

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**VEDAÇÕES ÀS MEDIDAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE  
DA FAZENDA PÚBLICA**

Vanessa Yoshiura

Presidente Prudente/SP  
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**VEDAÇÕES ÀS MEDIDAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE  
DA FAZENDA PÚBLICA**

Vanessa Yoshiura

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
conclusão do Curso de Pós-graduação  
*lato sensu* em Direito Civil e Direito  
Processual Civil, sob a orientação do  
Professor Doutor Gilberto Notário Ligerio

Presidente Prudente/SP  
2015

# VEDAÇÕES ÀS MEDIDAS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Trabalho de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* aprovado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processo Civil

---

Gilberto Notário Ligerio

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Presidente Prudente/SP

2015

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”

**Voltaire**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por sempre ter guiado e iluminado minha vida, dando-me o suporte necessário para percorrer o meu trajeto.

Aos meus pais, pela paciência, amor, incentivo e compreensão.

E, por fim, ao meu orientador Gilberto Notário Ligerio, que me apoiou e colaborou para a elaboração e conclusão deste presente trabalho, demonstrando enorme capacidade de transmitir o seu vasto conhecimento.

## RESUMO

O tema acerca das vedações à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública vem se tornando, nos últimos anos, muito importante na jurisprudência nacional, diante do enorme número de demandas que estão sendo propostas no Poder Judiciário, normalmente ligadas aos direitos fundamentais, para a concessão de medidas antecipatórias que, desde o início, se mostram faticamente irreversíveis, o que acaba por causar grande prejuízo ao erário público e, por consequência, a toda população. Para bem compreender o assunto, estuda-se, inicialmente, a Fazenda Pública, seu conceito e abrangência, sua representação judicial, as prerrogativas processuais que detém e a razão do princípio da isonomia e do interesse público desaguarem num necessário tratamento diferenciado ao ente estatal. Também é necessário discorrer acerca do instituto da antecipação de tutela, qual a sua conceituação e finalidade no processo civil brasileiro, as diferenças entre tutela antecipada e cautelar, as características, espécies e requisitos das espécies de antecipação, bem como o momento em que se deve concedê-la, revogá-la ou modificá-la. Por fim, aborda-se o tema específico da tutela antecipada em face do Poder Público: quando é possível o seu cabimento, quando não, quais as razões para as vedações legais acerca da medida antecipatória contra a Fazenda Pública, qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 e, por último, como solucionar o problema do embate entre interesse individual versus interesse coletivo e qual a influência do princípio da reserva do possível neste conflito.

**Palavras-chave:** Vedações à Antecipação da Tutela. Fazenda Pública. Interesse Público. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. ADC nº 4. Princípio da Reserva do Possível.

## ABSTRACT

The theme about the seals to the temporary relief against the Treasury has become, in recent years, very important in national jurisprudence, before the huge number of demands that are being proposed in the judiciary, usually related to fundamental rights, to grant anticipatory measures which, from the beginning, it shows factually irreversible, which turns out to cause great losses to the public purse and, consequently, the entire population. To do so, will study up, initially, the Treasury, its concept and scope, its judicial representation, procedural prerogatives which owns and the reason of the principle of isonomy and flowing into public interest in a necessary differential treatment to the state entity. It will be also needed to argue about the temporary relief institute, which its concept and purpose in the Brazilian civil procedure, the differences between temporary and injunctive relief, its features, species and requirements of the species of anticipation, well as the timing in which to provide it, revoke it or modify it. Finally, will be addressed the specific issue of temporary relief in the face of the government, when its pertinence is possible, if not, the reasons for the legal prohibitions on the anticipatory measure against the Treasury, which the understanding of the Supreme Court on the Declaratory Action of Constitutionality nº 4 and, finally, how to troubleshoot the problem of the clash between individual interest versus collective interest and the influence of the principle of possible reserve in this conflict.

**Keywords:** Prohibitions on Temporary Relief against the Treasury. Public Interest. Declaratory Constitutionality Action nº 4. Principle of Possible Reserve

# SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>10</b> |
| <b>2 DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....  | <b>12</b> |
| 2.1 Conceito e Abrangência do Termo Fazenda Pública .....  | 12        |
| 2.2 Representação Judicial da Fazenda Pública.....   | 16        |
| 2.2.1 A representação da União.....  | 17        |
| 2.2.2 A representação dos demais entes federativos: Estados, Distrito Federal e Municípios .....             | 19        |
| 2.3 Princípio da Isonomia e Interesse Público: Necessidade de Tratamento Diferenciado à Fazenda Pública..... | 21        |
| 2.4 Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública .....   | 29        |
| 2.4.1 Prazos alargados para responder e recorrer .....   | 29        |
| 2.4.2 Desnecessidade de adiantamento das despesas processuais .....  | 32        |
| 2.4.3 Dispensa de preparo e de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória .....                     | 34        |
| 2.4.4 Intervenção anômala da Fazenda .....   | 36        |
| 2.4.5 Reexame necessário.....  | 38        |
| 2.4.6 Pagamento de condenações por meio de precatórios ou requisição de pequeno valor.....                   | 41        |
| <b>3 DA TUTELA ANTECIPADA</b> .....  | <b>43</b> |
| 3.1 Conceitos e Características da Tutela Antecipada.....  | 45        |
| 3.2 Diferenças entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar .....   | 49        |
| 3.3 Espécies de Tutela Antecipada e seus Requisitos.....   | 55        |
| 3.3.1 Requisitos genéricos .....   | 56        |
| 3.3.1.1 Requerimento .....   | 56        |
| 3.3.1.2 Reversibilidade fática da medida.....  | 58        |
| 3.3.1.3 Prova inequívoca da verossimilhança das alegações .....  | 60        |
| 3.3.2 Requisitos específicos (espécies de tutela antecipada) .....   | 62        |
| 3.3.2.1 Fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação .....                            | 63        |
| 3.3.2.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....                           | 64        |
| 3.3.2.3 Incontrovérsia do pedido ou de parte dele .....  | 66        |
| 3.4 Momento da Antecipação da Tutela.....  | 69        |
| 3.5 Eficácia Temporal e Revogação ou Modificação da Tutela Antecipada.....                                   | 71        |
| 3.6 Da Tutela Antecipada no Novo Código de Processo Civil.....   | 73        |
| <b>4 DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....   | <b>76</b> |
| 4.1 Da Possibilidade de Antecipar os Efeitos da Tutela em face da Fazenda Pública .....                      | 76        |
| 4.2 Evolução Legislativa sobre a Tutela Antecipada em face do Poder Público .....                            | 81        |
| 4.2.1 Lei nº 2770/56 .....   | 82        |
| 4.2.2 Lei nº 4348/64 .....   | 82        |
| 4.2.3 Lei nº 5021/66 .....   | 83        |
| 4.2.4 Lei nº 8076/90 .....   | 84        |
| 4.2.5 Lei nº 8437/92 .....   | 84        |



|   |            |
|---|------------|
| 4.2.6 Lei nº 9494/97 .....  | 86         |
| 4.2.7 Lei nº 12016/09 .....   | 87         |
| 4.3 ADC nº 4 e Entendimento do Supremo Tribunal Federal .....   | 88         |
| 4.4 Hipóteses em que é Vedada a Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública e Fundamento das Restrições..... | 93         |
| 4.5 Direito Individual versus Interesse Público/Coletivo e Teoria da Reserva do Possível.....                     | 100        |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>  | <b>108</b> |
| <b>ANEXO DE LEGISLAÇÃO .....</b>  | <b>112</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>118</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, ao se falar tutela jurisdicional, vem à mente a ideia de efetividade do instrumento processual, tão propalada na doutrina e desejada na praxe jurídica.

O legislador, com o intuito de, cada vez mais, implementar a efetividade no processo, incluiu diversos institutos na legislação pátria, como o artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual acabou por generalizar a medida antecipatória para todos os tipos de procedimento, já que, antes do dispositivo ora citado, a medida era restrita a (poucos e) determinados procedimentos especiais do direito processual civil.

Não obstante esta generalização, a prática jurisdicional demonstra que, conquanto a tutela antecipada corresponda a um meio de conferir maior efetividade ao processo, a mesma não pode ser aplicada irrestritamente. Ela está incluída em um sistema constitucional e legal, que comporta diversas normas, as quais protegem e conferem outros diferentes direitos e garantias. É nesta seara que se aloca a problematização deste trabalho.

Um dos escopos do sistema jurídico é a proteção do interesse público. Referido interesse é aquele que abarca o que o coletivo entende como fundamental para a manutenção de uma vida digna à pessoa e da coexistência pacífica entre os indivíduos.

Tendo em vista a eleição do Poder Público como protetor do interesse público, cabe ao mesmo a gestão do patrimônio público e decisão sobre qual a melhor forma de utilizar os recursos do erário, de modo que, dentro do possível, atinja – efetivamente – mais pessoas com as suas ações e o cumprimento das metas governamentais.

Para que seja capaz de gerir os recursos públicos, a legislação confere à Fazenda Pública diversas prerrogativas processuais, que se explicam pela importância do objeto que protege.

Ocorre que, não são poucos aqueles que enxergam as prerrogativas processuais que detém o Poder Público como meras vantagens odiosas, as quais colocam o Estado numa situação de intocabilidade frente ao particular. Os que

assim pensam alegam a inconstitucionalidade destes dispositivos, com fundamento no ferimento ao princípio da isonomia.

Mas, como é cediço, a isonomia não pode ser traduzida como simples regra de tratamento igualitário que deva se sobrepor a todas as pessoas indistintamente, já que todos são diferentes e, tratando-as da mesma forma, nada mais se fará do que prorrogar esta desigualdade. Portanto, não há inconstitucionalidade em se levar em consideração as peculiaridades de cada qual quando da criação das regras jurídicas impositivas, o que, logicamente, deve ocorrer dentro de uma reserva do possível.

Com este pensamento que se criou esse conjunto de prerrogativas ao Poder Público que está em juízo, chamado de regime jurídico de direito público, fundamentado na indubitável necessidade estatal, seja em decorrência da complexidade da estrutura administrativa de seus órgãos ou pessoas, aliada ao volume de demandas que são propostas em face do Estado, seja porquê (e principalmente) o ente público tutela finalisticamente interesses da sociedade (interesse público primário).

Assim, com estas premissas expostas que se buscou demonstrar a necessidade da existência de limitações à possibilidade de concessão de antecipações de tutela em lides nas quais o Poder Público está no polo passivo, tendo em vista o prejuízo à própria coletividade que uma decisão judicial equivocada – ou que não seja reversível ao “status quo ante” – pode causar.

