tempo, contra o qual devem os operadores jurídicos e, em especial, o Poder Judiciário travar uma luta sem tréguas, exerce nefasto efeito.

A tutela antecipada constitui, sem dúvida, o instrumento mais eficaz para a solução do problema, que coloca o Poder Judiciário em mora em relação ao direito fundamental de prestar a jurisdição útil e eficaz, na medida em que possibilita a melhor distribuição dos ônus do tempo no processo, evitando que recaiam exclusivamente sobre os ombros do autor cujo direito apresenta-se “evidente”.

Veio a tutela antecipada também a estar a serviço da equiparação entre os litigantes, eliminando as vantagens do litigante habitual (Instituto Nacional do Seguro Social) em relação ao fragilizado segurado.

Abordou-se o aspecto histórico da tutela antecipada e a sua inserção no Processo Civil brasileiro, sendo a sua introdução no cenário nacional a mais importante inovação nos últimos anos, haja vista a preocupação de buscar um instrumento capaz de driblar e realizar uma justiça mais célere.

Foram tratados os aspectos relevantes sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo suscitados os óbices que impediram em muitos momentos a concessão desta medida de urgência, tratando-se da existência de prerrogativas, ou de privilégios inerentes aos entes que a compõem, concluindo-se que, é perfeitamente cabível a tutela antecipada contra os entes que compõem a Fazenda Pública, havendo porém, hipóteses que restringem a utilização daquele instrumento

como a existente no artigo 5º da Lei de nº 4.348 de 1964, quando estipula-se que não será concedida liminar de mandados de segurança que são impetrados visando a reclassificação ou equiparação dos servidores públicos ou que pleiteie a concessão de aumento ou a extensão de vantagens; dentre outras que foram suscitadas.

Por fim versou-se sobre a tutela antecipada na seguridade social, constatando-se que tal instituto é um instrumento capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas lides do âmbito previdenciário.

Tem-se como resultado deste estudo, o reconhecimento da importância da tutela antecipada para solucionar a crise da efetividade dos direitos sociais e a condição desfavorecida do segurado da previdência, que na maioria das vezes é carente, necessitando urgentemente de maior proteção individual e social, estando ainda mais fracos e desamparados em virtude da morosidade do processo ordinário.

Evidencia-se porém, que o indeferimento da tutela antecipada é muito mais danoso ao segurado, assistido ou seus dependentes do que à autarquia federal do Instituto Nacional do Seguro Social.

De todo o exposto, pode-se concluir que, em função do princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, que está diretamente ligado à celeridade processual, é cabível o instituto da tutela antecipada nas lides envolvendo direito previdenciário, como o melhor instrumento a ser utilizado para coibir a morosidade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Carreira Arruda. *Tutela antecipada na reforma processual*. Curitiba: Juruá, 1999.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007. (Coleção de Leis Rideel).

AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa*, v. 5, Delta.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, v.1.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.

CAVALCANTI, Francisca Abrantes Vieira. *Tutela antecipada*. 52 f. Dissertação (bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, jun./ 2006.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, v. 2.

FERRAZ, Sergio. *Princípio da isonomia e os princípios processuais da fazenda pública*. Rio de Janeiro, 1980.

LIMA, George M. Antecipação de Tutela de Ofício. *Jornal da AJUFER*. Brasília, abril 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. "Novidades sobre a tutela antecipatória". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, 1996.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *A reforma do processo civil Interpretada*. São

Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. *Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário*, in revista dialética de direito tributário. São Paulo, n. 5, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed., São Paulo: LTr, 2001.

NOGUEIRA NETO, Domingos de Souza. Ensaio para a efetividade do processo previdenciário. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, n. 184, mar./ 1996.

QUEIROZ, Raphael Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. Antecipação de tutela. (Duas Perspectivas de análise). *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, v. 5, mai./ago./ 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO Jr., Humberto. "Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 94, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. Ver. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 1999