

ANA PAULA RISSI FERNANDES

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

14



**FRANCA/SP
2009**

ANA PAULA RISSI FERNANDES

TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

**Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil. Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

Orientadora: Prof^ª. Gisele Rodrigues Martins

**FRANCA/SP
2009**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Franca/SP, 14 de setembro de 2009.

ANA PAULA RISSI FERNANDES

ANA PAULA RISSI FERNANDES
TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Franca SP, 14 de setembro de 2009

*Ao meu esposo, pela dedicação e cumplicidade, e à minha
filha, pela inspiração.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo amor, confiança e incentivo constantes;
e à Ana Rita, pelo apoio e carinho.

O tempo é um inimigo do Direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas

Francesco Carnelutti

RESUMO

A Fazenda Pública dispõe de prerrogativas, que lhe são outorgadas por lei, como forma de proteger o interesse público, no desiderato de dar efetividade ao princípio constitucional da isonomia. A legislação, todavia, admite a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, vedando-a em algumas situações. A disciplina da matéria se encontra, mormente, nas Leis n. 9.494/97 e n. 8.437/92, com forte supedâneo jurisprudencial. O reexame necessário, com previsão no artigo 475, do Código de Processo Civil, a imposição de sentença transitada em julgado, o pagamento por meio de precatório e o procedimento especial de execução dos créditos em face do Poder Público, com disciplina nos artigos 100, da Constituição Federal, e 730, do diploma processual civil sobredito, são os principais óbices levantados por aqueles que defendem a impossibilidade de deferimento da medida contra o ente público. Entrementes, diante da natureza e da urgência do direito perseguido, algumas situações podem prescindir das exigências mencionadas, quando presentes os pressupostos à concessão da tutela, para assegurar à parte uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Ademais, os pedidos direcionados às pessoas jurídicas de direito público nem sempre são alusivos ao pagamento de quantia, podendo relacionar-se, outrossim, às obrigações de fazer, não fazer ou de entregar coisa, em que não há que se falar em adimplemento por intermédio do regime dos precatórios. Assim, presentes os requisitos legais, o magistrado deve analisar o caso concreto para aferir a viabilidade do deferimento da medida antecipatória em face da Fazenda Pública. Com efeito, a antecipação da tutela deve ser concedida, uma vez configurada a hipótese premente a justificar a aplicação do instituto, sob pena de se macular o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, cujo significado extrapola os limites de se possibilitar o acesso à justiça, alcançando o primado da efetividade do direito.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Prerrogativas. Tutela Antecipada. Precatório. Inafastabilidade da Jurisdição.

ABSTRACT

The tax authorities have powers that are granted him by law, in order to protect the public interest, the desirability of giving effect to the constitutional principle of equality. The legislation, however, allows the granting of injunctive relief in the face of the Treasury, denying it in some situations. The discipline of the matter is, particularly, in Law n. 9494/97 and n. 8437/92, with strong support courts. The review is necessary, expected to in article 475 of the Code of Civil Procedure, the imposition of sentence has become final, the payment by mandamus the special procedure for the implementation of the claims against the Government, subject to articles 100 of Federal Constitution, and 730 of the aforesaid civil procedural law, are the main obstacles raised by those who advocate the acceptance of the impossibility to measure against the public entity. Meanwhile, given the nature and urgency of the right pursued, some situations may waive the requirements mentioned, the conditions present when the granting of protection to ensure the party an effective judicial protection, expeditiously and appropriately. Moreover, applications targeted at corporations of public law are not always depicting the payment amount and may relate to, instead, the obligations do not do or deliver something, that we should not talk about Bestowal through the system of judicial requests. Thus, these legal requirements, the magistrate must review the case to assess the feasibility of granting anticipatory measure in the face of the Treasury. Indeed, the anticipation of protection should be granted, once set up the hypothesis pressing to justify the imposition of the institute, so as not to tarnish the constitutional principle of inseparated jurisdiction, whose significance goes beyond the boundaries to provide access to justice reaching the primacy of the effectiveness of the law.

Key words: State. Entitlements. Trusteeship Advance. Precatórios. Inafastabilidade Jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA	12
2.1 DIREITO COMPARADO: a antecipação da tutela no direito alienígena	14
2.2 O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO	16
2.3 O FUNDAMENTO DO PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO.....	19
3 GENERALIDADES SOBRE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	22
3.1 O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E O FUNDAMENTO DE SUAS PRERROGATIVAS.....	22
3.2 CONTROLE DE URGÊNCIA COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
3.3 LEIS FUNDAMENTAIS SOBRE A MATÉRIA.....	26
3.4 A QUESTÃO DOS PRECATÓRIOS E O REEXAME NECESSÁRIO.....	31
3.5 TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	41
3.6 TUTELA ANTECIPADA PELA PARTE INCONTROVERSA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	43
4 RECURSOS CONTRA A DECISÃO QUE ANTECIPA A TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	46
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52
ANEXO	54
ANEXO A – Jurisprudências	55

1 INTRODUÇÃO

Consoante cediço, a busca pela celeridade processual é perseguida desde os tempos mais remotos. O desiderato se justifica na medida em que, muitas vezes, a demora na prestação da atividade jurisdicional almejada congrega maior injustiça que a resistência oposta pela parte de quem se pretende a efetivação de um direito. Destarte, a delonga processual passou a ocupar, de forma mais intensa, a ciência processualística moderna, de modo a sistematizar normas que conduzam ao acesso à Justiça e à celeridade na entrega do bem da vida objetivado.

Nessa esteira, a Lei n. 8.952, de 1994, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela antecipada, dando nova redação ao artigo 273, do Código de Processo Civil. Inobstante, a possibilidade de antecipação da utilidade prática do provimento final não era hipótese ignota no direito brasileiro, uma vez que havia precedentes em procedimentos específicos. Com efeito, já se verificava a abordagem do instituto na legislação consumerista (artigo 84, §3º, da Lei n. 8.078/90), nas ações possessórias de força nova, na ação de alimentos, na Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85, artigo 12), bem assim no artigo 59, §1º, inciso I, da Lei n. 8.245/91. Portanto, o que o artigo 273, da lei instrumental, fez foi generalizar a possibilidade de concessão de tutelas antecipadas em todos os processos de conhecimento.

A tutela antecipada caracteriza-se pela antecipação de um, alguns ou todos os efeitos da sentença. É, por isso, medida satisfativa do direito material, antes do momento processual normal, que ocorre por intermédio de cognição sumária, com supedâneo na prova documental carreada aos autos pelo autor na exordial, caracterizada pela provisoriedade.

Nessa perspectiva, situa-se o tema da antecipação do provimento final em face da Fazenda Pública. Conquanto se trate de questão que suscite divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o entendimento prevalente reside na possibilidade de sua concessão quando a parte requerida na relação jurídica processual for a Fazenda Pública. De fato, a Lei n. 9.494/97 disciplina os limites na aplicação da tutela antecipada contra o Poder Público, o que corrobora a plausibilidade do cabimento da medida, desde que atendidas as prescrições legais.

A despeito desse entendimento, muitos doutrinadores defendem que o sistema jurídico de segurança e preservação do interesse público impede a concessão de tutela frente à Fazenda Pública, o que não caracteriza óbice ao acesso à justiça ou ofensa ao princípio da isonomia, já que a vedação objetiva exatamente proteger o interesse coletivo e impedir o acesso indiscriminado ao Judiciário, o que não se coaduna com o sistema legal vigente.

A Fazenda Pública, em decorrência do interesse público que preserva, bem assim da dificuldade de defesa oriunda da burocracia da máquina administrativa, possui prerrogativas, disciplinadas nos âmbitos constitucional e legal, que objetivam dar cumprimento ao preceito da isonomia, insculpido no artigo 5º, da Carta Cidadã de 1988.

Desta feita, se por um lado admite-se a aplicação do instituto da tutela antecipada, quando o pólo passivo da relação processual for integrado pelo Poder Público, não se pode olvidar, por outro, que a observância das restrições impostas é imperativa para que se preserve o primado da supremacia do interesse público, respeitante a todos, inclusive ao demandante em uma relação jurídica processual.

O trabalho aqui desenvolvido aborda conceitos, os posicionamentos existentes sobre o tema, os consectários de um e outro entendimento, as vertentes jurisprudenciais, a legislação existente acerca da questão, bem como o modo operacional do instituto, especificamente no que atine ao assunto perseguido, desencadeando a reflexão sobre a matéria, de forma que não se almeja, com a abordagem, esgotar o tema, o que, obviamente, não seria desiderato de fácil consecução.

Na elaboração da presente monografia utiliza-se o método dedutivo-bibliográfico, consistente na combinação de idéias, de cunho interpretativo, passando por textos de diversos autores e julgados emanados dos tribunais pátrios, com supedâneo na legislação, doutrina, jurisprudência, usos e costumes, método específico da ciência do Direito.

2 O CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA

A preocupação com a celeridade processual levou o legislador a estender a possibilidade de antecipação da tutela, antes reservada a alguns procedimentos especiais, a todo procedimento comum, como meio de afastar, ou pelo menos minimizar, os danos materiais oriundos da demora processual.

Assim, foi editada a Lei n. 8.952/1994, que deu nova redação ao artigo 273, do Código de Processo Civil, estabelecendo os parâmetros para a concessão da tutela antecipada.

Faz-se mister ressaltar que o poder geral de antecipação objetiva imbuir maior efetividade ao processo, movimento que tem se concretizado com a edição da Lei dos Juizados Especiais, da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, entre outras, de modo que ganhou força pela vertente constitucional, com a Emenda n. 45/2004 à Carta de 1.988, que agregou ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A tutela antecipada consiste na possibilidade que a parte tem de, satisfeitos os requisitos legais, obter a antecipação, total ou parcial, dos efeitos almejados por meio do provimento jurisdicional final, alcançado com o trânsito em julgado da sentença de mérito. A concessão pode ocorrer antes ou após a resposta do réu, após a instrução do feito, ou, ainda, em sede recursal, mesmo que pendente recurso com efeito suspensivo, se a situação de perigo for iminente.