Para tanto, analisou-se, inicialmente, as peculiaridades da Fazenda Pública, sua conceituação, abrangência, representação e prerrogativas processuais, discorrendo e explicando as razões do merecimento deste tratamento legal diferenciado.

Após, adentrou-se no estudo do tema acerca da antecipação da tutela, *lato sensu*, indispensável para boa compreensão do assunto principal deste trabalho, tendo em vista que o último corresponde a um braço do primeiro.

Por fim, explanou-se sobre a tutela antecipada ajuizada contra o Poder Público e suas diferenças para com a medida antecipatória proposta em face de particulares.

Na elaboração da presente monografia realizou-se pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais e utilizou-se dos métodos dedutivo, histórico e comparativo.

## 2 DA FAZENDA PÚBLICA

O tema escolhido para o primeiro capítulo deste trabalho foi sobre as particularidades acerca da Fazenda Pública. A razão desta seleção deriva da lógica: não se consegue bem compreender um assunto específico se seu objeto geral não se encontra bem delimitado.

Assim, primeiro se explicará o que compreende a expressão Fazenda Pública, traçando as suas especificidades, para depois perceber o motivo das limitações impostas pelo direito processual civil nas hipóteses de decisões que são contrárias aos interesses que ela protege.

### 2.1 Conceito e Abrangência do Termo Fazenda Pública

A expressão Fazenda Pública pode ser conceituado sob duas acepções distintas: em termos administrativos e em termos processuais.

Na acepção administrativa, Fazenda Pública indica o que tradicionalmente se entende por órgão governamental responsável pelas finanças públicas, ou seja, parte da Administração Pública que se destina à gestão econômica do erário e de suas políticas respectivas.

Neste sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha:

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização, com frequência, da terminologia Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda, para designar, respectivamente o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo<sup>1</sup>.

Como se depreende da explanação ora colacionada, verifica-se que o termo Fazenda Pública, sob a ótica administrativa, está umbilicalmente relacionado

---

<sup>1</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 15.

com o verbete erário. Diz-se tradicional a expressão pois, até a promulgação da Constituição de 1988, pensava-se somente sob o vértice patrimonialista que dela derivava: o interesse orbitava principalmente na arrecadação de receitas, na quantificação das despesas existentes, nas finanças públicas. O paradigma não era a pessoa, como hodiernamente, mas sim o patrimônio<sup>2</sup>.

Por sua vez, Fazenda Pública também pode ser conceituada sob a sua faceta processual: quando utilizado o termo há demonstração de que se faz presente em juízo um ente público.

Essa designação tem importância em razão de ser o erário público (patrimônio público) aquele que sofrerá os encargos financeiros decorrentes das demandas contra a Fazenda Pública.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda<sup>3</sup>.

Para que não haja confusão sobre o exposto, há que se ressaltar que, não obstante ser o erário público aquele que suportará as eventuais condenações impostas ao Poder Público e que o termo Fazenda Pública sob a ótica administrativa estar ligado às finanças públicas, nem sempre o objeto dos autos será de natureza fiscal ou financeira.

Não se pode afirmar que a Fazenda Pública só estará em juízo quando a discussão se cingir a estas questões, haja vista o ente público poder litigar, em

---

<sup>2</sup> Após a promulgação da Constituição da República de 1988, estabeleceu-se uma releitura de toda a normatização infraconstitucional: o patrimônio deu lugar à pessoa, ao respeito à sua dignidade. Não se fala mais em áreas estanques compostas de direito público e de direito privado: passou-se a analisar o sistema unitariamente e com um paradigma, qual seja, a pessoa. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias: “ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), além da *erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º, III e IV), a Lex Fundamentallis de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o direito privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12-13).

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 590.

qualquer dos polos da demanda, em questões fiscais/financeiras ou não. Ademais, o Poder Público pode litigar até em demandas que não são patrimoniais, quais sejam, que não visam qualquer condenação pecuniária.

Pois bem. Conceituada a expressão Fazenda Pública, indispensável que haja definição de *ente público*, afinal, a primeira decorre da segunda. Ente público é a pessoa jurídica de direito público (Administração Pública), ou seja, qualquer dos entes federativos (União, Estado, Município ou Distrito Federal), além de suas autarquias ou fundações públicas (de direito público).

Somam-se a estas pessoas as agências reguladoras, as agências executivas e as associações públicas de direito público.

As primeiras são, em verdade, autarquias especiais dotadas de maior autonomia financeira e administrativa, poder normativo ampliado e poder judicante, para atingirem seu fim: a regulação de determinadas áreas específicas dos serviços públicos e de atividades privadas<sup>4</sup>.

As agências executivas nada mais são do que autarquias ou fundações públicas (pessoas jurídicas de direito público) que assinam um contrato de gestão com o respectivo órgão público no intuito de reestruturá-lo e desenvolvê-lo por meio de um plano estratégico.

Em terceiro lugar, associações públicas são acordos pactuados entre entes da federação para a conclusão de uma gestão associada dos serviços públicos comuns prestados à população.

Como se vê, as três figuras nada mais são do que órgãos públicos ou pessoas jurídicas de direito público que recebem outra denominação em decorrência de acontecimentos ou características especiais. Por isso, não há óbice de que estão incluídas no conceito de Fazenda Pública.

