

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
LUCIANA TEIXEIRA DE SOUZA

**PERSPECTIVAS PROCESSUAIS DAS AÇÕES
FAZENDÁRIAS: DO ACESSO À JUSTIÇA ÀS
CONCESSÕES DE ANTECIPAÇÕES DE TUTELA**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.4622
S719p
(S448)
T627

Luciana Teixeira de Souza

Perspectivas Processuais das Ações Fazendárias: do Acesso à Justiça às Concessões de Antecipações de Tutela

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - *Lato Sensu*

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

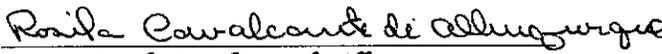
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Luciana Teixeira de Souza
Monografia: Perspectivas Processuais das Ações Fazendárias: Do Acesso à Justiça às Concessões de Antecipações de Tutela.
Curso: Especialização em Direito Processual Civil
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 150/2007
Data de Defesa: 11/12/2007

Fortaleza - CE, 11 de dezembro de 2007



Fernanda Cláudia Araújo Silva
Orientador(a)/Presidente/ Mestre



Rosila Cavalcante de Albuquerque
Membro/ Doutora



Aldo Marques da Silva
Membro/Mestre

Dedico ao meu marido Marcelo e a minha filha Marina,
estímulos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

À UECE, especialmente à prof^a Rosila Cavalcante de Albuquerque, e aos mestres do referido curso, e também a minha orientadora, prof^a Fernanda Cláudia Araújo da Silva, pelo zelo e dedicação, que muito contribuiu para a realização desta monografia.

RESUMO

Estudo sobre acesso à justiça como um direito fundamental do cidadão, inclusive contemplado contra os atos estatais. Trata da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, destacando a doutrina e jurisprudência por questionarem por inovação ao sistema processual brasileiro. Após pesquisa em livros, documentos e internet, a monografia apresenta as normas que protegem a Fazenda Pública por causa do bem da vida em litígio. A incidência da antecipação da tutela em ações que envolvam a Fazenda Pública como ré. O duplo grau necessário que impediria a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já que a decisão teria que se submeter ao 2º grau de jurisdição. Discorre ainda sobre a tutela antecipada em face da remessa obrigatória. Seria incongruente admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não só pelo fato de o duplo grau necessário se tratar de mais uma prerrogativa, mas também por causa dos valores que envolvem a ré da suposta demanda. Com a aplicação do art. 3º da Lei nº 8.437/92, o legislador abraçou, de certa forma, a incidência do art. 475 a que nos referimos como um dos grandes óbices à tutela antecipada contra a Fazenda Pública apontados pela doutrina. Conclui-se, portanto, que, embora o ordenamento jurídico acoberte a Fazenda Pública com várias prerrogativas louváveis, não há motivo para não se admitir a tutela antecipada contra esta, a Lei nº 9.494/97 isto já prevê, porque a concessão da medida constitui evento excepcional, devido às circunstâncias do próprio processo e da relação jurídica *sub judice*.

Palavras-Chave: Acesso à justiça. Fazenda Pública. Antecipação de tutela.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 PERSPECTIVAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	10
2.1 Acesso à justiça como princípio do Estado Democrático de Direito.....	13
2.2 Fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito.....	16
2.3 Fatores determinantes da lentidão da justiça.....	19
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	20
3.1 Alteração Constitucional.....	21
3.2 O Parcelamento de Dívidas do Poder Público e a Execução contra a Fazenda Pública.....	23
4 EXCECUÇÃO POR QUANTIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E AS PRERROGATIVAS FAZENDÁRIAS.....	26
4.1 As Prerrogativas Fazendárias.....	26
4.2 Prerrogativas Decorrentes da Administração Pública.....	34
5 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E SUA EXECUTORIEDADE.....	41
5.1 Discussões sobre a Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública e a Executoriedade.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53
1 INTRODUÇÃO	

A efetividade do processo é um dos temas mais atuais da ciência processual no mundo todo, tendo em vista as crises vivenciadas pelo Poder

Judiciário no que se refere à prestação da tutela jurisdicional, em grande parte das vezes de maneira intempestiva e inadequada, contribuindo para um visível abalo nas estruturas democráticas do Estado de Direito. Ao lado disso, FREITAS (2001, p. 16) assevera que:

[...] a constante intervenção do Estado nas atividades privadas, por mais que se pregue a adoção do liberalismo, é uma necessidade resultante da complexidade da vida moderna. Nesse passo, pouco importa o regime político adotado, eis que a presença do Estado é marcante nos mais diversos sistemas de governo.

Disso decorre inevitavelmente o aumento das lides envolvendo o Poder Público o que, de outra mão, igualmente implica a criação de mecanismos processuais efetivos de modo a permitir a solução de tais conflitos de interesses, com vistas a assegurar a pacificação social e o próprio caráter democrático do Estado de Direito. Nesse cenário, o presente estudo abordará um tema ainda muito discutido pela doutrina, A efetividade da tutela antecipada na execução contra a Fazenda Pública. Muito mais do que esgotar o tema da efetividade das tutelas executivas de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública Federal, o presente estudo tem por finalidade trazer a discussão sobre a aplicação do instituto da antecipação da tutela, das execuções e seus reflexos quanto às prerrogativas fazendárias, de forma que esta passa a assumir uma série de diferenciações inexistentes quando em qualquer outra relação processual.

Discorre sobre os questionamentos existentes a respeito do princípio da isonomia quando se trata diferentemente a Fazenda Pública em juízo, do tratamento diferenciado a Fazenda Pública se seria uma prerrogativa ou um privilégio.

Seria ousado afirmar que todas as vezes que a Constituição, a Lei, a jurisprudência aventaram a possibilidade de tutelar eficazmente os atos do cidadão contra ilegalidades ou abusividades do Estado houve alteração constitucional, legislativa que se não impediram, dificultaram e restringiram estas formas de acesso à Justiça.

Em relação aos aspectos metodológicos desta monografia, as hipóteses foram investigadas através de pesquisas bibliográficas. Já com relação a tipologia, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, haja vista ser realizada com o propósito apenas de expandir o conhecimento. Segundo a abordagem é qualitativa, uma vez que não busca critérios de representatividades numéricas. Quanto aos objetivos é de exploratória

2 PERSPECTIVAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No Brasil, a questão do direito ao acesso à justiça tem sido muito debatida. A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a qual afirma em seu Art. 1º, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, isto implica na necessária oferta, como decorrência daquela condição, a todo e qualquer cidadão, pelo Estado, de um serviço judicial que possibilite a composição pacífica dos conflitos ocorridos dentro da sociedade. De outro lado, além do oferecimento de um serviço judicial capaz de atender e compor conflitos sociais, ele deve ser acessível a todo cidadão, isto é, não podem existir obstáculos jurídicos e, principalmente, econômicos, a impedir que o cidadão, efetivamente, exerça seu direito de pedir ao Estado, por meio do Poder Judiciário, uma prestação jurisdicional (SILVA, 2001, p. 95).

É importante se ressaltar, que a falta de um adequado funcionamento do Poder Judiciário e a existência de obstáculos ao direito de acesso à justiça, é hoje, um problema enfrentado mundialmente. E em especial, no Brasil, temos dois aspectos fundamentais a serem enfrentados: a questão da necessidade de que o cidadão possa chegar até o Poder Judiciário, ou seja, que faça valer o direito de acesso à justiça (o aumento da demanda do Judiciário); e como essa demanda será absorvida e eficazmente atendida pelo Poder Judiciário (SILVA, 2001, p. 95).

Esse problema não é privilégio atinge inclusive as classes médias, pois grande parte da população não sabe como ingressar em juízo. Essa é inclusive uma questão histórica, pois os direitos individuais no Brasil, e o direito ao acesso à justiça, são considerados como um direito individual, e muito embora tenham sido previstos desde a primeira Constituição, não foram devidamente incorporados na consciência do cidadão.

Segundo SILVA (2001, p. 97):

Essa ausência de consciência decorre da falta de uma cultura de liberdade, existente em outros países como a Inglaterra e Estados Unidos, onde a liberdade é o fundamento da própria nação. Eles construíram sua identidade nacional de baixo para cima, enquanto no Brasil, os direitos individuais foram concedidos de cima para baixo, e neste mesmo sentido a nação nasceu e cresceu. Esse fato pode ser observado quando se constata que os

direitos sociais, que aparecem de forma embrionária na Constituição de 1934, muito embora mais recentes, foram incorporados de modo muito mais profundo na consciência dos cidadãos. Isso decorre da nossa tradição estatista que sempre deu relevo aos direitos sociais, os quais pressupõem uma atividade estatal. Daí a existência entre a população de uma maior clareza quando aos direitos sociais que faz com que ela procure uma solução judicial para a violação ou conservação desses direitos. Para se constatar a veracidade do que foi dito, basta que se compre o número infinitamente maior de demandas existentes na Justiça do Trabalho em comparação a chamada Justiça Comum, se tomarmos por base as camadas economicamente desfavorecidas da população.

O direito ao acesso à justiça é imperativo no Estado Democrático de Direito, porém, esse não foi incluído entre os chamados direitos sociais como deveria ser.

Nesse sentido, o grande paladino do Movimento Mundial de Acesso à Justiça – CAPPELLETTI (1988) – afirma que o fator impeditivo do efetivo acesso à justiça tem relação com as custas judiciais, pois o acesso aos tribunais é muito caro:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.