Trata-se, portanto, de concessão provisória, da pretensão material buscada com a ação, que pode ser deferida em cognição sumária, apenas com fulcro na prova documental carreada aos autos pelo autor, ou no curso do processo, aliada aquela a outros elementos comprobatórios.

Os artigos que tratam do instituto são o 273 e o 461, §3º, ambos o Código de Processo Civil, referindo-se este último às obrigações de fazer e não fazer.

A tutela antecipada permite os mesmos benefícios, ou parte deles, advindos com a sentença de mérito, seja o pedido de cunho condenatório, declaratório ou constitutivo. Em se tratando de antecipação de pedido condenatório (pagar quantia, entregar, fazer ou não fazer alguma coisa), a execução far-se-á em

autos apartados, apensos ao principal, onde terão lugar os atos coativos para a satisfação da medida.

Os requisitos autorizadores para a concessão da medida aludida são os descritos no *caput* e nos incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil. Para a obtenção do benefício, a parte necessita demonstrar a verossimilhança da alegação, por meio de prova inequívoca (pré-constituída), o provimento há de ser provisório, e deve haver a comprovação de um dos pressupostos alternativos, quais sejam, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Com muita propriedade, Marcus Vinicius Rios Gonçalves refere que

A parte final da redação foi objeto de numerosas críticas dos processualistas, que viam uma certa contradição no uso das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, a primeira trazendo uma impressão de certeza, e a segunda, de mera probabilidade.

Todavia, a lei estabelece que o juiz faça um exame não da certeza do direito, mas da plausibilidade de sua existência, trazida pelos elementos que constam dos autos. A prova inequívoca não é do direito, pois, se tal já existisse, o caso seria de julgamento antecipado da lide. Esse requisito assemelha-se ao *fumus boni juris*, necessário para a concessão das tutelas cautelares, em que também a cognição do juiz é feita com base em mera probabilidade.

Costuma-se distinguir a exigência de verossimilhança das tutelas antecipadas do *fumus boni juris* das cautelares argumentando que, no exame do primeiro, o juiz deve ser mais rigoroso. A plausibilidade haveria de ser maior para a concessão da tutela antecipada do que para a cautelar. No entanto, fica muito difícil estabelecer uma linha divisória entre os dois níveis de plausibilidade. Ou o que se alega é verossímil e suficiente para a concessão de uma tutela de urgência, ou não. Essa linha de distinção torna-se ainda mais tênue diante da adoção da fungibilidade entre as tutelas de urgência.¹

Assim, consoante se pode observar, os requisitos atinentes ao poder geral de cautela (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) e aqueles alusivos ao poder geral de antecipação são semelhantes, tanto que o artigo 273, em seu §7º, incluído pela Lei n. 10.444/2002, traz a possibilidade da fungibilidade dos institutos, em decorrência do princípio da instrumentalidade das formas.

Por fim, não se pode deixar de frisar que a prova do direito alegado, no que atine à antecipação da tutela de mérito, deve encontrar repouso em arcabouço

¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301.

probatório mais substancial que aquele autorizador da concessão da tutela cautelar, conquanto o objetivo almejado em ambas seja distinto, já que a primeira concede o próprio bem da vida, enquanto a segunda disponibiliza meios para garantir a efetividade da tutela jurisdicional buscada.

2.1 DIREITO COMPARADO: a antecipação da tutela no direito alienígena

Alguns Estados estrangeiros adotam o instituto da antecipação da tutela há mais de quarenta anos, donde decorre equivocada a afirmação de se tratar de providência nova no mundo jurídico. Ocorre que, apenas agora, nossa legislação incorporou a tendência mundial de prestação positiva da tutela jurisdicional.

A providência é oriunda da necessidade da coletividade, que deixou de se manter inerte ante a desigualdade gerada nas relações jurídicas processuais, decorrente da demora no desenrolar do processo.

Desta feita, na Itália, *exempli gratia*, foi introduzido, em 1942, no *Código de Procedure Civile*, por intermédio de nova redação atribuída ao artigo 700, uma estrutura sistemática do poder de antecipação do mérito, conforme nos informa Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra intitulada *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, p. 23, Editora Del Rey, 1996, citada por José Augusto Delgado, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Em 1942, introduziu-se no **Código de Procedure Civile** novo art. 700, fazendo parte do Capítulo III, que trata exatamente *De Procedimenti Cautelari*, mais ou menos nestes termos: *fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundados motivo de temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar este ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstância, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.*²

² DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro* apud DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada. **Revista da ESMAPE**, v. 2, n. 3, p. 233-260, jan./mar. 1997.

Com efeito, o excerto acima citado nos permite concluir que, assim, houve a possibilidade do exercício, não só do poder geral de cautela, como também da antecipação da decisão de mérito.

No ordenamento jurídico alemão consta, outrossim, caso típico de antecipação de tutela, regulado pelo Código de Processo Civil, de modo que medida com finalidade idêntica consta nas legislações austríaca e inglesa, conforme nos relata Ernane Fidélis dos Santos, citado por José Augusto Delgado, referência acima:

Na Alemanha, introduziram-se no Código de Processo Civil (ZPO) os §§ 935 E 940. O primeiro é de verdadeira medida cautelar atípica, de fim assecurativo, enquanto o segundo tem fim regulador da relação controvertida, ou sejam regula-se temporariamente uma relação ou situação jurídica, em caso típico de antecipação de tutela. Não é garantia de pretensão, mas da relação jurídica litigiosa.

[...]

Em contraste com o arresto e com a medida cautelar assecurativa, prevista no § 935, a medida cautelar reguladora não se conecta com a garantia de uma pretensão, e sim com uma 'relação jurídica litigiosa'. Além disso, no lugar do 'fim assecurativo' vem colocar o 'fim regulador': a "regulação de um estado temporário" deve mostrar-se necessária para evitar prejuízos substanciais ou impedir ameaça de violência ou por outros motivos' (Baur, Fritz, op. Cit., pp. 44-45).

[...]

No ordenamento austríaco, não há limitação à tutela antecipada, a não ser quando a situação regulada for suscetível de execução forçada e, na Inglaterra, no âmbito do *Contempt of Court*, o juiz pode não apenas ditar provimentos que previnam ou reprimam qualquer ameaça à atividade jurisdicional, como também estabelecer remédios processuais, criando forma de tutela jurisdicional diversa do precedente jurisprudencial ou legislativo.³

Dessarte, a medida satisfativa do mérito não é providência recente no ordenamento jurídico global, ou privativa do sistema legal pátrio, de modo que a introdução do instituto na legislação estrangeira ofereceu precedentes e subsídios para a inserção da medida no Brasil.

³ DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada. **Revista da ESMAPE**, v. 2, n. 3, pp. 233-260, jan./mar. 1997.

2.2 O HISTÓRICO DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

Podemos definir o poder geral de cautela como aquele atribuído ao magistrado para a concessão de medidas provisórias e urgentes, de natureza cautelar, ainda que não previstas expressamente na legislação, desde que atendidos os pressupostos legais concernentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*. Refere-se à previsão legal de atipicidade da tutela cautelar.

Por outro lado, o poder geral de antecipação pode ser descrito como aquele atribuído ao juiz, no que atine à concessão de medidas provisórias e sumárias, que antecipem a satisfação do direito afirmado pelo autor, desde que presentes os requisitos legais constantes do artigo 273 e do §3º, do artigo 461, ambos do Código de Processo Civil. Aqui, fala-se em positivação da atipicidade da tutela antecipada.

Assim, conquanto houvesse a previsão legal no ordenamento jurídico pátrio de um poder geral de cautela, não havia a regulamentação de um poder geral de antecipação, de modo que o magistrado estava restrito apenas a alguns casos de antecipação expressamente previstos em procedimentos especiais.

Aliás, sem pretender refugir ao tema especificamente tratado neste trabalho, embora o poder geral de cautela tenha obtido contornos no artigo 798, do Código de Processo Civil vigente, a maioria dos processualistas entendeu que a previsão já estava contida na norma do artigo 675, do Códex de 1939, que assim dispunha, *in verbis*:

Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

O instituto da tutela antecipada era previsto, em caráter excepcional, em alguns procedimentos especiais, consoante referido na introdução, *verbi gratia*, no artigo 84, §3º, da Lei n. 8.078/90, nas ações possessórias de força nova, na ação de alimentos, na Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/85, artigo 12), bem assim no artigo

59, §1º, inciso I, da Lei n. 8.245/91, não podendo ser aplicado para a generalidade dos casos, regulados pelo rito comum.

A antecipação da tutela não era, portanto, entidade desconhecida no nosso ordenamento jurídico. Não se verificava, todavia, uma construção sistematizada e com aplicação genérica, já que era afeta a relações jurídicas determinadas, com previsão em leis especiais.

Em decorrência dessa lacuna legislativa, em que o magistrado não dispunha de instrumento adequado para a concessão de medidas antecipatórias, de cunho satisfativo, as ações cautelares sofreram um desvirtuamento em sua essência, dando ensejo ao que se costumou denominar, inapropriadamente, na jurisprudência de *cautelares satisfativas*, que são medidas antecipatórias atípicas, de satisfação do direito material, concedidas com supedâneo no poder geral de cautela, mediante o preenchimento dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Nessa esteira, passou-se a conceder uma medida antecipatória satisfativa, em que se deveria exigir um juízo mais substancial acerca do direito alegado, apenas com base nos pressupostos das cautelares, de modo que podemos mencionar aqui a ação cautelar de sustação de protesto, de cunho eminentemente satisfativo.