Noutro vértice, não se incluem nesta acepção os entes públicos de direito privado: sociedades de economia mista e empresas públicas. Isso porque, como é sabido, tais entes são criados para o exercício de atividade econômica, em concorrência com a iniciativa privada, apesar de possuírem capital público (parcial

---

<sup>4</sup> “As agências reguladoras foram instituídas a partir da década de 90, período marcado pela diminuição da intervenção estatal direta na economia e por ideais liberais consagrados no ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93).

ou total, respectivamente). Por este motivo, a Constituição da República<sup>5</sup>, em seu artigo 173, parágrafo 2º, veda a concessão de privilégios fiscais às empresas estatais se não houver idêntica cedência às empresas privadas.

A ordem econômica atualmente vigente é calcada, dentre outros, no princípio da livre-iniciativa, o qual deve ser protegido pelo Estado e não violado por ele<sup>6</sup>.

Excepcionalmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) equiparou a empresa pública ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) aos entes que compõe a Fazenda Pública. Afirmaram que, conquanto esteja revestida com a roupagem empresa pública, é uma entidade que se volta à realização de um serviço público da União, por isso merece tal equiparação<sup>7</sup>.

Nota-se que, com este novo entendimento, as barreiras estanques que separavam as pessoas jurídicas de direito público das de direito privado foram relativizadas, confundindo e mesclando os regimes jurídicos, que, a priori, eram opostos.

Como consequência desta inserção da Empresa Pública referida dentro do conceito de Fazenda Pública, as prerrogativas e os instrumentos dos entes de direito público são estendidos a uma pessoa jurídica de direito privado. Isso faz o intérprete concluir que a classificação, por si só, está perdendo importância. As finalidades institucionais estão passando a constituir o novo parâmetro para a concessão ou não de prerrogativas públicas.

---

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 173. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

<sup>6</sup> “No Brasil, somente a partir da Constituição de 1934 (art. 115) admitiu-se a interferência estatal na organização da ordem econômica, abrindo caminho para a legislação antitruste. A Constituição de 1988 menciona a livre concorrência como princípio da ordem econômica (art. 170, IV, da CRFB) e determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 503).

<sup>7</sup> Assim afirmam os Tribunais: “Tendo o art. 12 do Decreto-lei nº 509/69 sido recepcionado pela Constituição Federal, permanecem os privilégios concedidos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública; portanto, é tempestivo o recurso interposto dentro do prazo em dobro para recorrer previsto no art. 188 do CPC” (STJ, AgRg no Ag 418.318/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 02.03.04, p. 188) e “O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é ‘pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)’” (STF, ACO 765 QO, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator para acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 01.06.05, DJe-211 de 06.11.08).

Assim, pelo exposto neste tópico, o termo Fazenda Pública abrange as pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias, as fundações públicas e a Empresa Pública de Correios e Telégrafos.

## 2.2 Representação Judicial da Fazenda Pública

A representação judicial da Fazenda Pública é realizada por meio de seus respectivos procuradores, detentores de cargo público privativo de advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). São também denominados de advogados públicos<sup>8</sup>.

Através dos procuradores que a Fazenda Pública exerce a sua capacidade postulatória, ajuizando demandas em nome dos entes federativos, bem como os defendendo de ações ajuizadas em face deles.

Diferentemente dos advogados privados, os procuradores públicos não precisam juntar aos autos uma procuração (instrumento de mandato) concedida pelo ente que está sendo representado para que atuem legitimamente. Isso porque, os poderes decorrentes da representação são predeterminados pela lei, pelo vínculo legal que une o procurador à Administração Pública, o qual fora criado, inicialmente, com a aprovação daquele num concurso público e, posteriormente, com a investidura no cargo em comento.

Bem explica Hélio do Valle Pereira:

[...] Seria contraditório que detivessem aquela qualidade por decorrência normativa e simultaneamente houvessem de comprovar poder de representação volitivo. A procuração é materialização de negócio jurídico,

---

<sup>8</sup> Código de Processo Civil, art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V - o espólio, pelo inventariante;

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único);

IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.



circunstância incompatível com a natureza da relação que se estabelece entre o órgão público e seus procuradores. Seu poder de representação está *in re ipsa*<sup>9</sup>.

Neste ponto, indispensável a abertura de um parênteses: os mais técnicos afirmam que, em verdade, os advogados públicos não *representam* o ente público ao qual pertencem, mas sim os *presentam*, ou seja, os fazem presentes em juízo. Explica-se: o procurador público e a sua respectiva Procuradoria nada mais são do que órgãos da Fazenda Pública. A representação pressupõe a existência de duas pessoas, na qual a primeira confere poderes à segunda para que possa dizer em seu nome. Como os procuradores são componentes da própria Fazenda (não há duplicidade de pessoas), não há, tecnicamente, representação e sim *presentação*<sup>10</sup>.

### 2.2.1 A representação da União

A União é representada em demandas no Poder Judiciário (bem como fora dele) pela Advocacia-Geral da União, órgão que lhe confere assessoria jurídica e consultiva, nos termos do artigo 131 da Constituição da República de 1988 e da Lei Complementar nº 73 de 1993.