E ainda afirma que:

[...] a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível (CAPPELLETTI, 1988, p.120).

Para esse doutrinador, além desse fator, existem outros que obstam a efetividade do acesso à justiça, tal como a possibilidade das partes, pois *"é ponto central quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo"*. CAPPELLETTI (1988). E aqui transparece a evidente diferença de recursos financeiros, pois aqueles de que dispõe maior recursos financeiros, conseqüentemente está em vantagem, pois pode *"pagar para litigar"*.

Pois ainda segundo CAPELLETTI (1988): *“os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres”*. Esses problemas quanto a efetividade do acesso à justiça estão inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem criar barreiras por outro, por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos.

Para o juiz Bruno Luiz Weiler Siqueira (2000), Presidente da Vara do Trabalho, do Estado e Cuiabá, os principais obstáculos de acesso à justiça, segundo CAPELLETTI (1988), podem ser assim sintetizados:

[...] a) econômicos = produção de provas cara; b) social = falta de advogados e dificuldade de acesso físico ao Fórum; c) cultural = maior parte da população não conhece seus próprios direitos; d) psicológicos = medo de procurar a Justiça; e) legislação e advocacia protelatórias.

Percebe-se que o problema não é de pequena monta, e diante de tantos obstáculos, acaba-se diante desse quadro, acontecendo um descrédito por parte da sociedade no próprio Estado, como substituto da força pessoal para resolver litígios, tendo assim dois caminhos a ser seguindo, segundo Marco Antônio Marques da Silva: ou impera a lei do mais forte, com o uso até da violência; ou, então, o cidadão prostra-se passivo diante da violação de seus direitos. (SILVA, 2001, p. 97) E isso acaba por gerar a marginalidade e exclusão se reflete na perda da própria legitimidade social do sistema.

2.1 Acesso à justiça como princípio do Estado Democrático de Direito

Do que até agora foi visto, importa tomar especial relevo o papel institucionalmente reservado ao Poder Judiciário como fator de equilíbrio das forças

democráticas: o de guarda da constituição na defesa aos direitos fundamentais. Assim, a garantia da prestação jurisdicional revela-se mesmo inerente ao próprio Estado de Direito, enquanto a proteção estatal dos direitos e liberdades constitucionalmente insculpidos necessariamente identifica-se com os instrumentos de sua tutela em juízo. Inobstante venha-se adiante a retomar essa questão – aprofundando-a no aspecto da efetivação do direito de acesso aos tribunais, dimensionado em razão de uma resposta judicial eficaz e temporalmente adequada – faz-se mister desde logo apontar a evolução histórica da garantia de amplo acesso à justiça, identificada primeiramente, enquanto mero direito formal à intermediação dos mecanismos estatais previstos para resolução de conflitos. Compreendida sob a égide de um Estado liberal burguês e, portanto, formatada por uma concepção essencialmente individualista dos direitos, a garantia de acesso aos tribunais afigurava-se então como uma construção, sobretudo teórica, visualizada enquanto direito cuja existência dentro do sistema não importava a necessidade de uma ação estatal positiva, dirigida à sua concretização prática CAPELLETTI (1988, p. 9).

Conforme já mencionado, problemas como as desigualdades materiais entre as partes – a desdobrar-se, no campo do processo, no desfavorecimento do hipossuficiente frente àquele que detém o conhecimento de seus direitos e os recursos materiais necessários à operacionalização dos meios de defesa imprescindíveis à tutela juridicamente mais favorável de seus interesses – evidenciavam-se como fatores externos e estranhos ao sistema, sobre os quais não devia possuir o Estado qualquer responsabilidade. Como assinalam CAPELLETTI e GARTH:

A Justiça, como outros bens no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. Essa visão essencialmente formalista e dogmática do tema, entretanto, enquanto firmada ao influxo de uma lógica racional que abstraía do sistema jurídico as premências do meio e a realidade do funcionamento do aparelho judicial como fator de pacificação social, acabou por consagrar uma posição extremamente cômoda, enquanto marcada pela passividade dos mecanismos encarregados da prestação de justiça frente à realidade deficitária dos fóruns e aos conflitos latentes do meio social. CAPELLETTI (1988, p. 9)

Sob tal aspecto, é imperioso que se reconheça que os efeitos daquela tradicional concepção individualista dos direitos, fortalecidos pela persistente adoção de um paradigma normativista na formatação dos sistemas jurídicos – em que a consecução das *“garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei”* aparecem como *“postulados fundamentais do modelo liberal-burgês do Estado de Direito”* – ainda permanecem impregnando o pensamento jurídico contemporâneo, com todas as conseqüências daí advindas. A gradual evolução, porém, do Estado do *laissez-faire* para o atual Welfare State, ou Estado do bem-estar social, importou inafastáveis mudanças nesse quadro de inércia estatal quanto à concretização de direitos até então meramente declarado como tal.

Assim, na mesma medida em que a intensificação do grau de complexidade das modernas sociedades industriais importou o crescimento do papel do Estado de um modo geral – acompanhado da alteração do próprio significado do direito positivo nesse novo contexto – observou-se um correlato movimento de compreensão dos direitos, passando-se de uma ótica formal e individualista para uma ótica substancial e coletiva, a implicar a necessária transmutação de uma posição limitada do Estado, então restrito à função repressivo-protetiva, para uma intervenção realmente ativa na esfera social, na busca da efetivação concreta dos novos direitos sociais então surgidos no cenário político. (ROCHA, 1995, p.130).

Enquanto restou afastada a redutora identificação formalística do direito positivo com a justiça, uma nova ordem de direitos sociais (trabalho, saúde, educação, dentre outros) veio a surgir no panorama jurídico como um fator de impulsão à própria efetivação de direitos fundamentais já reconhecidos como tais. Com efeito, não se pode olvidar que a garantia da igualdade entre os homens implica, na prática, a preexistência de razoável equivalência de condições sociais e educacionais, por exemplo, dentre outras condicionantes à plena realização de um ideal igualitário em uma sociedade que se pretenda justa.

Dessa forma, o enfoque da ação estatal centrado no incremento ao acesso efetivo à justiça acabou evidenciando-se como um movimento inarredável do Estado democrático, enquanto a titulação de direitos mostra-se efetivamente esvaziada de sentido na ausência de vias adequadas à sua reivindicação ou proteção em uma sociedade que, em sua essência, caracteriza-se pela perene eclosão de conflitos e pelo risco sempre subjacente de abuso das liberdades por parte dos poderes públicos.

A garantia estatal de acesso aos tribunais passou a ser concebida como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Sendo assim, portanto, do mesmo modo que aos mecanismos estatais cabe a promoção, mediante intervenção ativa na sociedade, dos meios materiais para a consecução dos objetivos traçados pela legislação de proteção social, a institucionalização de mecanismos adequados à operacionalização da garantia de amplo acesso à justiça, igualmente firmados pela necessária atuação positiva do Estado, revela-se pressuposto necessário à efetivação dos direitos contemplados na ordem jurídico-constitucional. Nas palavras de CANOTILHO (1997, p. 452), da imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimitáveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária, e a garantia institucional conexas-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado.¹

2.2 Fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito

Consultando o texto constitucional, logo o Art. 1º, *caput* aparecerá desta forma:

1. E PROSSEGUE O AUTOR: "(...) ESTE DEVER RESULTA NÃO APENAS DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO, MAS TAMBÉM DE UM PRINCÍPIO GERAL ('DE DIREITO', DAS 'NAÇÕES CIVILIZADAS') QUE IMPÕE UM DEVER DE PROTEÇÃO ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS COMO UM COROLÁRIO LÓGICO: (1) DO MONOPÓLIO DE COAÇÃO FÍSICA LEGÍTIMA POR PARTE DO ESTADO; (2) DO DEVER DE MANUTENÇÃO DA PAZ JURÍDICA NUM DETERMINADO TERRITÓRIO; (3) DA PROIBIÇÃO DE AUTODEFESA A NÃO SER EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS DEFINIDAS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI".

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Da análise do texto constitucional, percebe-se que o Estado de Democrático de Direito pressupõe submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado de direitos e garantias individuais, é um conceito tipicamente liberal e formal. Não há compromisso com o conteúdo da lei ou os valores sociais subjacentes à sua produção.

Destaca-se ainda, que o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país.

Esses fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados no art. 1º, da Carta Magna tem como essencial para o conceito de Estado e indica supremacia na ordem interna e independência na ordem internacional.

Assim vejamos os fundamentos. Por soberania, entende-se supremacia do Estado brasileiro tanto na ordem política interna e independência na ordem política externa (Art. 1º, I). Ela é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com valor igual para todos (Art. 14, I a III).

É também um princípio da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (Art. 170, I). É poder supremo, porque não está limitado a nenhum outro na ordem interna.

Cidadania quer dizer não apenas a titularidade de direitos políticos como também civis (art. 1º, II). É exercida nas condições de elegibilidade (nacionalidade

brasileira e pleno exercício dos direitos políticos - art. 14, § 3º, I, III), sendo gratuitos os atos necessários ao seu exercício. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (Art. 5º, LXXVII). Significa também que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. Em suma, a cidadania não significa mera titularidade de direitos políticos. Apresenta o sentido de que o poder político está assentado na soberania popular, exercida de forma ampla.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (Art. 1º, III), assegurando-se condições dignas de existência para todos. Ressalte-se ainda, que a dignidade da pessoa humana condensa ou resume, como valor supremo, o sentido da existência do Estado. Assim, deve buscar o Estado, nos vários campos de sua ação (econômico, social, político, cultural, etc.), a realização da pessoa humana na sua plenitude.