Sobre o assunto, pontuaram Fredie Didier Júnior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga que

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da *força normativa* do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria.⁴

Assim, com a redação dada pela Lei n. 8.952/1994 aos artigos 273 e 461, §3º, do Código de Processo Civil, o poder geral de antecipação foi trazido para o procedimento comum, autorizando a concessão da tutela para todo e qualquer

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 520.

direito que nele tenha desdobramento processual, de forma que, hodiernamente, não há que se falar mais em *cautelar satisfativa*.

Os artigos aludidos assim dispõem:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002)"

Art. 461.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

[...]

A esse respeito, cumpre-nos transcrever excerto textual dos autores supracitados, assaz esclarecedor:

O §3º do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. O art. 273 cuidaria da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária. Não há processo, portanto, que não contenha regra

que permita a antecipação da tutela. Ambos os artigos, porém, estão interligados, formando um *sistema de concessão de tutela antecipada*.⁵

A tutela antecipada caracteriza-se, então, pela antecipação de alguns ou todos os efeitos da sentença, de forma que se trata de medida satisfativa do direito material, antes do momento processual normal, por meio de cognição sumária, desde que presente prova documental robusta a demonstrar o direito alegado pelo autor na peça vestibular, cujo provimento caracteriza-se pela provisoriedade.

Desta feita, não se pode dizer que houve inovação no ordenamento jurídico, em 1994, com a criação da tutela antecipada, porquanto a lei sobredita apenas generalizou a norma, antes permitida somente para alguns procedimentos regulados em leis especiais, incorporando ao processo de conhecimento, atividade executiva, dando, dessarte, início ao sincretismo processual, que posteriormente, foi consolidado no direito brasileiro, mormente com a edição da Lei n. 11.232/2005, introdutora de inovações no bojo do Código de Processo Civil.

2.3 O FUNDAMENTO DO PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO

As profundas transformações por que passou a ciência jurídica no final do século XX determinou o reexame dos princípios fixados ao longo dos anos, com o objetivo de se adequarem às mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, bem assim com os novos anseios da coletividade advindos dessas transformações.

Nessa dinâmica, o direito processual, responsável pela aplicação da norma material, viu-se imbuído dessa necessidade de modificação para se aproximar mais do cidadão que, cada vez mais, perseguia uma prestação jurisdicional efetiva, célere e dotada de maior segurança para as partes e para a

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 520.

sociedade na solução dos conflitos, aproximando-se, assim, do que Joel Dias Figueira Júnior denomina de “processo civil de resultados efetivos”⁶.

Impregnada por essa atmosfera inquietante, a comunidade jurídica sentiu a exigência social de elaboração de meios que dissipassem a deficiência na entrega da prestação jurisdicional, o que possibilitou a evolução científica do ramo do direito processual, mais que qualquer outro da ciência jurídica.

A demora no desenvolvimento do processo tornou-se o maior óbice na realização do direito material, desencadeando, destarte, o acesso à Justiça, bem como a rapidez na entrega do bem da vida perseguido pelo processo, no núcleo concentrador das preocupações dos doutrinadores.

O Código de Processo Civil, por intermédio do artigo 798, inseriu no ordenamento jurídico pátrio norma autorizadora ao magistrado para determinar medidas provisórias adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, o nominado poder geral de cautela.

A jurisprudência, tendo em conta a ausência de efetividade do processo de conhecimento, passou a aceitar a “ação cautelar satisfativa”, entendendo que a satisfatividade da tutela era suficiente para afastar a propositura da ação principal. Dessarte, conforme refere Luiz Guilherme Marinoni, a jurisprudência e a doutrina confundiam satisfatividade com definitividade:

[...] a tutela somente é definitiva, dispensando a “ação principal”, quando a cognição é exauriente. A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige o prosseguimento do contraditório, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente) como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo (que não mais pode ser questionado) em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material.⁷

A introdução da Lei n. 8.952, que conferiu nova redação aos artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil, possibilitou a antecipação da tutela no processo de conhecimento, bem assim para os procedimentos especiais regidos, subsidiariamente, pelas disposições gerais do procedimento ordinário.

⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 236.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 127.

Desta forma, o autor passou a disponibilizar de instrumento para a obtenção de uma tutela satisfativa sumariamente, sem ter que se utilizar do artigo 798, do Código de Processo Civil, que gerava ações sumárias satisfativas. De fato, consoante referido por Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso⁸, a norma do artigo 273 foi inserta ao Código de Processo Civil, objetivando afastar os danos materiais decorrentes da demora no desenrolar do processo.

⁸ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

3 GENERALIDADES SOBRE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

3.1 O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E O FUNDAMENTO DE SUAS PRERROGATIVAS

Fazenda Pública é o setor da Administração Pública que gere as finanças, estabelece as políticas econômicas e as executa, relacionando, assim, com o aspecto financeiro do ente público.

Em sentido lato, a expressão implica a atuação do Estado em juízo, significado de que se utiliza o Direito Processual.

O termo *Fazenda Pública* é alusivo às pessoas jurídicas de direito público, uma vez que se identifica com a personificação do Estado. Deste modo, integrando a pessoa jurídica de direito público a relação jurídica processual, esta pode ser referida de *Fazenda Pública*, ainda que a controvérsia não se relacione diretamente com matéria fiscal ou financeira.

O Decreto-lei n. 200, de 1967, que organiza a Administração Pública no Brasil, faz distinção entre Administração Direita e Indireta. Integram a primeira a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. A segunda é composta pelas Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. As duas últimas são pessoas jurídicas de direito privado e, por isso, não são se revestem do conceito de Fazenda Pública. O termo se aplica, outrossim, às agências reguladoras e às executivas, que são autarquias em regime especial.

O princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, representado pela máxima aristotélica de que se deve atribuir tratamento igualitário aos iguais e tratamento diferenciado aos desiguais, dirige-se, primordialmente, ao legislador, que deve guardar, na elaboração das leis, discriminações toleráveis, balizadas pelo princípio da proporcionalidade, em atenção ao devido processo legal.

Dessarte, o Código de Processo Civil elenca norma expressa, no artigo 125, inciso I, acerca da igualdade das partes, que deve ser assegurada pelo magistrado, na condução do processo. No mesmo sentido, diversos dispositivos legais asseguram o tratamento isonômico, seja no âmbito processual, seja na seara

material, normatizando situações que conferem prerrogativas ou restrições às partes envolvidas na relação jurídica processual ou material.

Assim, as regras especiais conferidas à Fazenda Pública têm o condão de dar efetividade ao primado da igualdade.

O fator de *discrímen* a autorizar a existência da regulação especial mencionada reside no interesse público, de cuja preservação o Estado deve se ocupar.

O princípio da supremacia do interesse público constitui um dos pilares do direito público, estabelecendo leme não só ao legislador, na criação da lei, como também ao administrador, na condução da atividade estatal, perseguidora do bem comum. Em decorrência da tutela ao interesse público, a Fazenda Pública se distingue das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, de modo que, quando ela figura em juízo, está a defender o erário.

Toda a sociedade contribui para a formação do conjunto das receitas públicas, figurando-se a autoridade administrativa apenas como gerenciadora dos recursos, de forma que, ao se conferir determinadas prerrogativas à Fazenda, protege-se, com isso, o erário, o que justifica a especialidade de algumas medidas legais destinadas à Fazenda Pública, seja de natureza processual ou material. Como corolário de um interesse maior, que respeita a todos, a Fazenda Pública necessita de regras especiais para a defesa do interesse da coletividade, e como parte disso, exsurgem as normas de índole processual. Sobre o assunto, são esclarecedores os dizeres de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas* processuais, identificadas, por alguns, como *privilégios*. [...] As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.⁹

⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34.

Assim, por não reunir as mesmas condições de um particular na defesa de seus interesses em juízo, a lei deve munir o ente público de instrumentos processuais que equilibrem as partes no caminhar da demanda. Ademais, a burocracia, inerente à atividade fazendária, cria óbice, aos procuradores das pessoas jurídicas de direito público, no conhecimento dos elementos do processo, de modo que a carga excessiva de processos não autoriza o desempenho de suas atividades nos mesmos prazos consignados para os particulares.

Nessa esteira, a legislação confere prerrogativas de ordem material e processual à Fazenda Pública, tais como o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que exclui a Fazenda do patamar mínimo na condenação em honorários advocatícios; o artigo 188, do mesmo Código, que cuida dos prazos especiais do ente público para contestar e recorrer; o reexame necessário (artigo 475, do Código de Processo Civil), a que estão sujeitas as sentenças proferidas em face do Poder Público, nos casos em que especifica; a execução contra a Fazenda, que deve obedecer ao rito do artigo 730, do citado Códex, em conjugação com o artigo 100, da Constituição Federal de 1988; o procedimento para a execução fiscal, regulado pela Lei n. 6.830/80; a concessão de arresto independentemente de justificação prévia, quando o requerimento for postulado pela União, Estados ou Municípios, nos casos previstos em lei, nos moldes do artigo 816, inciso I, do Código de Processo Civil; a proibição de expedição liminar de mandado de reintegração ou manutenção de posse, em face das pessoas jurídicas de direito público, sem a oitiva prévia dos respectivos representantes judiciais (artigo 928, parágrafo único, do Código sobredito); bem assim a ausência de preparo, consoante o artigo 511, do Código Processual Civil.

Os exemplos citados são, portanto, instrumento para o alcance da efetivação do princípio da isonomia, já que a atividade da Fazenda Pública se desenvolve norteadada pelo interesse da coletividade, na busca pelo bem comum.

Cumprido, por fim, destacar que o tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública é, também, observado em outros ordenamentos jurídicos.