Artigo. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Antes da promulgação da Constituição, não existia uma carreira definida e organizada que representava judicial e extrajudicialmente a União. Esta

<sup>9</sup> PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82.

<sup>10</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 21.

atribuição era exercida pelo Ministério Público Federal, responsável – equivocadamente – por dois papéis antagônicos: o de defender o ente federal e o de detentor da titularidade da ação penal. Diante do exercício da defesa de interesses opostos pelo mesmo órgão, fato é que a mesma não ocorria da melhor forma possível (era deficitária).

Leonardo da Cunha descreve este episódio da história brasileira, citando João Carlos Souto:

A União, antes do advento da Constituição Federal de 1988, era representada em juízo pelo Ministério Público Federal. Com a superveniência do atual texto constitucional, corrigiu-se "... um equívoco que já durava mais de um século. O equívoco residia em atribuir ao Ministério Público a função de advogado da União Federal cumulada com a de fiscal da lei e titular da ação penal." A Procuradoria-Geral da República, na representação da União em juízo, contava com o auxílio do Ministério Público Estadual, a quem se conferia poderes para representar a Fazenda Federal na cobrança de sua dívida ativa<sup>11</sup>.

Hodiernamente, segundo o artigo 1º da Lei Complementar nº 73/1993<sup>12</sup>, a Advocacia-Geral da União possui dois grandes papéis: o de representação da União judicial e extrajudicialmente, como acima mencionado; bem como de execução das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. O primeiro é chamado de atuação contenciosa, o segundo de atuação consultiva.

De acordo com o parágrafo terceiro do artigo 131 da Constituição, a cobrança da dívida ativa de natureza tributária, bem como as causas de natureza fiscal da União, foram retiradas da competência da Procuradoria-Geral da União (PGU) e colocadas às mãos de uma procuradoria dotada de especialização: a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que nada mais é do que órgão de direção superior pertencente à Advocacia-Geral da União (é subordinada à AGU). As causas tributárias e fiscais saíram do corpo geral da AGU e foram alocadas num braço especializado do mesmo órgão.

Responsável por assessorar juridicamente, judicialmente e extrajudicialmente as autarquias e as fundações públicas federais, encontra-se a

---

<sup>11</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 21.

<sup>12</sup> Lei Complementar nº 73/1993, art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Procuradoria-Geral Federal (PGF) que, diferentemente da PGFN, não é subordinada à AGU, mas tão somente vinculada a essa instituição. A lei que regulamenta a sua carreira não é a Lei Complementar nº 73 de 1993, e sim a Lei Ordinária nº 10480 de 2002.

Por fim, conquanto seja uma autarquia federal, o Banco Central não é representado pela Procuradoria-Geral Federal, mas sim por meio de procuradores com carreira própria, regulada pela Lei Ordinária nº 9650 de 1998: a Procuradoria do Banco Central.

### **2.2.2 A representação dos demais entes federativos: Estados, Distrito Federal e Municípios**

Os Estados e o Distrito Federal são representados em juízo por sua Procuradoria-Geral Estadual/Distrital, carreira organizada que integra a Administração Pública Estadual/Distrital direta, na qual o ingresso depende de aprovação em concurso de provas e títulos, que será acompanhado pela Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, segundo dispõe o artigo 132 da Constituição.

Artigo. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Desta forma, diante da organização da carreira, as citações e intimações das demandas contra o ente federativo respectivo devem ser dirigidas diretamente aos procuradores estaduais ou distritais e não ao Governador do Estado ou Distrito Federal<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A título de curiosidade, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, por meio da Resolução PGE nº 12 de 03 de maio de 2013, disciplinou o recebimento descentralizado das citações e notificações em ações judiciais propostas contra o Estado de São Paulo e contra as autarquias estaduais que

Um ponto que difere a representação da União da representação dos Estados e do Distrito Federal é o fato dos procuradores estaduais e distritais serem também responsáveis pela cobrança da dívida ativa e das questões fiscais do ente, inexistindo uma procuradoria especializada nestes âmbitos federativos, traçada pelo próprio constituinte, tal como ocorre na esfera federal (onde existe a Procuradoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que dividem as causas pela matéria objeto da ação).

Ressalte-se que isso não impede que haja uma divisão interna, por meio de suas leis orgânicas, a fim de otimizar a prestação dos serviços. Porém, tal separação no âmbito interno não tem o condão de interferir na representação judicial do Estado ou Distrito Federal, pois a mesma decorre de lei. É o que diz Leonardo da Cunha:

Diferentemente do que sucede com a União, os Estados não têm sua representação dividida entre advogados e procuradores da Fazenda. A representação dos Estados é cometida aos procuradores de Estado, cabendo a divisão, por matérias ou tarefas, ao âmbito interno de organização administrativa das Procuradorias, sem que tal divisão repercuta na representação judicial do Estado.

Desse modo, um procurador que, internamente, no âmbito da Procuradoria, exerça a função específica de emitir pareceres ou examinar contratos, pode representar judicialmente a Fazenda Estadual em juízo, justamente por ser procurador do Estado. Um procurador que esteja lotado no setor de execuções fiscais pode representar judicialmente o Estado numa demanda não tributária ou, até mesmo, trabalhista. O simples fato de ser procurador do Estado, independentemente da função interna que exerça, permite-lhe representar judicialmente a Fazenda Estadual, sem que isso traga alguma implicação para o processo<sup>14</sup>.