Seu desrespeito nos Estados e no Distrito Federal é motivo de intervenção federal (Art. 34, VII, "b") e deve ser preservada pela segurança pública (art. 144). Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos uma existência digna (Art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (Art. 205), como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

No que tange os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem o fundamento não só da ordem econômica (Art. 170) e social (Art. 193), mas da própria República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV). Isso significa que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Além disso, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

E por fim, o pluralismo político é decorrência do Estado Democrático de Direito, que assegura os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e tem por fundamento o pluralismo político (Art. 1º, V). Isso quer dizer a livre formação de correntes políticas no país, permitindo a representação das diversas camadas da opinião pública em diferentes segmentos. Daí falar em pluralismo social, político (Art. 1º, V), partidário (Art. 17), econômico (Art. 170), de idéias e de instituições de ensino (Art. 206, III), cultural (Art. 215 e 216) e de meios de informação (Art. 220, caput e § 5º).

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a Carta Política especifica objetivos fundamentais do Estado. No dizer de SILVA (1998, p. 110): “[...] esses objetivos fundamentais elencados na Carta Magna, valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.

Em síntese, observa-se que a defesa do Estado Democrático de Direito é uma exigência constitucional.

2.3 Fatores Determinantes da Lentidão da Justiça

A intolerável lentidão dos processos advém da conjugação de diversos e complexos fatores. Em primeiro lugar, isso se deve a uma cultura social e jurídica arraigada de submeter todos os conflitos quase que exclusivamente à solução jurisdicional do Estado, em detrimento da desejável e mais expedita solução negociada, ou de formas alternativas de solução, tal como a arbitragem privada;

observe-se que a Lei 9.307/96, que permite a arbitragem privada dos litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, não encontrou receptividade em nossa sociedade.

Como também se observa no campo trabalhista, ainda muito incipientemente estão sendo implantadas as Comissões de Conciliação Prévia, órgão extrajudicial de conciliação para atuar como anteparo à verdadeira "*explosão de litigiosidade*" com que se defronta particularmente a Justiça do Trabalho.

Em segundo lugar, também contribui igualmente para a lentidão da Justiça a globalização da economia, com seus tristes desdobramentos: miséria, desemprego e criminalidade, sendo claro que esse fenômeno inequivocamente contribui para um progressivo de novas demandas.

Terceiro fator que, concorre sobremodo para atravancar a Justiça é o próprio Poder Público, direta e indiretamente, posto que diretamente porque responde por um número babilônico de ações em trânsito na Justiça e, o que é pior, freqüentemente não quita débitos em execução, por conta de uma escandalosa iniquidade em que se transformou o precatório neste País, e indiretamente porque edita profusa, confusa e difusa legislação geradora de novos conflitos de interesse.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Foi sob a iluminação da redação que o Código de Processo Civil de 1973 foi aprovado, reservando uma Seção própria com dois dispositivos para versar sobre

o tema no título destinado especificamente ao Processo de Execução. Nesse sentido foram redigidos os Arts. 730 e 731, CPC:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

(Vide Lei 9.494, de 10.09.1997):

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Também não havia nesse período qualquer previsão acerca da correção monetária a incidir sobre os créditos devidos, o que acabava por tornar as execuções intermináveis, com constantes necessidades de expedição de precatórios complementares² para solver integralmente a dívida após o pagamento do precatório originariamente expedido nas execuções, principalmente em período de grande inflação como vivenciada no país na década de 80. Atento a essas circunstâncias, o legislador constituinte originário da Carta Política vigente fez constar no Art. 100 da Constituição o sistema para o pagamento de dívidas oriundas dos precatórios judiciais, com a seguinte redação (originária):

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o

2 Durante algum tempo a jurisprudência inclinava seu entendimento no sentido de que a pretensão de receber adicionais não recebidos por ocasião do precatório originário dependiam do ajuizamento de novo processo de execução (com nova petição inicial, nova citação, nova oportunidade para embargos etc.). Porém, firmou-se posteriormente na jurisprudência entendimento sem sentido contrário, ou seja, o precatório complementar pretendido representa mera continuidade do processo executivo anteriormente instaurado, podendo o exequente requerer nos mesmos autos a intimação da Fazenda Pública para eventualmente impugnar os cálculos perseguidos na mesma base processual antes de se expedir o precatório complementar.

caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

3.1 A Alteração Constitucional

A Constituição de 1988 não só fixou prazo para pagamento (“até o final do exercício seguinte”) como apresentou uma primeira tentativa de corrigir as distorções desse sistema de pagamento de débitos decorrentes da inflação, vez que passou a fazer parte dele uma atualização, no dia 1º de julho do ano em que o precatório era apresentado ao Tribunal a que estava vinculado o juízo da execução.

Em relação aos precatórios pendentes de pagamento quando da entrada em vigor da CF/88, o Art. 33 do ADCT permitiu o seu pagamento, com exceção dos créditos de natureza alimentar, em oito prestações anuais, iguais e sucessivas, a partir de 01.07.1989. Em dezembro/1998, o Art. 100 foi acrescido de um parágrafo terceiro (EC nº20/98) que retirou das regras do precatório àquelas execuções definidas em lei como de pequeno valor. Somente em dezembro/2000, entretanto, é que foi produzido o primeiro diploma legal que definia o que viria a ser o “crédito de pequeno valor” e, ainda assim, somente para efeito previdenciário, na Lei nº 10.099/00.

Em setembro de 2000 veio a lume a Emenda Constitucional nº 30/00, que dentre outras disposições, alterou a redação dos §§ 1º a 3º do Art. 100 supra-transcrito, e lhe acrescentou outros três (§§ 1º-A, 4º e 5º), fazendo constar o seguinte:

Art. 100 - omissis

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

§ 1º-A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas

complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

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

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

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

Resumindo, a referida EC nº 30/00 introduziu no § 1º do Art. 100 da CF/88 a expressão "sentença transitada em julgado", expressão repetida no § 3º do Art. 100, de modo a acabar com a celeuma que se instalava na jurisprudência sobre a possibilidade de execução contra a Fazenda Pública fundada em título executivo extrajudicial, decorrente da expressão "*sentença judiciária*" prevista no *caput* do Art. 100, da CF/88.

Portanto, a nova Emenda Constitucional pretendeu obstar execuções fundadas em títulos extrajudiciais e, além disso, proibir que as execuções fundadas em sentenças condenatórias fossem provisórias (só permitiu execuções definitivas contra a Fazenda Pública). Além dessa significativa alteração que será abordada com mais precisão em tópicos separados, a referida EC 30/00 corrigiu a distorção decorrente da falta de correção monetária dos pagamentos dos precatórios, fazendo-se a atualização dos valores na data do efetivo pagamento, e não mais em 1º de julho do exercício anterior, como vinha expresso na redação original do aludido Art. 100, § 1º da CF/88. Também criou o crime de responsabilidade do Presidente do Tribunal que retardasse ou tentasse frustrar a liquidação regular de precatório (§ 5º, Art. 100).

3.2 O Parcelamento de Dívidas do Poder Público e a Execução contra a Fazenda Pública

Porém, das inovações trazidas, a mais polêmica e comentada refere-se a um novo parcelamento conferido a algumas dívidas do Poder Público, ao introduzir no ADCT o Art. 78 com a seguinte redação:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31.12.1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

Esse novo parcelamento configurou tentativa inconstitucional de postergar o pagamento das dívidas, em total menoscabo e desrespeito ao Poder Judiciário e à democracia, contribuindo para o descrédito da instituição e para a sensação de insegurança e desrespeito nos credores da Fazenda Pública além de, sobretudo, representar um dos principais fatores que maculam a efetividade da tutela executiva em face da Fazenda Pública Federal, como se verá.

Em julho de 2001 houve nova regulamentação infraconstitucional a respeito do que seria o "*crédito de pequeno valor*" para efeito de não utilização de precatório, trazido pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais. Na parte útil à questão aqui deduzida dispõe essa lei:

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput).

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

§ 3º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.

Finalmente, em 12.06.2002, foi introduzido um novo parágrafo no Art. 100 da CF/1988, pela EC nº 37/02, que passou a dispor:

Art. 100. (...)

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

Além da regra acima, acrescentou, ainda, a referida Emenda, os Arts. 86 e 87 ao ADCT, que excepcionaram a regra do parcelamento dos precatórios e que fixaram como créditos de pequeno valor para fins de pagamento independente de precatório: (a) para a Fazenda Pública Federal, o limite máximo de sessenta salários mínimos; (b) para a Fazenda Pública Estadual, de quarenta salários mínimos e (c) para a Fazenda Pública Municipal o limite máximo de trinta salários mínimos. Além disso, em se tratando de Fazenda Pública Federal, durante esses anos foram editadas normas pelo Conselho da Justiça Federal³ objetivando regulamentar a forma e o procedimento para o pagamento das dívidas oriundas de processos executivos ajuizados na Justiça Federal em face da Fazenda Pública. Assim, completa-se a evolução histórica das normas relativas à matéria.