Desta feita, algumas legislações, de outros países, retiram o julgamento das causas, em que o órgão fazendário seja parte, do Poder Judiciário, para afetá-las a outro conjunto de órgãos, que podem fazer parte da própria Administração. É o que ocorre, *verbi gratia*, na França (“contencioso administrativo”), Itália (“Justiça administrativa”), Espanha (estrutura jurisdicional específica, quando a Fazenda for

parte na relação jurídica processual), Alemanha (há três sistemas diferenciados do comum, quando a Fazenda Pública for parte na causa: jurisdições administrativa, financeira e social, com leis específicas para cada um) e Portugal (com tribunais administrativos e fiscais, cuja determinação de existência emana da Constituição).¹⁰

3.2 CONTROLE DE URGÊNCIA COMO FORMA DE CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle que o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública pode ser feito por meio de várias ações, quais sejam, o mandado de segurança, individual ou coletivo, o *habea data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública, a ação ordinária, as ações possessórias e as cautelares.

O controle de urgência se apresenta como instrumento fundamental de preservação ou de restabelecimento de uma situação anterior ao ato praticado pela Administração, uma vez que o magistrado pode determinar, de imediato, a cessação do ato, se ficar configurado que a não concessão da medida de urgência naquele momento processual pode tornar a situação irreversível, ocasionando dano irreparável ou de difícil reparação.

Portanto, em qualquer das ações sobreditas, é possível o exercício do controle de urgência, por intermédio da liminar, cautelar ou da tutela antecipada, desde que presentes seus requisitos e observadas as peculiaridades de cada medida em face do Poder Público.

Feitas tais considerações, podemos definir o controle de urgência como a decisão do magistrado emanada *initio litis* contra o ente público, com a antecipação total ou parcial do pedido do autor exarado na exordial, de forma que se exteriorizar na forma de liminar, medida cautelar e tutela antecipada.

A medida liminar é caracterizada pelo fator temporal, porquanto ocorre no início do litígio, sem a oitiva da parte adversa; se o deferimento for posteriormente, perde a natureza liminar.

Conforme conceitua Wellington Pacheco Barros,

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 35.

A tutela antecipada é o provimento jurisdicional de caráter mandamental que visa dar ao autor, de forma anterior à sentença – em regra -, o direito que lhe assiste, no todo ou em parte. Sua incidência é diretamente no mundo dos fatos, porquanto o requerente receberá o bem da vida que persegue na inicial. Há satisfação antecipada do direito do autor.

[...]

Os argumentos do requerente da medida devem se mostrar minimamente razoáveis, plausíveis, com o seu pedido. *Verossimilhança* quer dizer que os fatos narrados devem ao menos aparentar correspondência com a verdade – que ainda não se tem certeza, porquanto a parte adversa sequer se manifestou. Sim, porque a busca da verdade processual só se dará em momento posterior. Caso não demonstrada a verossimilhança das alegações e nem juntada prova inequívoca dos fatos, implicará no indeferimento da medida.

É um mínimo de juízo de probabilidade dos argumentos do autor.

Da mesma forma, há necessidade de demonstração de que aquele fato narrado está acarretando ou poderá vir a acarretar um dano irreparável ao seu bem direito – o que pode representar um verdadeiro abuso ou propósito protelatório da Administração -, de modo que a não-concessão da medida liminar prejudique a entrega do bem da vida que se objetiva buscar.¹¹

Dessarte, as medidas de urgência previstas no ordenamento jurídico pátrio constituem uma das formas de controle que o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública.

3.3 LEIS FUNDAMENTAIS SOBRE A MATÉRIA

Consoante alhures expendido, embora o Poder Judiciário possa efetuar o controle da Administração Pública por meio de determinadas ações judiciais, com o deferimento de medidas de urgência, não se pode olvidar que o aludido controle está sujeito às limitações impostas em lei, conforme será adiante exposto, ocasionando situações, não raras vezes, polêmicas.

A Lei n. 9.494/97 é o principal instrumento normativo a regulamentar a aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, estabelecendo restrições à medida.

Seus artigos 1º e 2º-B assim dispõem:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.

¹¹ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 454-457.

4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

[...]

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória n. 2.180-35, de 2001)

Assim, o art. 2º-B, retro mencionado, vedou a execução provisória de sentença em face da Fazenda Pública, nas situações elencadas, de forma que a proibição não se limitou às liminares em cautelares e mandados de segurança e à tutela antecipada.

Por sua vez, a Lei n. 8.437/92, assim prescreve, nos artigos 1º, 2º e 3º:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001)

[...]

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

[...]

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Conforme lembra Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹², o diploma legal referido (Lei n. 8.437/92) é proveniente de Medida Provisória editada em decorrência do Plano Collor I, em março de 1990, quando inúmeras pessoas foram ao Poder Judiciário pleitear a liberação imediata de valores que foram bloqueados pelo Governo, como medida para tentar conter a inflação.

A Lei n. 9494/97 é oriunda da conversão da Medida Provisória 1570/97 e foi objeto de ação direta de constitucionalidade, de modo que o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por maioria de votos, julgou, liminarmente e com efeito vinculante, a aludida lei constitucional.

Outrossim, no que tange às Leis n. 4.348/64 e n. 5.021/66, ressalte-se que a Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, revogou os diplomas legais mencionados.

Assim, as restrições, antes previstas nas leis revogadas sobreditas, restaram reguladas, da seguinte forma, na nova lei que dispõe acerca do mandado de segurança, Lei n. 12.016/2009, no artigo 7º, § 2º:

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Percebe-se que a redação do excerto citado é semelhante àquela inserta no artigo 1º, da Lei n. 2.770/56, alusiva à proibição da tutela antecipada para a entrega de bens provenientes do exterior, cujo teor está eivado de inconstitucionalidade, consoante a doutrina, conforme explanação exarada no capítulo alusivo às generalidades sobre o instituto.

É preciso esclarecer que o artigo 7º, § 5º, da nova lei mandamental diz que “as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.”

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 585.

Referindo-se à questão, Leonardo José Carneiro da Cunha aduz que todas as restrições concernentes às cautelares e liminares em face do ente público são extensivas à tutela antecipada, subsistindo, hoje, um sistema unificado de tutelas de urgência, em decorrência do princípio da instrumentalidade.

Acerca do assunto, tece as seguintes considerações:

O sistema processual pátrio cuidou de *unificar* os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a *medida* cautelar, seja a *ação* cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei n. 8.437/1992, tanto que a Lei n. 9.494/1997 as estende, irrestritamente, para a tutela antecipada.

A assertiva tem a confirmá-la a inserção do novo parágrafo 7º ao art. 273 do CPC pela Lei n. 10.444/2002, que permite ao juiz aplicar o princípio da *fungibilidade* na concessão de provimentos de urgência, deferindo uma cautelar no lugar de uma tutela antecipada, evidenciando a *unificação* do sistema de medidas urgentes, as quais se subordinam, sem distinção, aos *mesmos* óbices impostos pela Lei n. 8.437/1992.¹³

Consoante sobredito, o Plenário do Pretório Excelso, por maioria de votos, na ADC nº 4, não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade no art. 1º, da Lei n. 9.494/97, que trata das vedações à tutela antecipada em face do Poder Público. Foi acolhido pedido de tutela antecipada, com efeito vinculante e *ex nunc*, impedindo, dessarte, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo.

Não é demais trazer à colação a conclusão de Cássio Scarpinella Bueno sobre o assunto:

Nos dias atuais, qualquer decisão que antecipe a tutela em desfavor da Fazenda Pública determinando que se pague a servidor público determinada parcela retirada de seus vencimentos pode ser cassada por reclamação a ser interposta diretamente no STF (Lei n. 8.038/90, art. 13), assim como o foram todas as decisões jurisdicionais em sentido contrário ao que decidiu o STF existentes àquela época.¹⁴

A restrição acima mencionada refere-se apenas às pretensões pecuniárias de servidores públicos, de forma que nos demais casos, não albergados pela vedação da Lei n. 9.494/97, inexistente o óbice à antecipação da tutela.

¹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 226.

¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella apud DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 586.

Nessa esteira, o STF editou a Súmula 729, estabelecendo que a vedação deve ser interpretada restritivamente e não alcança, portanto, as causas de natureza previdenciária, nem se aplica para os casos de recomposição de vantagem suprimida, já que o que se proíbe é a concessão de aumento ou vantagem. Assim, restaurar não se inclui na vedação.

A vedação à concessão de tutela antecipada em face do Poder Público, conforme se mencionou no item referente às generalidades do instituto, pode configurar ato inconstitucional, por ofensa ao direito de ação, contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, já que a norma inscrita na Carta Política de 1988 visa assegurar a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Se para atingir tal desiderato, for necessária a concessão da tutela antecipada em face do ente público, a medida antecipatória deverá ser deferida, ainda que a lei a proíba, de modo que a vedação prevalecerá apenas no caso em que inexista ofensa ao preceito constitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Não podemos deixar de mencionar que, no julgamento da ADI n. 223-6/DF, a Suprema Corte consolidou o entendimento, aplicável a toda a legislação impositiva de restrições à concessão de liminares em face da Fazenda Pública, de que a proibição é adequada à Constituição, como forma de proteção ao interesse público; todavia, se ela obstaculizar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em toda a sua amplitude (direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva), deverá ser afastada por meio do controle difuso de constitucionalidade, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A respeito da inconstitucionalidade das normas alusivas às vedações de liminares em face do ente público, Renato Luiz Benucci, citado por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, aduz

No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contém os requisitos de urgência e da relevância), quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais limitações impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão a direito, mas também a

'ameaça a direito', demonstrando que as tutelas de urgência também estão garantidas constitucionalmente)¹⁵.

Desta feita, conquanto exista farta legislação limitadora da antecipação de tutela e de medidas de urgência em face da Fazenda Pública, como forma de proteção ao ente público, em última instância, do interesse público, julgada adequada à Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, colige-se pela possibilidade de concessão de tutela antecipada em face do Poder Público, observadas as situações em que ela não será cabível, a exemplo do que ocorre com as liminares em mandado de segurança e as medidas cautelares.