Por último, a representação judicial do ente federativo municipal não está regulada em norma constitucional, como da União, dos Estados e do Distrito Federal. O inciso II do artigo 12 do Código de Processo Civil afirma que, ativa e passivamente, o Município será representado em juízo por seu Prefeito ou por seu procurador, quando este for existente.

Artigo. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;

---

específica. Tal ato interno agiliza os processos citatório e intimatório, vez que permite que Procuradores Regionais recebam tais atos, não necessitando de citação ou intimação ao Procurador-Geral do Estado.

<sup>14</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 26.

Isso ocorre devido a não obrigatoriedade legal de constituição de Procuradorias-Gerais municipais, o que se explica pelos altos custos para a instalação e manutenção de um órgão como esse, o qual, muitas vezes, não será extremamente necessário em pequenos municípios, devido à pequena quantidade de demandas que são ajuizadas contra os mesmos, o que se soma ao fato dos Prefeitos necessitarem da verba pública – que seria vertida para este fim – ao custeio de serviços públicos essenciais à população, como para a saúde e para a educação.

Quando existir o cargo de Procurador do Município devidamente regulamentado, as comunicações processuais devem ser a ele destinadas e não mais ao Prefeito.

De toda sorte, indispensável relevar que, mesmo que não haja regulamentação do cargo e o Prefeito receba a citação ou intimação das eventuais demandas propostas em face do município, não pode ele defender o ente em nome próprio, devendo constituir advogado para tanto. Esta assertiva continua verdadeira mesmo na hipótese do chefe do Executivo municipal estar devidamente registrado como advogado na Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que, conquanto existam vozes divergentes<sup>15</sup>, o próprio Estatuto da OAB<sup>16</sup> aduz ser incompatível com a advocacia o exercício de mandato eletivo no cargo de Prefeito Municipal.

### **2.3 Princípio da Isonomia e Interesse Público: Necessidade de Tratamento Diferenciado à Fazenda Pública**

Não são poucos aqueles que enxergam as prerrogativas processuais que detém o Poder Público como meras vantagens odiosas, as quais colocam o Estado numa situação de intocabilidade frente ao particular. Os que assim pensam alegam a inconstitucionalidade destes dispositivos, com fundamento de que os mesmos ferem o (tão aclamado) princípio da isonomia.

---

<sup>15</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

<sup>16</sup> Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

Segundo a conhecida ideia de Aristóteles, a isonomia não pode ser traduzida como simples regra de tratamento igualitário que deva se sobrepor a todas as pessoas indistintamente, já que todos são diferentes (em maior ou menor grau) e, tratando-os da mesma forma, nada mais se fará do que prorrogar esta desigualdade existente.

A própria Constituição da República brasileira, no artigo 5º, traz a isonomia como um direito fundamental garantido a todos, “sem distinção de qualquer natureza”<sup>17</sup>.

Detalha Celso Ribeiro Bastos que este:

[...] atual artigo isonômico teve trasladada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. Esta transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica. Na verdade, a sua função é a de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito<sup>18</sup>.

Conquanto não ideal a sua redação, pois não tem o condão de exprimir claramente o objetivo exato desta norma, pacífica é a interpretação de que este princípio constitucional refere-se à busca da isonomia material ou substancial e não somente à formal<sup>19</sup>. A isonomia formal – atualmente – não se coaduna com o que se entende por justiça<sup>20</sup>. A ideia almejada pelo constituinte, ao redigir este texto normativo foi o de que a lei não pode ser utilizada como meio de concessão de privilégios ou de realização de perseguições a determinadas pessoas/entes de forma não fundamentada, mas sim um instrumento que objetiva tratá-las da forma mais equânime, dentro do possível.

<sup>17</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

<sup>19</sup> “O art. 5º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei” (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1072.

<sup>20</sup> Não se pode negar que a conquista da isonomia formal foi um grande passo para a concretização dos direitos humanos. Mas, na atualidade, não se pode afirmar que ela é suficiente, pois a isonomia substancial está um passo adiante, promovendo a verdadeira justiça.

Portanto, não há inconstitucionalidade quando se leva em consideração as peculiaridades de cada pessoa ou ente no momento da criação e aplicação das regras jurídicas impositivas. Mas, ao revés: é com a delimitação das diferenças que se torna possível estabelecer até onde o tratamento diferenciado é necessário em cada caso, para que se atinja a verdadeira igualdade substancial almejada.

Este pensamento também é compartilhado por Leonardo da Cunha:

O princípio da igualdade, longe de pretender conferir tratamento substancialmente idêntico a todas as pessoas, entes, sujeitos e organismos, leva em conta as diversidades de cada um. Tomando como parâmetro a notória e antiga lição de Aristóteles, segundo quem a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais<sup>21</sup>.

Neste momento indispensável que se imponha relevo num ponto: a escolha dos parâmetros de distinção deve ser estabelecida dentro de critérios razoáveis e proporcionais. O fator de *discrimen* deve ser apto a atingir o fim almejado pela lei, do contrário o mesmo se encontraria na seara do intolerável: a discriminação deve ocorrer com escopo na readequação da situação fática que a embasou.

Como exemplo, cite-se o prazo em quádruplo que a Fazenda Pública e o Ministério Público possuem para responder a demanda: este prazo mais elástico existe em razão desses órgãos públicos serem responsáveis por inúmeros processos simultaneamente, comparado à atuação de um advogado particular.