³ Órgão do Poder Judiciário previsto na Lei 5.010/66 e reorganizado por meio da Lei 8.472/92, vinculado ao Poder Judiciário com atuação em todo o território nacional com competência para a supervisão orçamentária e administrativa da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus.

4 A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E AS PRERROGATIVAS FAZENDÁRIAS

Denomina-se de “execução pública por quantia certa” aquela ajuizada em face da Fazenda Pública tendo por objeto a perseguição pelo credor da satisfação de uma pretensão creditória consubstanciada no recebimento de uma soma em dinheiro. Apesar da forte correnteza existente atualmente no rio legislativo a jusante em direção ao mar da efetividade processual no Brasil, no que se refere às

execuções públicas o legislador isoladamente vem cansativa, porém, insistentemente e de forma condenável, nadando sentido à nascente.

4.1 As Prerrogativas Fazendárias

O Direito Administrativo nasceu, desenvolveu-se e baseou-se em duas idéias: a proteção aos direitos individuais e a necessidade da satisfação dos interesses coletivos. Naquela a Administração se sujeita à lei, seguindo o princípio da legalidade, e neste lhe são atribuídos prerrogativas para a consecução de seus fins, e também restrições. Assim foi que surgiu a expressão bipolaridade, referindo-se ao Direito Administrativo.

O conjunto dessas prerrogativas e restrições inerentes à Administração Pública, que não se encontra nas relações entre os particulares, constitui o regime jurídico-administrativo. Além do mais, muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público como um todo, e em especial o Direito Administrativo.

O regime jurídico-administrativo é reservado somente para explicar os traços que caracterizam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada na relação jurídico-administrativa. Com isso, o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições.

Pertinente ao assunto é o entendimento de RIVERO (1973, p.35):

[...] as normas do direito administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidas os particulares.

A Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado com a finalidade de conservar o bem-estar dos cidadãos e o progresso social. Sua

natureza é um encargo de defesa, aprimoramento dos serviços, bens e interesses da coletividade. Com isso, pode-se dizer que o fim primordial da administração pública resume-se unicamente no bem comum da coletividade administrada.

Numa visão doutrinária, MEDAUAR (2003, p.47-48) trata da Administração Pública, considerando-a, sob o ângulo funcional e organizacional; da seguinte forma:

No aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como por exemplo: ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. Na verdade, apresenta-se difícil a caracterização objetiva da Administração Pública, daí por vezes se buscar o modo residual de identificá-la: conjunto de atividades que não se enquadram na legislação, nem na jurisdição, assim, nem o Legislativo, nem o Judiciário cuidam do calçamento de ruas, da coleta de lixo, da rede de escolas públicas, por exemplo.

Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Nesse enfoque predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades; pense-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc.

Assim, todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade será considerado ilícito ou imoral, devendo predominar sempre o interesse da coletividade.

Os princípios explicitados, que falam sobre a Administração Pública, estão previstos no *caput* do Art. 37 da Carta Magna, que são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Já outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade das pessoas jurídicas (Art. 37, inciso XXI e os §§ 1.º a 6.º, da Constituição Federal). Há ainda outros princípios que estão no mesmo artigo só que de maneira implícita, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre o assunto, discorre ARAÚJO (2001, p. 268):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, vale dizer, o poder da administração de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

Deve ser lembrado o Verbete nº 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, quando afirma que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A Administração só se sobrepõe ao particular em virtude de sua supremacia, consignada doutrinariamente como princípio regeedor das relações na órbita publicista estatal. Tal princípio é próprio das sociedades estatais organizadas.

É no âmbito do Direito Público, principalmente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, que o referido princípio possui sua principal sede.

Pode ainda esse princípio ser equiparado ao da finalidade pública, estando presente no ato da elaboração da lei como também no ato de sua execução pela Administração Pública.

No princípio em questão, as desigualdades entre Administração e administrados se dão em virtude da prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse do particular. De forma que, sempre que houver conflito entre o direito do particular e o da sociedade, este prevalecerá em detrimento daquele, já que a finalidade da Administração Pública é o bem comum.

Em nome desse interesse público, ocorreram inúmeras transformações como, por exemplo, o poder de polícia do Estado, que deixou de ser apenas negativo (não fazer) e passou a impor obrigações positivas.

Nesse sentido, o Estado passou a atuar na ordem social e econômica e não mais apenas na ordem política, pois ocorreram ampliações nas atividades feitas pelo Estado em relação às necessidades coletivas e conseqüentemente passou a ocorrer uma ampliação do conceito de serviço público. Novos preceitos mostram a interferência do Estado no direito de propriedade, surgindo, no plano constitucional, condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social, a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e a intervenção do poder público na propriedade e no funcionamento da empresa.

Pode-se dizer que o Direito Administrativo recai em função de dois princípios: da supremacia do interesse público sobre o privado, e da indisponibilidade de seu interesse pela Administração dos interesses públicos. O primeiro diz respeito à superioridade do interesse da coletividade, em que prevalece este em detrimento daquele, como pressuposto de uma ordem social estável, onde todos possam sentir-se garantidos e resguardados. Já o segundo princípio parte do pressuposto de que a administração possui poder-dever, ou seja, determinados poderes são concedidos à Administração para que a mesma use, como meios, para o alcance da finalidade previamente estabelecida, que é a defesa do interesse público como um todo e não da entidade governamental em si mesma considerada.

Estes poderes não podem deixar de ser exercido pela Administração, nem tampouco devem ser exercido com excesso, naquele caso podendo responder por omissão e neste por abuso.

De acordo com MELLO (1995, p.31-32):

[..] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incube apenas curá-los - o que também é um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*'. Ainda, diz que **'as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização**. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.

Decorrem da indisponibilidade do interesse público a inalienabilidade e a impenhorabilidade dos bens públicos, o recurso de ofício em uma série de processos administrativos e judiciais, a prerrogativa de evocação de competência, o não repasse da titularidade dos direitos concernentes à própria prestação dos serviços públicos delegados a previsão de infrações administrativas e criminais que não admitem a condescendência para com o infrator, a compulsoriedade da apuração da prática de infração disciplinar mediante sindicância sumária ou processo administrativo disciplinar, o regime tributário da isonomia, entre outros.

Outro aspecto a ser salientado é o caráter relativo desse princípio. Em face do princípio da legalidade (*lato sensu*), a supremacia do interesse público se apresenta como seu corolário, com isso, sua aplicação só é devida naquelas hipóteses em que não existam reserva constitucional da matéria.

O legislador constituinte, inspirado por esse princípio, norteia a sua produção normativa, ao estabelecer regras que prestigiam direitos individuais fundamentais, e assim subtrai do Poder Público a capacidade de fazer sobrepor o interesse público ao particular.

Assim, a supremacia do interesse público não pode ser invocada nas hipóteses tuteladas pela Constituição Federal como as cláusulas pétreas, que estão previstas na Carta Magna art.60, § 4º, I a IV⁴. Essa proteção se justifica em face da

4*Art. 60 - ...

§ 4.º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

condição humana que requer, simultaneamente, prestígio para o reconhecimento do indivíduo como ser social, uma de ordem particular e outra de ordem coletiva.

A valorização do princípio em questão não pode fazer desaparecer, evidentemente, o elemento humano que lhe dá suporte, fundamento e legitimidade. Daí sua aplicação ser de caráter relativo e pautado na observância do princípio da razoabilidade.

A legislação tem procurado inserir o princípio do interesse público, em especial a Lei n.º 9.784/99⁵, Lei do Processo Administrativo Federal, no *caput* de seu Art. 2º, prevendo expressamente o princípio do interesse público, e especificado em seu parágrafo único, com a:

[...] exigência de atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei e ainda diz que se deve interpretar a norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige⁶.

Assim, fica claro que o interesse público é irrenunciável até mesmo pela própria autoridade administrativa.

Em virtude dessa desigualdade entre administrados e Administração, surgem prerrogativas para o Poder Público. Tais prerrogativas não podem ser desconsideradas pelo aplicador das normas, cabendo a estes interpretá-las para que se possa chegar a um equilíbrio entre as prerrogativas estatais e os direitos do particular, não se esquecendo, contudo, da supremacia.

A supremacia muitas vezes é expressa através da afirmação de que entre a Administração e os particulares vigora a verticalidade, diferentemente do que

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais"

5 "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal".

6 "Dispositivo previsto na norma supra citada, no artigo 2.º, inciso II".

ocorre nas relações entre particulares em que vigora a horizontalidade. Isto quer dizer que o Poder Público está no comando em relação aos particulares.

O interesse público, também conhecido como interesse primário, é aquele inerente à sociedade como um todo, diferentemente do interesse secundário, que é aquele que o Estado pode ter como qualquer pessoa, independentemente de sua qualidade de servidor dos interesses da coletividade.

Na Administração Pública ocorre a posição de superioridade do interesse público sobre o particular, não existindo assim a quebra do Estado de Democrático de Direito.

Para a realização dos fins previstos em lei, é que existe a Administração, mas esses interesses legais representam necessidades da própria sociedade, e nunca vantagens privadas. A supremacia existe pela consagração de instrumentos jurídicos, que são privilegiados para o atendimento da proteção coletiva, no qual o Poder Público se submete totalmente à lei, não podendo se valer do fundamento da supremacia do interesse público para improvisar medidas que sacrifiquem o interesse particular, desviando sua natureza publicista ou ainda extrapolando o seu poder legalmente instituído⁷.