3.4 A QUESTÃO DOS PRECATÓRIOS E O REEXAME NECESSÁRIO

Com a edição da Lei n. 8.952/94, que instituiu a tutela antecipada, de forma genérica, grassou na doutrina discussão acerca de sua aplicação contra a Fazenda Pública.

Os defensores de sua impossibilidade elencavam as seguintes justificativas: a) o reexame necessário impediria a concessão da tutela em face da Fazenda Pública, uma vez que, se a sentença final proferida contra o ente público apenas produz efeitos depois de confirmada pelo tribunal, uma decisão interlocutória, como o é a tutela antecipada, jamais poderia produzir efeitos incontinenti; b) o artigo 100, da Constituição Federal, que estabelece o regime dos precatórios, quando a Fazenda for condenada a pagar quantia, seria um empecilho ao instituto, porquanto impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; c) parcela da doutrina argumentava que a Lei n. 8.437/92, ao proibir a concessão da medida cautelar satisfativa em face do Poder Público, estaria obstando a tutela antecipada.¹⁶

¹⁵ BENUCCI, Renato Luiz apud DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 586.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 580-581.

Não se pode cingir a questão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública à condenação nas obrigações pecuniárias, a que se aplica o regime de pagamento, por meio dos precatórios, consoante prevê o artigo 100, da Carta Política de 1988. De fato, às demais causas, a lei não faz distinção quanto ao ente público, no que concerne à satisfação antecipada do direito perseguido pela outra parte.

Desde 1997, a Lei n. 9.494 disciplina as limitações à aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Assim, só se restringe aquilo que tem existência jurídica, tornando robusta a defesa de sua aplicabilidade contra o Poder Público, ressalvados os entendimentos adversos. Aliás, a regulamentação do instituto pela referida lei é decorrência do princípio constitucional do acesso à justiça, entendido este como o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Como bem explicita Luiz Guilherme Marinoni:

De qualquer forma, é oportuno voltar a ressaltar que o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso à justiça, albergado no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Ora, se o legislador infraconstitucional está obrigado, em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular.

Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de “fundado receio de dano” é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.¹⁷

O pagamento das dívidas da Fazenda Pública por meio do regime dos Precatórios (art. 100, da Constituição Federal), não afasta a aplicação da tutela em face do ente público, uma vez que o que se antecipa é o procedimento para a sua expedição, cujo deslinde ocorre com o depósito judicial da quantia, que somente será levantada com o trânsito em julgado da decisão de procedência do pedido.

Mesmo em matéria de natureza tributária, apenas os pedidos que versem sobre repetição do indébito afastam a aplicação da tutela antecipada, porquanto, se a demanda alberga a suspensão da cobrança de tributo, inexistente óbice ao

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 330.

deferimento da medida, quando presentes os requisitos legais: prova inequívoca da verossimilhança, fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Ademais, Hugo de Brito Machado¹⁸, citado por Célio da Silva Aragon, defende a aplicação da tutela nas ações que versem sobre repetição do indébito, desde que inexistam controvérsias quanto aos fatos e o direito da parte esteja albergado por precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, quando a matéria tiver cunho infraconstitucional. Desta feita, concedendo a tutela, o magistrado determinará a expedição do precatório, cujo importe somente será revertido em benefício do autor, após o trânsito em julgado da decisão de procedência. Se o pagamento ocorrer antes daquele, o dinheiro aguardará o desfecho em conta judicial. Caso a ação seja julgada improcedente, o numerário será convertido em renda do ente público. Para o renomado jurista, a sentença, ainda que sem o trânsito em julgado, quando tenha havido a concessão da tutela antecipada, ou o deferimento por meio de decisão interlocutória, é título hábil a instruir o precatório.

Em verdade, não há qualquer prejuízo para o Estado na mera instrumentação da execução, já que o procedimento executivo, *in casu*, é demorado, constituindo verdadeiro óbice na satisfação do direito buscado. Assim, a expedição do precatório antes do trânsito em julgado da decisão empresta, de certa forma, efetividade à decisão. Ademais, quando o caso exigir solução imediata, deverá haver modificação dos meios para a realização do direito, já que nem toda pretensão em face da Fazenda traduz-se em pecúnia, não constituindo o precatório, por isso, a única forma de concreção das determinações judiciais, quando o Estado for réu.

Destarte, o regime dos precatórios se afigura em âmbito constitucional, para dar efetividade às obrigações devidas pelo Poder Público, em decorrência da impossibilidade de incidência da penhora sobre os bens públicos.

Nessa esteira, os artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil, estabelecem a forma em que a execução ocorre em face da Fazenda Pública, o que, em verdade, configura um procedimento administrativo.

¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito apud ARAGON, Célio da Silva. Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881>>. Acesso em: 7 jul. 2009.

O provimento antecipatório possui natureza mandamental, independentemente da ação em que ele tiver sede, de forma que o magistrado fará emitir mandado para o cumprimento da ordem, com a utilização dos meios próprios para a realização do direito perseguido por intermédio da tutela.

Assim, mesmo em se tratando de ação condenatória, o precatório poderá ser inscrito antecipadamente na ordem de espera, de modo que o pagamento somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, ficando o numerário à disposição do juízo, se o pagamento pelo tribunal se der antes do trânsito, minimizando, com isso, os efeitos da demora e propiciando a concreção dos direitos de ação e a uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e célere.

A redação do artigo 100, da Constituição Federal, tem a seguinte redação:

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 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 37, de 2002)

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

(Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000 e Renumerado pela Emenda Constitucional n. 37, de 2002)

§ 6º 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. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000 e Renumerado pela Emenda Constitucional n. 37, de 2002)

No que tange aos créditos de natureza alimentar, o Código de Processo Civil, no artigo 475-O, § 2º, I, dispensa a prestação de caução, até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, desde que o exequente se encontre em estado de necessidade.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁹ defende que, mesmo em se tratando de valor superior a 60 salários mínimos, se o crédito tem natureza alimentar, a caução deve ser dispensada, uma vez que a *mens legis* da norma referida objetivou evitar abusos, de modo que não tem relação com o valor do importe requerido, mas com a necessidade do autor.

E continua o mencionado autor dizendo que, diante do direito fundamental à tutela efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), e considerando o disposto no artigo 100, § 3º, do mesmo diploma, é preciso entender que o precatório deve ser dispensado, em decorrência de obrigação, de qualquer natureza, definida em lei como de pequeno valor, mas que, em se tratando de tutela antecipada, a dispensa deve ocorrer quando restar demonstrado que o exequente necessita incontinenti dos alimentos, ainda que em valores que ultrapassem 60 salários mínimos, já que o valor dos alimentos, na medida de urgência, deve ser mensurado em cada caso concreto.

A Lei dos Juizados Especiais Federais (n. 10.259/2001) tem a seguinte redação, no que tange aos §§ 1º e 2º, de seu artigo 17:

[...]

§ 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.

[...].

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 333-334.

Decerto que, se a hipótese legal foi direcionada para o caso de inadimplemento de sentença pela Fazenda Pública, há de se aplicar a previsão no que concerne à Fazenda Distrital, Estadual ou Municipal, inobstante a ausência de norma expressa, para o cumprimento da norma constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF.

No que tange à exigência de trânsito em julgado para o pagamento do precatório e das obrigações de pequeno valor, com redação conferida pela Emenda Constitucional 30/2000, Fredie Didier Júnior. Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem que, na hipótese, há inconstitucionalidade, porquanto a inserção é contrária ao direito fundamental à tutela preventiva e efetiva. Referem, outrossim, que

Ainda que se repute a dita emenda conforme a Constituição, há outro argumento: trânsito em julgado não se confunde com *coisa julgada material*, sendo antes um pressuposto dela. *Trânsito em Julgado* é preclusão, irrecorribilidade, coisa julgada formal. Uma decisão que determina a tutela antecipada pode tornar-se indiscutível, no mesmo processo, pela coisa julgada formal. Assim, cumpre-se a exigência constitucional com o trânsito em julgado da decisão que antecipou a tutela.²⁰

Restringindo-se a questão dos precatórios às ações condenatórias, não há qualquer impedimento a que se antecipem os efeitos da tutela às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, devidas pela Fazenda Pública, bem assim às ações declaratórias e constitutivas.

É importante ressaltar que algumas dívidas pecuniárias do Poder Público, decorrentes de decisão judicial, não estão afetas ao regime dos precatórios:

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios: a) as dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF/88); [...]; c) dívidas contratuais (só há contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação) ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais: se o sistema de precatório é uma técnica criada para que o Poder Público programa-se para adimplir uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 590.

as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios.²¹

Em se tratando de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, a aplicação da tutela deverá observar os artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, e artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a aplicação de “multa”, conforme sustenta Luiz Guilherme Marinoni:

[...] é possível ordenar ao agente público que cumpra a ordem sob pena de crime de responsabilidade ou sob pena de pagamento de multa. É absurdo pensar que a multa não pode incidir em relação à autoridade pública, mas apenas em face da pessoa jurídica de direito público. O problema da efetividade do uso da multa em relação ao Poder Público repousa na sua própria natureza. Se a multa tem por objetivo compelir o réu a cumprir, é evidente que a sua efetividade depende da sua capacidade de intimidação e, assim, somente pode incidir sobre uma vontade. Ora, não deveria ser preciso lembrar que somente o agente público tem vontade. Não há lógica na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é evidente que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional. Caso a multa incidir sobre a pessoa jurídica de direito público, apenas o seu patrimônio poderá responder pelo não cumprimento da decisão. Nessa perspectiva, *a multa apenas vai acarretar despesas aos cofres públicos, acabando por ser paga pelos cidadãos.*²²

Ademais, no que tange à tutela antecipada em face do Poder Público para a entrega de coisa, insta consignar a sua impossibilidade nas ações possessórias, porquanto objetivam, recorrentemente, a entrega de determinada coisa, sem que haja a prévia oitiva do representante judicial do ente público respectivo, conforme regra inserta no artigo 928, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ainda, no que concerne à tutela antecipada para a entrega de coisa, quanto ao artigo 1º, da Lei n. 2.770/56, que veda a concessão de tutela antecipada, em qualquer hipótese, nas ações referentes à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael

²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 583.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 337.