Não se quer dizer que o advogado particular não possa também ser patrono de várias demandas concomitantemente, mas que ele pode recusar novos casos quando entender que o número não lhe é mais conveniente. Tal possibilidade não é ofertada ao advogado público ou ao promotor de justiça, os quais não podem negar a defesa dos interesses da instituição a que pertencem com a alegação de que estão com um volume de trabalho muito grande.

No mais, some-se a esta justificativa o fato de serem os órgãos públicos eivados de certa burocracia, inerente a qualquer ente público, que deve ter o mínimo de organização para que atinjam os fins que lhe são próprios<sup>22</sup>. Não se

---

<sup>21</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 31.

<sup>22</sup> "A concessão de um prazo favorecido para a Fazenda Pública defender-se representa, na verdade, um caminho de viabilização para que consiga, dentro do seu ritmo possível, dar uma resposta aos

refere, aqui, à burocracia em seu sentido negativo, pelo qual se indica a ineficácia da máquina pública. Trata-se da burocracia sob o aspecto do respeito às formalidades indispensáveis (previamente estabelecidas) para que a vontade estatal se mostre legítima<sup>23</sup>.

O fator discriminante nada mais é do que o sobrepeso utilizado para igualar duas partes diferentes na balança: é o necessário para trazer o equilíbrio à equação. O que ultrapassar esta situação equilibrada, pendendo para o lado que antes era considerado mais *fraco*, constitui-se numa afronta ao princípio da isonomia, pois torna a situação desarrazoada novamente; a diferença é que o exagero só alterará o lado.

Com este pensamento que se criou um conjunto de prerrogativas ao Poder Público que está em juízo, chamado de regime jurídico de direito público, fundamentado na indubitável necessidade estatal, seja em decorrência da complexidade da estrutura administrativa de seus órgãos ou pessoas, aliada ao volume de demandas que são propostas em face do Estado (como supracitado), seja por que (e principalmente) o ente público tutela finalisticamente interesses da sociedade (interesse público primário).

Entende Juvêncio Vasconcelos Viana:

Seu regime jurídico diferenciado, tanto no plano constitucional como nos desdobramentos do plano infraconstitucional, repercute sobre o Direito Processual.

Sem dúvida, a realidade jurídico-material da Fazenda é diversa da dos particulares. Não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime jurídico próprio, contanto, dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade de seus atos<sup>24</sup>.

---

interesses da coletividade, quando provocados em sede judicial” (FERRAZ, Sérgio. **Privilégios processuais da fazenda pública**. Revista de Direito Público ns. 53-54. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/1994, p. 36-41.

<sup>23</sup> “No âmbito da ‘Administração de Resultados’, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências (jurídicas e extrajurídicas) geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com a efetividade dos direitos fundamentais (legalidade finalística)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31).

<sup>24</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27.



O referido autor, ainda, aduz que:

Querer sustentar o fim do tratamento “desigual” da Fazenda Pública seria simplesmente deixar de lado a realidade concreta e, contrariamente a toda ideia acima exposta, ficarmos com a igualdade no plano tão-somente formal. Tal postura, inequivocamente, comprometeria a realização do contraditório do Poder Público no processo<sup>25</sup>.

Mesmo diante de toda argumentação acerca da natural burocracia que subjaz à complexa estrutura estatal, há que se frisar que a principal razão da necessidade de tratamento diferenciado à Fazenda Pública é o fato dela ser a responsável por tutelar finalisticamente o interesse público.

Importante que não se confunda qual o interesse público que deve embasar toda a atuação fazendária. Segundo os administrativistas, o interesse público *lato sensu* possui duas subespécies: interesse público primário, o qual se relaciona com as necessidades da coletividade (educação, saúde, justiça, segurança, dentre outros), que devem ser efetivados pelo Poder estatal com a prestação de serviços públicos adequados; e interesse público secundário, que, por sua vez, está vinculado ao interesse do ente público, visando à concretização de suas necessidades administrativas e instrumentais, que devem ser observadas (imediatamente) para que se possa buscar, de mediato, o interesse público primário<sup>26</sup>.

Não se pode negar certa importância ao interesse público secundário, pois sem o aparelhamento adequado da estrutura estatal não é possível a efetivação das necessidades públicas que embasam o interesse público primário (exemplificasse: não se pode prestar um serviço de expedição de certidões de forma ágil se os computadores da repartição pública não oferecem essa velocidade em razão do desgaste com o tempo; não se pode realizar um bom atendimento técnico se os servidores não foram selecionados a contento; dentre vários outros exemplos que podem ser citados).

Todavia, apesar desta importância citada, os valores não podem ser invertidos: é o interesse público primário que deve ser almejado, como objetivo único, em todas as ações públicas, pois o Estado só existe para que seja possível

---

<sup>25</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 39.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 35.

uma distribuição mais justa e equânime das riquezas públicas por meio da prestação de serviços à coletividade.

Por esta razão, a expressão interesse público (leia-se: primário) correlaciona-se com a concepção de bem comum. Sabe-se que se tutela um interesse público primário, pertencente ao bem geral, quando (quase) todas as pessoas o compartilham.