Nesse sentido LOPES (2001, p.102) procurou identificar o poder estatal dizendo que: "O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir".

⁷ "Carece-nos aqui, falar do uso adequado do poder, que sua desconfiguração enseja o abuso de poder, que para Meirelles (2001, p.102) diz que *O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas*".

Administrar é cuidar dos bens postos sob a tutela e competência de alguém; é prover as diligências necessárias para o cumprimento das obrigações correspondentes à coisa pública a ser administrada.

Daí, a coisa administrada não pertencer ao administrador, não constituir objeto de seu patrimônio pessoal. Sendo assim, o administrador não goza da faculdade do domínio, propriedade, ou seja, o poder de dispor do bem segundo o interesse do titular do bem. Tal prerrogativa permanece na esfera da coletividade.

Não gozar da livre disposição do bem que administra significa não ter a capacidade para desfazer-se do bem, de não poder furtar-se de sua atribuição na guarda e conservação deste, de não poder transmitir a outrem a incumbência de tratar, vigiar e zelar o que é de sua responsabilidade.

Assim, conclui-se que se a finalidade da Administração, consubstanciada no trato da coisa pública, ultrapassa a esfera de domínio do administrador público, pois este não recebe outorga para a livre disposição dos bens que administra, uma vez que tais bens não lhes são próprios, mas sim de terceiros.

Mas também, não se pode dizer que a supremacia do interesse público é a porta de entrada para a prática de atos ilegais. Então, tem que existir um verdadeiro interesse da coletividade, pois caso contrário, quando o Poder Público atua em interesse de sua própria pessoa jurídica que o é, o Estado pode se submeter a igual direito dos particulares já que não busca fins que atinjam a coletividade, ensejando o abuso de poder.

4.2 Prerrogativas Decorrentes da Administração Pública

A Fazenda Pública corresponde às pessoas jurídicas de Direito Público, ou seja, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, inclusive os

Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Incluem-se também as autarquias e fundações públicas, excluindo-se as empresas públicas, uma vez que estas são pessoas jurídicas de Direito Privado. Com isso, a Fazenda Pública é órgão estatal com atribuições para administrar ou controlar o dinheiro público, ou seja, é o Estado financeiramente considerado.

A Fazenda Pública em virtude de zelar pelo bem comum e fundamental da coletividade vem gozando de certas prerrogativas legais.

Segundo CRETELLA JÚNIOR, citado por DI PIETRO (2001, p.65), as prerrogativas públicas

São as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decidir a agir contra particular.

Há quem diga que essas prerrogativas também se devem em virtude da falta de recursos, eficiência e dinamismo ou até mesmo pelo grande volume de processos e a manifestação da Fazenda Pública enquanto parte.

São compreensíveis as prerrogativas previstas em lei para a Fazenda Pública, enquanto em juízo, dentro do ritmo possível em que sua estrutura administrativa se desenvolve, em razão do interesse público que predomina nas relações, sejam quais forem.

Quando a Administração é parte em uma ação judicial, a mesma usufrui de certas prerrogativas, e não privilégios, que não são reconhecidos aos particulares, desnivelando as partes em juízo, na busca pela igualização de situações desiguais.

São realmente prerrogativas institucionais e não privilégios, pois estes são benefícios de uns em detrimento de outros, situação que não se enquadra a Administração Pública.

Várias são as prerrogativas que posteriormente serão tratadas de forma minuciosa quando da análise da Administração Pública em juízo. No entanto, serão citadas algumas como o juízo privativo, a dilatação de prazos prevista no artigo 188⁸ do Código de Processo Civil Pátrio - CPC, o duplo grau de jurisdição necessário previsto no art. 475, incisos I e III⁹ do CPC; processo especial de execução contra a fazenda pública prevista no art. 100¹⁰ da Constituição Federal; a prescrição quinquenal, pagamento das despesas judiciais de acordo com o art. 27¹¹ do CPC e art. 511, § 1.^o¹², do CPC, restrições à concessão de liminar à tutela antecipada, restrições à execução provisória, autotutela, que é a revogação nos limites da lei dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, decretação de nulidade dos atos, quando os mesmos se encontrarem viciados, dentre muitas outras prerrogativas que decorrem da supremacia estatal.

A Fazenda Pública quando litiga em juízo goza de uma infinidade de prerrogativas processuais, e, apesar disso, não foram poucas as lastimáveis inovações legislativas introduzidas, na sua grande maioria por Medidas Provisórias abusivamente lançadas antes da Emenda Constitucional nº 32/01 no ordenamento jurídico, tendo por finalidade ampliar tais prerrogativas sem qualquer critério lógico, o que acabou por transformar muitas delas em verdadeiros e despropositados privilégios inconstitucionais.

8 "Art. 188 - Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

9 "Art. 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública"...

10 "Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

11 "Art. 27 - As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido".

12 "Art. 511 - No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1.º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal".

No que se refere às execuções públicas (promovidas por credores da Fazenda Pública) verifica-se o mesmo fenômeno, porém, em sede constitucional. A Emenda Constitucional nº 30/00 contribuiu para que se perdesse ainda mais a efetividade da tutela executiva pública por quantia certa.

A essência da execução ou processo executório (enquanto tutela executiva) está na ação do Poder Judiciário, independentemente ou contra a vontade do devedor, de realizar o direito, tornando-o efetivo e aplicando a norma jurídica imperativa e coercitivamente, ou seja, "só há execução quando os órgãos jurisdicionais satisfazem o credor por seus instrumentos (oficiais de justiça, força pública a ser serviço etc.), empregando medidas coativas" (ATALIBA, 1973, p. 252) ou de sub-rogação. Ocorre que, contra a Fazenda Pública, não há no ordenamento positivo medidas coativas ou de sub-rogação que assegurem a plena garantia de que o credor obterá, por intermédio do Poder Judiciário, o recebimento da quantia a que faz jus. Tal problema decorre dessa situação na qual o Estado é corporificado na função de juiz (Poder Judiciário) e, de outro lado, na função de devedor no processo (Poder Executivo).

Portanto, em caso de conflito existente entre um particular e o Poder Público, caberá ao próprio Estado, por meio do Poder Judiciário, substituindo a vontade das partes em litígio (função tipicamente jurisdicional), resolver o conflito com justiça no processo. Esse foi o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) adotado no exercício tripartite do Poder Estatal no Brasil (CF/88, Art. 2º), não havendo qualquer inconstitucionalidade, portanto, no sistema que atribui ao Poder Judiciário competência constitucional para exercer sua atividade jurisdicional, mesmo quando o próprio Estado figure como parte na relação jurídica processual.¹³

13 Nesse sentido, não concordamos com Celso Agrícola Barbi ao disciplinar que "a razão está com aqueles que não admitem a execução forçada contra o Estado, pois, consistindo esta na substituição da atividade do executado pela do juiz, isto não é possível quando o executado for o Estado". (BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 268-269). Também não concordamos com Sérgio Sahione Fadel, ao afirmar que "o que não se concebe é que o juiz invada a área de atuação da autoridade administrativa para, ele próprio, praticar o ato que a esta incumba, em procedimento que fere o princípio constitucional da harmonia e independência de poderes" (FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. 2. ed., 1976. p. 200).

Nesse sentido, uma sentença que condena a Fazenda Pública, solucionando uma crise de incerteza jurídica, não pode ser descumprida, nem mesmo pelo próprio Estado, sob pena de se violar o princípio do Estado organizado segundo o direito. Para tanto, deve dispor o ordenamento de mecanismos que garantam essa inter-relação entre os Poderes Judiciário e Executivo, de modo a tornar efetiva a tutela jurisdicional quando conferida em desfavor do Poder Público.

Nas execuções públicas por quantia certa tal disciplina vem preceituada no próprio texto constitucional, exigindo que o pagamento de quantias decorrentes de sentenças judiciais que condenem a Fazenda Pública sejam efetuadas somente após prévia inclusão em orçamento, de modo a evitar a surpresa ao Administrador Público e a possível afetação imprevista do erário, pondo em risco a própria organização financeira do Estado e afetando, como conseqüência, o interesse público em sua essência.

Em outras palavras, não existe uma execução forçada contra a Fazenda Pública propriamente dita, ou seja, não se faz possível efetivamente a materialização do direito de crédito quando o Estado não cumpre a ordem judicial nesse sentido. Nessa linha de raciocínio, BUENO (2001. p. 118-119) aduz que:

Analisando a questão dentro do sistema processual civil codificado, não há como fugir da clássica definição de que a execução propriamente dita (a execução forçada) é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra que não foi obedecida. É difícil verificar em que medida a expedição de precatórios, tendo presente o modelo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, pode ser subsumida ao conceito destacado acima. Isso por uma razão simples e, lamentavelmente, bastante freqüente: o que acontece se o precatório não for pago? No que diz respeito ao não-pagamento, nada. Nada acontece quando o precatório não é pago para fins de pagamento. Trata-se apenas de um fato: o precatório não foi pago e pouco há para ser feito em prol de seu efetivo pagamento.