Oliveira²³ concluem pela inconstitucionalidade da norma, por infração ao princípio do devido processo legal, uma vez que há a supressão da possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da Administração Pública.

Quanto ao argumento de impossibilidade de aplicação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, diante da remessa necessária (artigo 475, do Código de Processo Civil), é de se ressaltar que a antecipação da tutela ocorre por meio de decisão interlocutória, de modo que o duplo grau obrigatório se refere apenas às sentenças. Outrossim, o instituto em questão já era previsto para algumas hipóteses específicas, nas quais se enquadrava a Fazenda, sem que houvesse qualquer questionamento acerca do reexame obrigatório. Ainda, o artigo 273, do Código de Processo Civil, não tece qualquer restrição. Sobre o assunto, Marcelo Annunziata, citado por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, aduz o seguinte:

Se admitirmos que o art. 475 impede a concessão de tutela antecipada – o que se admite apenas a título de argumentação – uma vez que posterga a eficácia da sentença proferida à sua confirmação pelo tribunal, chegaremos à conclusão de que, em qualquer ação movida entre particulares, cuja sentença esteja sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo, também e pela mesma razão não poderá ser concedida tutela antecipada.²⁴

O citado artigo 475 não pode obstar a concessão da medida antecipatória em face do ente público, desde que presentes os pressupostos legais, sob pena de inconstitucionalidade, por ofensa ao direito à efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, uma vez que o autor não pode ter seu direito lesado, ou sofrer abuso em seu direito de defesa, ou quando o direito pugnado for evidente.

Ainda, sob pena de ofensa ao dispositivo constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, a lei ou a medida provisória não podem impedir que o jurisdicionado postule a tutela antecipada.

Em verdade, conforme pondera Hugo de Brito Machado²⁵, o artigo 475 tem por desiderato proteger o ente público de eventual inércia de seus

²³ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 591.

²⁴ ANNUNZIATA, Marcelo . apud DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 584.

²⁵ MACHADO, Hugo de Brito . apud ARAGON, Célio da Silva. Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881>>. Acesso em: 7 jul. 2009.

representantes judiciais. Assim, a sentença não difere nos seus efeitos, seja ela proferida em face do particular, seja em face da Fazenda Pública, de forma que, a entender que o artigo 475, do CPC, obsta a antecipação de tutela, o instituto também não poderia ser aplicado em qualquer caso, já que o recurso de apelação sempre poderá ser interposto e a sentença somente poderia ser executada após a confirmação pelo tribunal. A diferença existente entre os provimentos aludidos reside no fato de que a sentença proferida contra o ente público independe de apelação para se submeter ao duplo grau de jurisdição.

O duplo grau necessário significa apenas a reapreciação de um ato decisório, não obstando, contudo, a antecipação de efeito, uma vez que a medida de urgência visa à concretização do princípio constitucional do efetivo acesso à jurisdição.

Assim, consoante defendido pela doutrina majoritária, de que são adeptos, entre outros, Nélson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery²⁶, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁷, atualmente, é pacífico o entendimento de que é cabível a tutela antecipada em face do ente público.

Entrementes, é patente que as prerrogativas da Fazenda Pública impedem a antecipação do direito pleiteado, em algumas situações, inclusive como forma de proteção ao interesse público, de que é fator o ente público. Ademais, as especificidades da execução contra a Fazenda Pública não autorizam a plena satisfação do direito perseguido, em sede de antecipação de tutela.

Conforme aduzido por Alexandre Freitas Câmara²⁸, a doutrina que afirma a vedação absoluta da tutela antecipada frente à Fazenda Pública utiliza-se, basicamente, de dois argumentos, quais sejam, o reexame necessário a que estão sujeitas as sentenças proferidas contra o ente público e o regime especial de execução dos créditos em face do Poder Público.

Rafael Silva Salvador, citado por Célio da Silva Aragon, antes da edição da Lei n. 9.494/97, sustentou a impossibilidade de concessão da tutela antecipada

²⁶ NERY JÚNIOR, Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 452.

em face do ente público, invocando os argumentos acima rebatidos, quando alegou ser:

[...] impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí, haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.²⁹

Assim, aqueles que referem a proibição da aplicação da medida antecipatória em face da Fazenda Pública utilizam, outrossim, o argumento segundo o qual, se o reexame necessário não autoriza a produção de efeitos pela sentença senão depois confirmada pelo tribunal, quanto mais a decisão que antecipada os efeitos da tutela, já que constitui decisão interlocutória.

As vozes contrárias à aplicação do instituto da tutela ante o Poder Público, como Luciano Luiz Bandeira de Melo e Rogério de Freitas Caldas³⁰, mencionam, ainda, que a proibição não configura vedação ao princípio constitucional do acesso à justiça, de modo que a vedação objetiva o controle desse acesso, tendo em vista interesses maiores, pertencentes a toda a coletividade.

Ainda, poder-se-ia dizer que a concessão da tutela antecipada em face do ente público fere o artigo 188, do Código de Processo Civil, na medida em que reduz os prazos especiais deferidos ao Poder Público, maculando, dessarte, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Haveria, outrossim, infração ao disposto nos artigos 730, do CPC, e 100, da CF/88, uma vez que a legislação prevê procedimento especial para a execução e sua instrumentação quando a parte ré for a Fazenda Pública, infringindo, assim, o regime dos precatórios, além de disposições orçamentárias, que têm sede constitucional.

Todavia, conforme farta argumentação alhures tecida, todas as razões elencadas foram afastadas, considerando a melhor doutrina a respeito do tema.

Com efeito, inexistente colisão entre o instituto da tutela e a suspensividade recursal, do artigo 520, do CPC, já que, atendidos os requisitos do artigo 273, do

²⁹ SALVADOR, Rafael Silva apud ARAGON, Célio da Silva. Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881>>. Acesso em: 7 jul. 2009.

³⁰ MELO, Luciano Luiz Bandeira de; CALDAS, Rogério de Freitas. **Considerações sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. Disponível em <<http://www.cadireito.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2006.

CPC, não há que se falar em óbice ao deferimento da medida de urgência, ainda que em face do ente público.

Vale lembrar que as normas constantes dos artigos 475 e 520, do CPC, não se confundem, diante do fundamento distinto que ensejou a sua regulamentação. De fato, consoante acima citado, a regra do artigo 475 tem supedâneo no interesse público, que deve ser preservado ante a inação dos representantes judiciais do Poder Público.

Desta forma, a edição das Leis n. 8.437/92 e n. 9.494/97, que veio regulamentar a concessão de medida cautelar e de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, tendo sido julgadas constitucionais, as quais serão oportunamente analisadas, apenas corroboram a possibilidade de deferimento de medidas de urgência em decorrência de atos do Poder Público.

3.5 TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Conforme considerações tecidas no capítulo referente às generalidades do instituto da tutela antecipada em face do ente público, ainda que, em relação aos tributos, apenas os pedidos concernentes à repetição do indébito afastam a aplicação da tutela antecipada, porque se o litígio versa sobre a suspensão da cobrança de tributo, inexistente óbice ao deferimento da medida, quando presentes os requisitos legais: prova inequívoca da verossimilhança, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório. A possibilidade se encontra regulamentada, inclusive, no artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (***Inciso incluído pela Lcp n. 104, de 10.1.2001***)
(Vide Medida Provisória n. 38, de 13.5.2002)

[...]

Citamos, também, a posição de Hugo de Brito Machado³¹, referida por Célio da Silva Aragon, na qual o ilustre jurista defende a concessão da tutela nas ações alusivas à repetição do indébito, se inexistir controvérsia quanto aos fatos e o direito da parte estiver amparado em precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, quando a matéria tiver cunho infraconstitucional. Assim, com a concessão da tutela, o juiz determinará a expedição do precatório, cujo valor somente será revertido em benefício do requerente, após o trânsito em julgado da decisão de procedência. Se o pagamento ocorrer antes do trânsito, o dinheiro ficará depositado em conta judicial, até que aquele se efetue. Caso a ação seja julgada improcedente, o importe será convertido em renda do ente público. Para o renomado autor, a sentença, ainda que sem o trânsito em julgado, quando tenha havido a concessão da tutela antecipada, ou o deferimento por meio de decisão interlocutória, é título hábil a instruir o precatório.

Podemos, ainda, afirmar que a medida antecipatória pode ser deferida quando se tratar de compensação de tributos, uma vez que não há que se falar, na hipótese, de saída de dinheiro dos cofres públicos. Entrementes, vejamos o que dispõem os artigos 170-A, do Código Tributário Nacional, e o § 2º, do artigo 7º, da nova lei mandamental (12.016/2009):

Art. 170-A (CTN). É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. **(Artigo incluído pela Lcp n. 104, de 10.1.2001)**

Art. 7º.(Lei n. 12016/2009)

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...]

O artigo 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/92 e a Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça informam, no mesmo sentido:

³¹ MACHADO, Hugo de Brito apud ARAGON, Célio da Silva. Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881>>. Acesso em: 7 jul. 2009.

Art. 1º.(Lei n. 8.437/92)

[...]

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória n. 2,180-35, de 2001)

[...]

Súmula 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.

A doutrina, entretanto, ameniza o rigor dos dispositivos citados, sob o argumento de que o juiz não pode determinar a compensação liminar do tributo e a extinção do débito, em decorrência da norma proibitiva do artigo 156, X, do Código Tributário Nacional, que somente autoriza a extinção do crédito com o trânsito em julgado da decisão, de modo que ao magistrado compete delimitar os critérios a serem seguidos pelo contribuinte e pelo fisco para, em querendo, por sua conta e risco, efetuarem a compensação, conforme esclarecem Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira³².