É certo que a Constituição prevê as medidas políticas intervencionistas pela União nos Estados da Federação para *"reorganizar as finanças da unidade da Federação que suspender o pagamento de dívida fundada por mais de dois anos*

consecutivos" (CF/88, Art. 34, V, "a") e para *"prover a execução de decisão judicial"* (CF/88, Art. 34, VI). Também assegura a intervenção dos Estados nos Municípios quando não pagarem *"por dois anos consecutivos a dívida fundada"* (CF/88, Art. 35, I) e para *"prover a execução de ordem ou de decisão judicial"* (CF/88, Art. 35, II). Apesar disso, *"a requisição de intervenção federal ou estadual não é medida executiva e, através dela, de fato, não se presta tutela jurisdicional alguma"*. (GUERRA, 2000, p.70)

É por esse motivo que a requisição pelo órgão jurisdicional não é capaz de, por si só, resolver a crise de inadimplemento deflagrada pelo descumprimento da decisão judicial. (VIANA, 1998, p. 130) Já com relação à União, sendo o precatório expedido contra a Fazenda Pública Federal e não havendo o pagamento da ordem, não há, por óbvio, qualquer medida intervencionista, o que retira até mesmo essa possibilidade para se tentar politicamente a solução da crise de inadimplemento do credor-exeqüente. Quanto à Fazenda Pública Federal há previsão na Constituição Federal de 1988 no sentido de que os atos do Presidente da República que atentarem contra "o cumprimento das decisões judiciais" configuram crimes de responsabilidade (art. 85, VII, CF/88)¹⁴, mesma sanção imposta ao Presidente do Tribunal competente que *"retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório"* (CF/88, Art. 100, § 6º), o que poderia ser aplicado em caso de não-pagamento das dívidas insertas nos ofícios requisitórios expedidos pelo Poder Judiciário em desfavor da Fazenda Pública Federal.

Apesar disso, tais medidas voltam-se aos administradores responsáveis pela gestão orçamentária, em caso de não empenharem o valor requisitado. Não se trata de qualquer medida processual coativa ou de sub-rogação, mas, de verdadeira norma de caráter punitivo (sancionador) pelo descumprimento das decisões judiciais. Portanto,

[...] em termos de pagamento – de realização dos direitos materiais declarados existentes no título executivo – nada acontece e, mesmo que tomadas todas as providências possíveis de cunho político, criminal e

¹⁴ Dispõe a Lei 1.079/50, em seu art. 4º, VIII, que *"são crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentarem contra o cumprimento das decisões judiciárias"*, e em seu art. 12, os atos que importam em *"impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária"*.

administrativo, não há qualquer garantia de que o pagamento será efetivado ao particular. (BUENO; 2001, p. 119).

Contra a Fazenda Pública isso não ocorre, a norma tem esvaziado seu atributo da coercitividade e da imperatividade, porquanto o não-cumprimento da obrigação de pagar quantia em dinheiro após a expedição do ofício requisitório a que alude o Art. 730, CPC (quantia certa contra a Fazenda Pública) não gera qualquer consequência jurídica capaz de garantir a solução da crise de insatisfação do exeqüente-credor. Portanto, inclinamos nosso entendimento no mesmo sentido do seguido pelo saudoso Professor Geraldo Ataliba, que já adotava orientação diversa daquela traçada por Vicente Greco Filho, também antes do advento da CF/88, ao comentar o disposto no Art. 117 da CF/67 que dispunha sobre o regime de precatórios:

Esgota-se a função jurisdicional, *in casu*, com a comunicação da condenação aos órgãos competentes. Fica o Judiciário na fase declaratória do direito, concretizada na emanção do preceito concreto. Não vai à sua execução. Ordena-a, mas não a executa quando a ré é pessoa pública. Todo o mecanismo, disposto para assegurar a observância do preceito assim emanado é político. Não depende mais do judiciário, que não dispõe de meios de coerção efetiva; não pode usar de força para compelir à obediência ao seu preceito; não tem instrumentos para satisfazer o credor, coativamente. A execução forçada é excluída. Não pode ser mobilizada pelo judiciário a força pública, em favor do credor, no caso de a devedora ser a Fazenda Pública. O credor fica na inteira dependência do funcionamento do procedimento político que, então, passa a ter lugar. (ATALIBA, 1973, p. 253)

Portanto, só às crises de incertezas jurídicas decorrentes de relações obrigacionais existentes entre os particulares, enquanto titulares de direitos subjetivos, e o Poder Público, enquanto detentor do dever jurídico correspondente, é que o ordenamento jurídico dá soluções. É plenamente possível obter-se uma tutela condenatória em desfavor da Fazenda Pública, porém, mesmo sanada a crise de incerteza, a crise de insatisfação permanece até que o Poder Público, provocado pelo Poder Judiciário pela expedição dos ofícios requisitórios, cumpra voluntariamente a obrigação imposta no título executivo. É correto afirmar, portanto, que as tutelas condenatórias proferidas em desfavor da Fazenda Pública ostentam natureza jurídica muito mais próxima das eminentemente declaratórias do que as tutelas que genuinamente têm por característica intrínseca a imposição de uma sanção ao devedor. Acertadas são as lições de Cândido Rangel Dinamarco ao preconizar que:

Embora a lei cuide de matéria no livro das execuções (CPC, arts. 730 e 731), o certo é que verdadeira execução não é aquela que se volta contra a Fazenda pública, pois não há invasão imperativa do patrimônio do estado pelo juiz (ou seja, pelo próprio Estado). É o devedor mesmo quem paga (voluntariamente), estimulado pelo ofício requisitório da autoridade judiciária. (DINAMARCO, 2002, p. 315)

Por certo os Magistrados não deverão medir esforços para obterem a maior efetividade possível das tutelas oriundas de suas atividades jurisdicionais, desde que se valham dos meios legais e legítimos dispostos no ordenamento, sem aviltar os dispositivos constitucionais, o que parece representar as corajosas e inovadoras idéias daquele jurista que, assim como a unanimidade da doutrina nacional, vem envidando todos os esforços para a consecução das tutelas efetivas, tempestivas e adequadas.

5 EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E SUA EXECUTORIEDADE

Em se tratando de tornar efetivo um provimento liminar, “ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituísse uma antecipação no curso do processo de conhecimento, visando a agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução”. (FUX, 1995, p. 118)

O provimento de urgência – tanto o cautelar *stricto sensu*, quanto o antecipatório – apresenta uma intrínseca executividade, entendida como a aptidão de produzir imediatamente seus efeitos na esfera jurídica do réu. Não existe, assim, a necessidade de o autor, depois de haver obtido o provimento antecipado, ajuizar a

ação de execução para fazer valer coativamente o seu conteúdo em face ou contra o réu.

Tal provimento, porque apresenta essa intrínseca executividade, é suscetível de atuação coativa, que não foi bem definida pelo legislador (nem pelo brasileiro, nem pelo italiano), integrando o que se chama de mera execução processual, distinta e contraposta à execução forçada. Nessa especial modalidade de satisfação do provimento, o réu é adstrito a cumprir o preceito, não subsistindo a alternativa em que é posto o sucumbente no juízo de condenação, entre o cumprimento espontâneo e a sujeição execução forçada.

O modo de satisfação do provimento antecipado deve ser o mais idôneo ao atingimento do seu escopo.

Convence os argumentos alinhados por MARINONI (1995, p. 86-87), chamando a atenção para a impropriedade da expressão “*execução provisória*”, mesmo porque, na verdade, provisório é o título em que se funda a execução, e não a execução mesma. De fato, se provisório é o título – já que a sentença tem eficácia, embora não seja imutável –, e não a execução, a execução dita provisória é, na verdade, execução incompleta (MARINONI, 1995, p. 87). Se a qualidade “provisória” expressa a “não definitividade” da execução – conclui MARINONI (1995, p. 88), então a execução (provisória) pode ser completa ou incompleta. Aliás, completa completíssima ela nunca é, pois restarão sempre as verbas da sucumbência, a serem definidas por ocasião da sentença. A tutela antecipatória permite, assim, a “*efetivação*” completa ou incompleta do título, embora fundada na cognição sumária, típica desses provimentos.

Como o legislador equipara ambas as situações – execução provisória de sentença e de provimento liminar –, embora distintas na forma e no conteúdo, pode-

se até, em nível de *ius positum*¹⁵, continuar falando em execução provisória da tutela antecipada¹⁶, mas, em sede doutrinária, bato-se em retirada, preferindo falar em “*efetivação*” da tutela antecipada, por traduzir com mais fidelidade o fenômeno que expressa. Marinoni prefere falar em “*atuação*” da tutela antecipatória – na linha do C.P.C. italiano¹⁷; mas no particular, nossas posições coincidem, até porque entre “*atuação*” e “*efetivação*” – para quem com elas traduz o mesmo fenômeno – não há diferença senão vocabular. É claro que, diante da lei (Art. 273, § 3º), não se pode fazer tábula rasa das regras sobre a execução provisória, embora não se admita, por exemplo, nem citação nem embargos do executado.¹⁸ Estabelecida a forma e os meios pelos quais se cumprirá o provimento, o réu é, numa primeira oportunidade, intimado a fazê-lo, se depender de atividade sua; se não, será intimado aquele de quem dependa. Qualquer pretensão do réu, relativamente ao modo de efetivação da tutela, deve ser buscada em sede de agravo, quando se faculta ao juiz modificá-la ou revogá-la.

Não se deve correr o risco de pedir a reforma ou modificação dos atos “*executórios*”, através de simples requerimento, porque, pode, se não atendido, já ter ocorrido a preclusão¹⁹ do direito de recorrer. Sensível a essas ponderações, a reforma orientou-se nessa linha, preferindo dizer que a “*efetivação da tutela antecipada*” observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos Arts. 475-O²⁰ (ex-art. 588), 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, evitando a expressão “*execução*” da tutela antecipada.

15 Em a doutrina, tem razão Marinoni, quando afirma que as regras do processo de execução (mesmo da execução provisória) não foram pensadas para dar atuação aos provimentos sumários, mesmo porque esses provimentos, por sua própria essência, não constituem título executivo (Idem, p. 88). No entanto, em direito positivo, o legislador equiparou as situações, mandando aplicar à execução da tutela as normas ditadas para a execução provisória da sentença. Diante da letra da lei, *tollitur quaestio*; podemos até discordar desse tratamento (como discordamos), mas jamais desconsiderá-lo. *Ibidem*, p. 89.

16 Registra Marinoni que, na Itália, a doutrina mais moderna, contrariando a posição que fora inclusive perfilhada por Calamandrei, nega o caráter de título executivo aos *provvedimenti d'urgenza* (provimentos de urgência). Arieta (*I provvedimenti d'urgenza*) concluiu que o provimento cautelar não pode ser considerado título executivo, nos termos do art. 474 do C.P.C. italiano, não porque tal norma deva ser interpretada de modo restritivo, mas sim pela absoluta diversidade do fenômeno que está à base de tais provimentos. (*Apud*. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 88).

17 O C.P.C. italiano fala em *attuazione* dos provimentos de urgência (*Ibidem*, p. 89).

18 Esclarece Marinoni que não é possível o uso dos embargos, mas, no caso de, v.g., “*penhora*” de um bem impenhorável, o réu poderá pedir ao juiz, através de petição, que suspenda a execução ou a correção da “*execução*”. A solução assim seria que a questão fosse discutida via agravo. Idem, p. 89.

19 Há preclusão quando se perde, se extingue ou se consuma uma faculdade processual, por se ter perdido o prazo, ou deixado de praticar o ato na ordem ou nos termos peremptórios previstos pela lei; por se haver realizado a atividade incompatível com exercício da faculdade; ou por já se haver exercido validamente a faculdade. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O novo regime do agravo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 296-297.

20 *Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevivendo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos, nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou

O novo § 3º do Art. 273, com a redação dada pela Lei nº 10.444/2002, compreende agora o art. 475-O²¹ (ex-Art. 588) na sua inteireza, nos seus três incisos (I a III): I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos, nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. A hipótese, antes prevista no inc. I do Art. 588, agora contemplada no inciso I do Art. 475-O, diz respeito à responsabilidade do credor na execução (*rectius* “cumprimento”) provisória da sentença, e, conseqüentemente, na efetivação da tutela antecipada, obrigando-o à prestação de caução, correndo por sua conta e responsabilidade as conseqüências daí decorrentes. A aplicação da tutela antecipada, em sede pretoriana, ao longo do tempo, demonstrou que os juízes souberam dosar a necessidade da caução, animando o legislador a aplicar em toda a sua extensão, na efetivação da tutela antecipada, os princípios que informam a execução (cumprimento) provisória da sentença.

dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo; II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. § 3º (Omissis). * Art. 461. (...) § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. * Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

21 “Art. 475-O. (...) I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”.

No mais, determinou que na efetivação da tutela antecipada sejam aplicados os preceitos contidos nos §§ 4º e 5º dos Arts. 461 e 461-A. O § 4º do Art. 461 estabelece que o juiz na decisão antecipatória liminar (literalmente, diz “*na hipótese do parágrafo anterior*”) ou na sentença poderá impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

O § 5º do Art. 461 estabelece que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Neste ponto, a alteração se limitou a acrescentar “*a imposição de multa*”, entre as medidas necessárias para a efetivação da tutela, que, no mais, sofreu apenas pequena modificação de ordem redacional.

O Art. 461-A por seu turno cuida da ação que tenha por objeto a entrega de coisa, dispondo sobre a forma como deva efetivar-se.

5.1 Discussões sobre a antecipação de tutela contra a fazenda pública e a executoriedade

Muito se discute sobre o cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sustentando uns o seu cabimento, como única forma de assegurar a satisfação do direito, em face de um dano irreparável ou de difícil reparação, e outros, o seu não-cabimento, fundando-se estes em duas ordens de consideração, a saber: a) primeiro, porque o art. 475, I, impõe o reexame necessário da sentença, que não produz efeito enquanto não confirmada pelo tribunal, em face do duplo grau obrigatório de jurisdição; b) segundo, porque os pagamentos devidos pela Fazenda

Pública demandam precatório judiciário (Art. 100, *caput*, da Constituição), o que inviabilizaria qualquer pagamento ao largo dele.

No particular, os argumentos utilizados por MACHADO (1996, p. 45-48), e endossados por MACHADO (1998, p. 616), para refutar tais argumentos, e aceitos também por FADEL (1998, p. 85), parecem-me bastante convincentes. A remessa *ex officio* não constitui um *tertium genus* de recurso, não passando de um expediente destinado a suprir a inércia dos representantes judiciais da Fazenda Pública, quanto à interposição do recurso voluntário, de forma que, sendo vencida, considera-se interposta a apelação ainda que não tenha havido esse recurso. Isso porque os efeitos decorrentes da sentença proferida contra a Fazenda Pública são exatamente os mesmos que os da sentença proferida contra qualquer parte privada, e da qual se interpôs apelação, ou seja, ambas só podem ser executadas depois de transitadas em julgado. Se não se admitir a antecipação da tutela, por estar a sentença que vier a confirmá-la sujeita à remessa necessária por força do Art. 475, I, também não será admitida em nenhum caso em que a apelação voluntária tenha duplo efeito (mesmo não sendo parte a Fazenda Pública), por força do Art. 520, *caput*. Do contrário, estar-se-ia, via interpretativa, minando a coerência, que deve ser o suporte da base lógica de qualquer sistema.

Para FADEL (1998, p. 85), se nenhuma sentença, em princípio, é exequível em primeiro grau, se houvesse a interposição de recurso, ter-se-ia que adotar o mesmo entendimento nas decisões interlocutórias fundadas em cognição não exauriente, e em juízo de probabilidade e verossimilhança, anteriores e provisórios à própria sentença, que pressupõe cognição completa, juízo de certeza, e é proferida em caráter definitivo.

Ademais, o Art. 475, I, alude a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, e a tutela antecipada é outorgada por via de interlocutória, a qual, sabidamente, não comporta remessa necessária. (FADEL, 1998, p. 84) Que a Fazenda Pública não

possa postar-se ao largo do art. 273 é de evidência palmar, mormente em face da sua responsabilidade objetiva que informa os atos dos agentes públicos, quando ajam nessa qualidade, o que faz emergir, de forma clara, o juízo de verossimilhança para fins antecipatórios, pois não tem o autor que fazer prova da culpa da Administração Pública (que é objetiva), senão, e tão-somente, da extensão do dano. Para fins de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, basta ao autor provar que o dano foi ocasionado pelo seu preposto, agindo na qualidade de agente público, para justificar a antecipação, total ou parcial, da indenização cabível, se preenchidos os demais requisitos legais.

Realmente, não teria sentido, por exemplo, que um camelô, vítima de atropelamento, vivendo do seu trabalho, tivesse direito à antecipação da tutela consistente numa soma em dinheiro para o sustento da família, em tendo sido atropelado por um veículo particular, e não o tivesse outro camelô pelo fato de haver sido atropelado por um veículo de propriedade do Poder Público. O mesmo se diga, se a vítima necessitar de internamento hospitalar numa instituição privada por conta do Poder Público, caso em que não poderia ser internada porque ele só paga as suas dívidas através de precatório judiciário. Na análise comparativa dos valores, e com base no princípio da proporcionalidade, é muito mais fácil o ressarcimento do dano sofrido pelo Poder Público, de cunho patrimonial (dinheiro), do que o sofrido pela vítima, de cunho não patrimonial (a saúde) (MACHADO, 1998, p. 611). Essa já era a orientação impressa pelo Projeto Carnelutti, no seu Art. 324, tornando possível a antecipação do pagamento de soma em dinheiro em todos os casos em que uma parte se encontrasse *"em situação de grave inferioridade em face da outra"*.

Aliás, o que o Art. 100 da Constituição estabelece é que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão em ordem cronológica à conta dos créditos respectivos, mas, mesmo assim, cria uma espécie de precatório *"especial"* para os créditos de natureza alimentícia (verdadeiro *"direito de furar a fila"*), e nenhuma restrição contém – nem poderia conter – relativamente a pagamentos decorrentes da tutela

antecipada, a uma porque esta não resulta de sentença, e, a outra, por que, pela urgência da medida, não se revela compatível com o precatório.