3.6 TUTELA ANTECIPADA PELA PARTE INCONTROVERSA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

O artigo 273, § 6º, do Código de Processo Civil, permite a concessão da tutela antecipada “*quando um mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*” A norma mencionada trata de inserção promovida pela Lei n. 10.444/2002.

Não se exige, *in casu*, a presença dos pressupostos necessários à aplicação da antecipação da tutela, em decorrência da formação da coisa julgada material, presente na hipótese, diante do juízo de certeza, proveniente da incontrovérsia, com supedâneo numa cognição exauriente. Conquanto a lei denomine a situação de tutela antecipada, a doutrina refere tratar-se, na verdade, de “*um novo caso de julgamento antecipado parcial da lide*”³³, retratando um caso típico

³² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 592.

³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 222.

*de julgamento antecipado parcial ou fracionado da lide*³⁴ ou, ainda, *de resolução parcial do mérito*³⁵.

Assim, para a aplicação do artigo 273, § 6º, do CPC, faz-se mister que se verifique apenas a incontrovérsia do pedido ou de parte dele, bem assim a desnecessidade de produção de outras provas, nos moldes do que preceitua o artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil. A decisão pode, inclusive, caracterizar-se pela irreversibilidade.

Como o julgamento antecipado da lide (artigo 330, do CPC), a concessão parcial da tutela antecipada independe de pedido expresso da parte a quem interessa, de modo que o magistrado pode aplicar a norma de ofício.

Se a incontrovérsia resultar de inação da Fazenda Pública em não refutar determinado pedido ou parte dele, em face dela não se pode aplicar a regra do artigo 273, § 6º, do Código de Processo Civil, porquanto o interesse defendido, *in casu*, é indisponível, não se aplicando, assim, os efeitos da revelia (artigo 320, inciso II, do CPC), de forma que o ente público também não se submete ao ônus da impugnação especificada dos fatos (artigo 302, inciso I, do CPC). Portanto, o autor deverá provar todos os fatos trazidos aos autos.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta, citado por Leonardo José Carneiro da Cunha³⁶, conclui pela possibilidade de aplicação da tutela antecipada, com esteio no artigo 273, § 6º, do CPC, quando, além da incontrovérsia, o direito da parte estiver, também, amparado em declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou em súmula de Tribunal Superior.

Para a aplicação do “*julgamento antecipado parcial da lide*” em ação ajuizada contra o Poder Público faz-se necessária a presença dos pressupostos exigidos para o julgamento antecipado da lide, uma vez que se trata do mesmo instituto jurídico, quais sejam, a desnecessidade de que seja carreada aos autos qualquer outra prova, além das que já constam no feito, e a incontrovérsia.

Entrementes, ainda que presentes os requisitos acima descritos, se incidir na hipótese a vedação legal a que se conceda a tutela antecipada em face da

³⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 222.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 222.

³⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 224-225.

Fazenda Pública, não será possível a aplicação do § 6º, do artigo 273, do CPC, eis que são aplicáveis à espécie as normas que proíbem a antecipação da tutela em face do ente público. De fato, sempre que houver a vedação a que se defira a tutela antecipada, proíbe-se, em verdade, a execução provisória do julgado, permitindo-se apenas a execução definitiva, conforme nos ensina Leonardo José Carneiro da Cunha³⁷.

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 225.

4 RECURSOS CONTRA A DECISÃO QUE ANTECIPA A TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Geralmente, a tutela antecipada é apreciada por meio de uma decisão interlocutória, acerca da qual cabe, para a sua impugnação, o recurso de agravo de instrumento, ao qual se pode conferir efeito suspensivo, com fulcro no artigo 558, *caput*, do Código de Processo Civil.

Não há que se falar na hipótese de agravo retido, já que ele não se presta a resolver situações de urgência. Com efeito, o artigo 522, *caput*, do CPC, dispõe que o agravo por instrumento terá cabimento “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissibilidade da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.

É possível, outrossim, o ajuizamento de pedido de suspensão, que será dirigido ao presidente do respectivo tribunal, cujo desiderato é o sobrestamento quanto ao cumprimento da liminar ou da ordem concedida, afastando a determinação judicial quanto à execução da medida pela Fazenda Pública.

O pedido de suspensão de liminar ou de segurança, cuja terminologia adotada é a suspensão de segurança, por ter sido o pedido criado para a suspensão dos efeitos da liminar ou da segurança concedida, é conferido às pessoas jurídicas de direito público, por meio de leis esparsas, toda vez que restar configurada lesão a um interesse público relevante, como forma de afastar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Hodiernamente, a lei que regula o Mandado de Segurança, Lei n. 12.016/2009, dispõe, em seu artigo 15, o seguinte:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Entretanto, a medida era prevista no artigo 4º, da Lei n. 4.348/1964, que foi revogada pelo diploma supracitado.

Todavia, atualmente, o pedido de suspensão tem aplicabilidade em todos os procedimentos em que há a concessão de provimentos de urgência em face do ente público, ou quando a sentença for impugnada por recurso dotado de efeito meramente devolutivo.

A possibilidade encontra respaldo no fato de que a toda cautela concedida contra o Poder Público existe, em contraposição, uma contracautela, de modo que, hoje, pode-se dizer que há a suspensão de liminar, a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelar, a suspensão de tutela antecipada, entre outras, ressalvada a hipótese do controle abstrato de constitucionalidade, por inadequação da via, conforme refere Leonardo José Carneiro da Cunha³⁸.

Disposição semelhante consta na Lei da Ação Civil Pública, no artigo 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85. Na lei que regulamenta o *habeas data* há, outrossim, a previsão do pedido de suspensão, no artigo 16 (Lei n. 9.507/97).

Especificamente no que tange à tutela antecipada, o pedido de suspensão tem cabimento por força do artigo 1º, da Lei n. 9.494/97, que determina a aplicação do artigo 4º, da Lei n. 8.437/92, à tutela antecipada concedida em face do ente público, cuja redação se assemelha ao excerto acima transcrito, em sede de mandado de segurança. O artigo 4º, da Lei n. 8.437/92, regulamenta o pedido de suspensão, quanto às liminares e cautelares deferidas em face da Fazenda Pública, de modo que a disposição se aplica às sentenças proferidas na ação cautelar

³⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 433.

inominada, na ação popular e na ação civil pública, enquanto não se verificar o trânsito em julgado, consoante o § 1º, do aludido artigo 4º.

O pedido de suspensão não tem a natureza jurídica de recurso, configurando-se como um incidente processual, de forma que inexiste vedação a que se utilize o agravo de instrumento e o pedido suspensivo, simultaneamente, já que estará preservado, assim, o princípio da singularidade ou unirrecorribilidade das decisões, mediante o qual, para cada ato judicial, o ordenamento prevê apenas um recurso, proibindo, dessarte, a interposição cumulativa para atacar o mesmo ato, ressalvada a hipótese dos recursos especial e extraordinário, cuja interposição deve ocorrer de modo concomitante, necessariamente.

De fato, o artigo 4º, § 6º, da Lei n. 8.437/92, aplicável à tutela antecipada em face da Fazenda Pública, por força do artigo 1º, da Lei n. 9.494/97, esclarece que o agravo de instrumento “não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão”.

Com efeito, as medidas referidas possuem desideratos distintos; enquanto o agravo na forma de instrumento objetiva a reforma ou anulação da decisão, o pedido de suspensão pretende a sustação de seus efeitos. Demais disso, a interposição do agravo se sujeita à preclusão temporal, de modo que o pedido de suspensão pode ser feito até o trânsito em julgado da decisão, inferência extraída do § 1º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/92.

Na Ação Direta de Constitucionalidade n. 4, com efeito vinculante e *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei n. 9.494/97, que estabelece restrições à concessão da tutela antecipada em face do ente público, em algumas situações.

Assim, em sendo deferida a medida numa das hipóteses vedadas, é cabível uma Reclamação Constitucional à Suprema Corte como meio de garantir a autoridade de suas decisões, de acordo com o disposto no artigo 156, do Regimento Interno do STF. Não se pode olvidar, contudo, que a proibição não se aplica às causas de natureza previdenciária, consoante menção no tópico acerca das leis fundamentais, entendimento sumulado no enunciado n. 729, do Pretório Excelso.

Conforme leciona Leonardo José Carneiro da Cunha³⁹, a utilização simultânea de todas as medidas anteriormente referidas não se afigura vedada pelo

³⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 232.

sistema, uma vez que a Reclamação Constitucional também não se trata de um recurso, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao princípio da singularidade, acima referido. Conforme o mencionado autor, citando Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, a Reclamação é “uma ação, ajuizada originariamente no Tribunal Superior, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados”⁴⁰.

Nada obsta, portanto, a que a Fazenda Pública ajuíze todas as medidas concomitantemente, apenas duas, ou cada uma de per si.

Por fim, cumpre lembrar que, se a antecipação da tutela em face do Poder Público for concedida na sentença, o recurso cabível será a apelação ao tribunal competente, podendo ser efetuado o pedido de efeito suspensivo anteriormente descrito.

⁴⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 232.

5 CONCLUSÃO

A Fazenda Pública, como guardiã do interesse público, dispõe de uma série de prerrogativas legais, quando figura em juízo ou fora dele, no âmbito material e processual.

Assim, o ente público dispõe de prazos diferenciados para contestar ou para recorrer (artigo 188, do CPC), de um procedimento específico para a execução de julgados em que figure no pólo passivo (artigo 730, do CPC e artigo 100, da CF), a sentença proferida em seu desfavor requer a remessa necessária ao tribunal *ad quem*, como condição ao trânsito em julgado da decisão (artigo 475, do CPC), entre outras prerrogativas, as quais são legalmente asseguradas, em decorrência do interesse patrocinado, alusivo à coletividade.

Conforme se discorreu em capítulo próprio, as normas que buscam proteger a Fazenda Pública em juízo constituem mecanismo para assegurar a efetividade do princípio isonômico, na medida do interesse defendido, que pertence a todos.

Nessa esteira, a legislação autoriza o deferimento da tutela antecipada em face do ente público, mas impõe restrições à sua concessão. Os principais diplomas legais a tratar da matéria são a Lei n. 9.494/97 e a Lei n. 8.437/92. Todavia, hodiernamente, temos um sistema de tutelas de urgência, com leis que se aplicam a um só tempo às medidas liminares, cautelares e antecipatórias em face do Poder Público.

Portanto, em regra, é cabível a antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, entretanto, a lei veda a medida em algumas situações para salvaguardar o interesse público. Desta forma, para o deferimento da antecipação, além dos requisitos insertos no artigo 273, 461 ou 461-A, do CPC, conforme a natureza da obrigação, deverão estar ausentes, também, as situações restritivas à concessão.

As justificativas embasadoras contra o provimento antecipatório frente ao ente público são a de que a decisão proferida deve se submeter ao reexame necessário (artigo 475, do CPC), como condição de eficácia, bem assim que a execução pressupõe sentença transitada em julgado e pagamento por meio do regime dos precatórios (artigos 100, da CF e 730, do CPC).

Todavia, algumas hipóteses dispensam as formalidades sobreditas, diante da urgência do direito reclamado, mediante o preenchimento dos requisitos legais.

Assim, a decisão antecipatória do direito constituiria título hábil a instruir o precatório, cujo numerário ficaria à disposição do juízo, caso houvesse o pagamento antes do trânsito em julgado da decisão de procedência. A improcedência do pedido importaria a conversão do importe depositado em favor do ente governamental.

Ademais, muitas vezes o direito perseguido não se relaciona ao pagamento de quantia, referindo-se às obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, em que não há que se falar em pagamento por meio de precatório.

Portanto, negar a concessão da tutela antecipada à parte, ainda que em face da Fazenda Pública, desde que presente a situação de urgência, implica a inobservância ao comando constitucional insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, concernente ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, na medida em que o dispositivo pretende assegurar uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, ensejando a efetividade do direito buscado.

REFERÊNCIAS

ARAGON, Célio da Silva. Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881>>. Acesso em: 04 set. 2009.

BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada. **Revista da ESMAPE**, v. 2, n. 3, p. 233-260, jan./mar. 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Luciano Luiz Bandeira de; CALDAS, Rogério de Freitas. **Considerações sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <<http://www.cadireito.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2006.

NERY JUNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANEXO

ANEXO A – Jurisprudências

“Reclamação **em** que se postula a cassação de **tutela antecipada** que assegurou o não pagamento de contribuição previdenciária por parte de servidor inativo. 2. Alegada violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 4 (Relator: Ministro Sydney Sanches). 3. A decisão proferida na ADC no 4, no sentido **da** constitucionalidade do art. 1º **da** Lei n. 9.494, de 1997, não impede a concessão de **tutela antecipada em face da Fazenda Pública**, com exceção **das** hipóteses expressamente descritas **em** referida Lei (Precedente: Rcl 798-PA, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI). Nesse sentido, esta Corte julgou improcedentes as Reclamações 1.015 e 1.122, **da** relatoria do Ministro Néri **da** Silveira, por entender que a decisão na ADC n. 4 não se aplica **em** matéria de natureza previdenciária. 5. Reclamação que se julga improcedente.” (Rcl 1603, STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 19-12-2002, p. 72)

“MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. **Tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário, nem vantagem pecuniária. Ofensa **à** liminar deferida na ADC n. 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da Lei n. 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende **a** decisão liminar proferida na ADC n. 4, **a** antecipação de **tutela** que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório.” (Rcl-AgR 5174, STF, Relator Ministro Cezar Peluso, DJE 05-02-2009, p. 205)

“RECLAMAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE **TUTELA** EM AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE REMUNERAÇÃO. REAJUSTE. CONTRARIEDADE AO QUE O STF DECIDIU NO JULGAMENTO DA ADC 4-MC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. É pacífico o entendimento da Corte no sentido de que há descumprimento da ordem da ADC 4 quando **a tutela antecipada contra a Fazenda Pública** envolve pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, ainda que sob **a** forma de "reajuste". Agravo regimental **a** que se nega provimento. Decisão unânime.” (Rcl-AgR 2005, STF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 23-09-2005, p. 06)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO.

COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação ordinária c/c pedido de **tutela antecipada** ajuizada **em face** do Estado, objetivando o fornecimento dos medicamentos Interferon Alfa e Ribavirina 250mg, indicados para paciente portador de Hepatite Crônica. 2. A função **das** astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento **da** obrigação e incide a partir **da** ciência do obrigado e **da** sua recalcitrância. 3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que **em** virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição **das** astreintes objetiva assegurar o cumprimento **da** decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, **em** se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo **da** execução, de ofício ou a requerimento **da** parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a **Fazenda Pública**." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. 6. À luz do Princípio **da** Dignidade **da** Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos **da** República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade **da** regra constitucional que consagra o direito à saúde. 7. Agravo Regimental desprovido." (AGRESP 855787, STJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 27-11-2006, p. 258)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 273 DO CPC. SÚMULA 07-STJ. ART. 475 DO CPC. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ANTECIPAÇÃO DE **TUTELA** CONTRA A **FAZENDA PÚBLICA**. POSSIBILIDADE. CASO NÃO INCLUÍDO NA EXCEPCIONALIDADE **DA** LEI n. 9.494/97. I - Não se conhece do recurso especial por ofensa ao art. 273, caput e § 2º, do CPC, porquanto a constatação dos requisitos legais para a concessão **da tutela antecipada** demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório (Súmula n. 07/STJ). II - O reexame necessário não pode obstar os efeitos **da** antecipação de **tutela**, porquanto a decisão liminar, além de objetivar a garantia **da** efetiva execução de sentença, não se trata de sentença definitiva, conforme dicção do art. 475 do CPC. Ainda assim, a medida antecipatória não impede a sua confirmação por meio **da** sentença de mérito, posteriormente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Precedentes. III - Cabe a concessão de antecipação

de **tutela** para a participação do autor no Curso de Formação para o Cargo de Delegado **da** Polícia Federal, porquanto devem ser interpretados restritivamente os arts. 1º e 2º-B **da** Lei n. 9.494/97. Precedentes. Agravo regimental desprovido.” (AGRESP 719846, STJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 01-07-2005, p. 620)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **FAZENDA PÚBLICA**. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO. ART. 2º-B **DA** LEI N. 9.494/97. PENSÕES ESTATUTÁRIAS. REVISÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. I - Descabe falar **em** afronta aos artigos 458, inciso II, e 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pois houve a apreciação **da** matéria suscitada nos embargos de declaração possibilitando, inclusive, sua análise **em** sede especial. II - Esta Corte tem se pronunciado no sentido **da** possibilidade de execução provisória contra a **Fazenda Pública** e que nessa hipótese, **em** se tratando de verba de natureza alimentar, é dispensável a prestação de caução. III - O artigo 2º-B, **da** Lei n. 9.494/97, impôs a necessidade do trânsito **em** julgado para a execução de sentenças que determinem a liberação de recurso, inclusão **em** folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, devendo a norma ser interpretada restritivamente. IV - Não foram incluídas na vedação as revisões de pensões estatutárias, motivo porque inexistente óbice à execução provisória quando presente essa situação. Com efeito, via de regra, os titulares de pensões são pessoas **em** idade avançada ou portadores de necessidades especiais, onde é imperiosa a imediata satisfação do direito, sob risco de que, **em face da** demora, o provimento jurisdicional seja inócuo. V - Entendimento, **em** hipótese análoga, que deu origem ao enunciado n. 729 **da** Súmula do Pretório Excelso: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de **tutela em** causa de natureza previdenciária.” Recurso não-conhecido.” (RESP 608704, STJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 01-07-2004, p. 271)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CURSO DE FORMAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSÃO **DA TUTELA ANTECIPADA** CONTRA A **FAZENDA PÚBLICA**. POSSIBILIDADE. I - A antecipação de **tutela em** desfavor **da Fazenda Pública** pode ser concedida, quando a situação não está inserida nas impeditivas hipóteses **da** Lei n. 9.494/97. Precedentes. II - In casu, a decisão de antecipação **da tutela em face da Fazenda Pública**, excepcionalmente, não se sujeita ao reexame necessário (art. 475, caput, do CPC), mesmo porque o pretendido direito do autor pereceria ao tempo **da** sentença confirmatória do duplo grau de jurisdição,

tornando-a inócua. Recurso provido.” (RESP 437518, STJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 12-08-2003, p. 251)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DL N. 2.288/86. RESTITUIÇÃO PELA VIA DA ANTECIPAÇÃO DA **TUTELA**. CERTEZA DO CRÉDITO, MAS ILIQUIDEZ. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 38, da Lei n. 8.038/90, c/c o art. 557, do CPC, entendeu em não emprestar caminhada ao recurso especial, negando-lhe, assim, seguimento. 2. Debate desenvolvido no curso da presente ação, ora examinada em grau de recurso especial, acerca da possibilidade de se restituir quantia recolhida a título de empréstimo compulsório decorrente da aplicação do Decreto-Lei n. 2.288/86 através de antecipação da **tutela**. 3. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à **tutela antecipada** pleiteada, a fim de possibilitar a restituição almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que, nos termos dos arts. 100, da Carta Magna, e 730, do CPC, a restituição do indevido deve ser feita mediante precatório. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a **repetição do indébito** autorizada por lei. 4. Créditos que não se apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da **tutela**. 5. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os institutos da **repetição de indébito** e da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a **tutela** da ação, não é permitido. 6. Teses desenvolvidas pela agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção. 7. Agravo regimental improvido.” (AGRESP 221014, STJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 29-11-1999, p. 133)