Neste sentido, doutrina também Sergio Fadel, assentando que o preceito constitucional alude a sentença judiciária, sendo necessário, para que incida, que os dispêndios tenham tido origem direta e imediata nessa sentença, enquanto a tutela antecipada não se defere através de sentença nem pode ser confundida com ela. (FADEL, 1998, p. 88) Nem sempre, prossegue ele, o pagamento a que foi condenada a Fazenda Pública decorre da sentença, mas de outro título, como, por exemplo, um contrato, sendo que a decisão judicial apenas remove o obstáculo oposto à respectiva execução ou ao pagamento. Ou seja, o ato judicial não dá causa direta ao dispêndio; este se origina, ao contrário, do instrumento contratual, sendo mera decorrência da aplicação de suas cláusulas. A não se entender assim, estar-se-ia abrindo uma brecha bem escancarada ao administrador público inescrupuloso, a quem se permitiria, mesmo mercê de procedimento flagrantemente ilegal e imoral, descumprir o contrato ou a lei, de que decorre a obrigatoriedade. (FADEL, 1998, p. 88) Aplicando a ferro e fogo o Art. 100 da Constituição, mesmo prevendo um contrato administrativo os recursos necessários à sua execução, bastaria o contratante ver-se na contingência demandar o Poder Público para ver respeitado o preço pactuado e ganhar a demanda, para que a sentença devesse ser cumprida através de precatório. Neste caso, porém, apesar de se tratar de cumprimento de sentença judicial, o pagamento será efetuado à conta da verba alocada para dar suporte ao próprio contrato; tudo ao largo do precatório. Isso demonstra que, na interpretação da norma legal, deve haver consideração especial à sua finalidade genérica, sem desconsiderar os casos particulares, considerados na sua finalidade específica.

Assim entende também MACHADO (1998, p. 619).²², para quem, contra a Fazenda Pública cabe a tutela antecipatória. A doutrina brasileira, no geral, não vem fazendo distinção entre efetivação do provimento antecipado e a execução

²² Este processualista não faz a distinção que faço, entre execução provisória de sentença e efetivação da tutela antecipada, em que pese o disposto no art. 273, § 3º, do CPC.

provisória da sentença, talvez por dizer o Art. 273, § 3º, que “a tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza as normas previstas nos Arts. 475-O (ex-art. 588), 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”, exigindo alguns até carta de sentença (MACHADO, 1998, p. 607) e intimação para pagar ou nomear bens à penhora, em 24h.

Questão que se impõe relativamente à tutela antecipada de prestação pecuniária em face do Poder Público, é a relativa à precipitação do ato alienatório, porque, se se admite que tal bem da vida possa ser objeto de um provimento antecipado, o mínimo que pode o seu titular exigir é que este provimento se torne efetivo. No caso do Poder Público, a tutela antecipada condenatória se faz pelos princípios que regem as tutelas declaratórias e constitutivas, sob o prisma da mandamentalidade (mandado de cumprimento do preceito), 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 pensionistas do Estado, enquanto durar a eficácia da tutela liminar. O que não pode a autoridade pública, sob pena de responsabilidade solidária e prática criminosa (CP, Art. 330) é deixar de cumprir a ordem sob o argumento de que inexistente verba e que a efetivação da medida depende de precatório. Para tal fim, a vítima deve receber *modus in rebus* tratamento análogo ao de um servidor público, ao qual o Estado deve garantir a sobrevivência. Se sobrevier a incapacidade da vítima, continuará o Estado obrigado a pensioná-la, como parcela da indenização, bastando para tanto proceder à alteração do valor da pensão, se for o caso.

A jurisprudência, no particular, segue os passos da doutrina, admitindo a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública:

Processual civil e tributário. Tutela antecipatória. Direitos patrimoniais. Concessão: possibilidade. Inteligência do art. 273 do CPC. Recurso não conhecido. I – A tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC pode ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não-patrimoniais, pois o aludido dispositivo não restringiu o alcance do novel instituto, pelo que é vedado ao intérprete fazê-lo. Nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de direito público interno. II – A exigência da irreversibilidade insere no § 2º

do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. III – Recurso especial não conhecido. (REsp. 144.656-ES, Rel. Min. Adhemar Maciel, STJ, 2ª T., un., DJ 27.10.1997, p. 54.778).

Noutro julgado, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública tem lugar quando se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado e com base em precedentes jurisprudenciais; ou quando, no campo tributário, há entendimento largamente uniformizado na jurisprudência sobre a relação jurídica em debate. Nesse mesmo julgado, afirma que não cabe a transferência definitiva de domínio, sem a garantia legal, no que, a *contrario sensu*, a admite se houver a garantia noticiada (REsp. 148.072-RJ, Rel. Min. José Delgado, STJ, 1ª T., un., DJ 23.03.1998, p. 34). Nem mesmo as disposições da Lei 9.494/97²³, que limita a outorga de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional, têm constituído obstáculo a que o Superior Tribunal de Justiça caminhe *pari passu* com a doutrina (FADEL, 1998, p. 87)²⁴, como se vê do seguinte acórdão:

Processual civil. Concessão de tutela antecipada contra autarquia federal. Reajuste de 28,86%. MP 1.570/97, convertida na Lei 9.494/97. Inaplicabilidade. 1. A MP 1.570/97, convertida na Lei 9.494/97, por ser uma norma de exceção quanto à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional, deve ser interpretada de forma restritiva. 2. Conforme a interpretação dada pelo STF, bem como pelos precedentes desta Corte, o reajuste de 28,86%, relativo às Leis 8.622 e 8.627/93, refere-se a revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Pelo que, não se enquadrando a hipótese dos autos dentre aquelas estipuladas pela Lei 9.494/97, há que se reconhecer a sua inaplicabilidade. 3. Recurso improvido. (Ag. Rg na Medida Cautelar 1.030-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, STJ, 5ª T., un., CJ 15.12.1997, p. 66.459).

23 Com o respeito que tenho pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, nem a decisão do Plenário dessa augusta Corte, na ADC n. 4º, reconhecendo, em liminar, a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, nem a eficácia *ex tunc* e efeito vinculante, dada a essa liminar, vedando qualquer decisão antecipatória da tutela contra a Fazenda Pública, me faz pensar diferentemente, a uma, porque a lei presume-se constitucional – o que todo juiz sabe – e, a duas, porque quem está diante do caso concreto a merecer a pronta tutela jurisdicional é o juiz da causa (juízo ou tribunal), cumprindo a ele o dever jurisdicional-constitucional de oferecer pronta tutela ao direito em via de perecer. Em face dos elementos conaturais do sistema de tutela jurídica, insitos a todo ordenamento constitucional, e do princípio da proporcionalidade que rege a eventual colisão entre dois interesses carentes de tutela – o direito material da parte, in concreto, e a liminar concedida pela Corte Suprema, in abstrato – penso que o concreto deva prevalecer sobre o abstrato.

24 À luz da Lei 9.494/97, não cabe a antecipação de tutela nas ações propostas contra a Fazenda Pública que impliquem pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tema polêmico na doutrina e jurisprudência, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública constitui objeto de nosso estudo, sendo as abordagens direcionadas principalmente à inovação do sistema processual brasileiro, trazida pela Lei nº 8.952/94 e Lei nº 9.494/97, originada da Medida Provisória nº 1.570/97.

Nesse contexto, pelas razões expostas e devido à tutela antecipada, prevista nos Arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 8.952/94 bem como em face da Lei nº 9.494/97, que disciplinou a aplicação daquela tutela contra a Fazenda Pública, que será em momento oportuno criticada, surge a celeuma acerca da aplicabilidade ou não do referido instituto contra este ente.

O primeiro óbice apontado pelos juristas consiste no próprio sistema jurídico na medida em que inúmeras normas protegem a Fazenda Pública por causa do bem da vida em litígio. A incidência da antecipação da tutela em ações que envolvam a Fazenda Pública como ré não se coadunaria com os princípios e normas que norteiam o ordenamento.

O duplo grau necessário impediria a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já que a decisão teria que se submeter ao 2º grau de jurisdição, pois retrodita tutela antecipa os efeitos da sentença. Na verdade, a tutela antecipada poderia até ser concedida, mas perderia sua razão de ser em face da remessa obrigatória.

Ademais, exige-se o duplo grau obrigatório para matérias de extrema importância social como as elencadas nos incisos do comentado artigo. Seria incongruente admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não só pelo fato de o duplo grau necessário se tratar de mais uma prerrogativa, mas também por causa dos valores que envolvem a ré da suposta demanda.

Com a aplicação do art. 3º da Lei nº 8.437/92, o legislador abraçou, de certa forma, a incidência do art. 475, a que nos referimos como um dos grandes óbices à tutela antecipada contra a Fazenda Pública apontados pela doutrina.

Conclui-se, portanto, que, embora o ordenamento jurídico acoberte a Fazenda Pública com várias prerrogativas louváveis, não há motivo para não admitirmos a tutela antecipada contra a mesma, tanto porque a Lei nº 9.494/97 a prevê, como porque a concessão da medida constitui evento excepcional, devido às circunstâncias do próprio processo e da relação jurídica *sub judice*.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – Uma Proposta atual de Sistematização. *In: Artigo publicado na obra Processo de Execução*.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. 2. ed., 1976.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Contra o Poder Público. *In: Artigo publicado na Revista de Processo*, n. 100, a. 25, out./dez. 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio Costa. *Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 5. São Paulo, Oliveira Rocha, 1996

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. Direito de acesso à justiça garantia de cidadania. *In: Revista Síntese*, nº 21, Porto Alegre, jan-fev de 2000.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e SHIMURA, Sérgio (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.