Posto isso, pergunta-se: qual o conteúdo da expressão interesse público a ser tutelado pela Fazenda Pública, que a torna merecedora de um tratamento diferenciado? Conquanto se saiba que se trata de algo comum entre as pessoas, a resposta não se encontra concluída. O conteúdo do interesse público é vago ou indeterminado, sendo necessária a sua completude, por meio de critérios que respeitem a razoabilidade e a proporcionalidade.

Explica-se: os valores que são exaltados pela coletividade, diante da evolução social, são vastos e mutáveis. Não é pragmaticamente possível que o Estado consiga tutelar todos os interesses considerados importantes por cada indivíduo em razão de sua infinidade e da finitude (escassez) dos recursos públicos. Assim, por meio de uma escolha política, o legislador irá sobressaltar determinados valores sobre outros – em geral, qualificados pela maioria como fundamentais – a fim de protegê-los e implementá-los<sup>27</sup>. Noutras palavras: “a expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade”<sup>28</sup>.

O interesse público tem de estar incutido tanto nos desígnios do legislador, quando da elaboração das normas que estabelecerão os limites de atuação do administrador, quanto neste, que vai aplicá-las às realidades existentes em seu âmbito governamental.

---

<sup>27</sup> “É vetusta a ideia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 32-33).

<sup>28</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 33.

O legislador vincula a atividade do representante do ente estatal. E nada derivaria mais da razão do que esta regra, afinal, os membros do Poder Legislativo são, em tese, os representantes do povo<sup>29</sup>, os quais criam normas (abstratamente) sob a aprovação dos seus representados e em prol deles. Isso significa que, na teoria, as leis que trazem as balizas para definição do que seja interesse público estão legitimadas com a vontade de seus verdadeiros detentores<sup>30</sup>.

Após toda essa explanação, patente se demonstra a necessidade de tratamento distinto à Fazenda Pública, mediante a concessão de prerrogativas processuais, já que a mesma é a guardiã do interesse público.

Tais prerrogativas não se confundem com meros privilégios desarrazoados. Não obstante sejam ambos os institutos situados fora do âmbito da regra (que é o tratamento igualitário), os privilégios são vantagens despidas de fundamentação idônea: é a vantagem pela vantagem (ou a vantagem pelo interesse pessoal de alguém), que, ao final, só criam situações de desigualdade, sem qualquer objetivo legítimo com isso. Noutra vértice se localiza a prerrogativa, pois ela impõe situações de desigualdade a fim de equilibrar as partes da relação; não concede uma vantagem por conceder ou com interesses pessoais (ou escusos), mas por objetivar algo maior: o interesse público. A prerrogativa está umbilicalmente ligada à busca da isonomia substancial.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

Ambos – prerrogativas e privilégios – constituem, assim, exceções ao regime comum: a diferença entre elas está em que o privilégio é instituído visando à proteção de interesses pessoais, enquanto a prerrogativa decorre do interesse público. Resulta daí ser a prerrogativa irrenunciável<sup>31</sup>.

Ora, depois de tudo que fora exposto é impossível afirmar que a atuação da Fazenda Pública em juízo por meio de seus procuradores é idêntica à de um particular. O prejuízo que sofre um particular, diante de uma condenação na

<sup>29</sup> A Câmara dos Deputados é a casa que representa o povo, enquanto o Senado representa os Estados da federação: Constituição da República Federativa do Brasil, art. 45, caput. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal; e art. 46, caput. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

<sup>30</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>31</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 30-31.

esfera judicial, recai somente sobre o mesmo, ou, quando muito, sobre o pequeno grupo de pessoas que o envolve. Do contrário, quando há condenação de um ente público, quem recebe a carga do prejuízo não é somente a estrutura estatal, mas também a população como um todo, afinal, como já afirmado anteriormente, o erário, finalisticamente, visa a concretização das necessidades comuns, o que ocorre por meio da prestação de serviços públicos.

Ressalta-se que não se quer dizer que o Estado não deve/pode nunca sofrer qualquer tipo de condenação pecuniária pelo Poder Judiciário. Quer se afirmar que, tendo em vista a tutela do interesse público, qualquer processo que rume a fins condenatórios em face do ente estatal, deve ser conduzido com todo o cuidado devido, já que sua consequência possui grande magnitude.

A atuação da Fazenda deve ser realizada a contento, com respeito a todas as condições favoráveis estabelecidas pela lei. Isso porque uma decisão judicial equivocada – ou que não seja reversível ao *status quo ante* – pode causar, por exemplo, a entrega de significativos valores pecuniários para um determinado particular, o que pode deflacionar as finanças públicas destinadas à prestação de serviços básicos e essenciais ou mesmo à aplicação de projetos sociais específicos.

Em suma: frustra-se o mandamento constitucional, de responsabilidade do Estado, de implementação fática da dignidade da pessoa humana frente a toda coletividade.

Nas palavras de Guilherme Freire de Melo Barros:

A questão deve ser entendida em seus devidos termos. Não se está a defender que o Estado não possa ser condenado ou derrotado em juízo – não se pretende advogar a volta aos tempos da irresponsabilidade estatal. Diante da atuação ilícita, da conduta equivocada, das transgressões aos direitos individuais e coletivos, o ente público pode e deve ser chamado a juízo para reparar seus danos, pois está inserido, como todos nós, no Estado Democrático de Direito, obediente da Constituição da República e aos deveres ali previstos. O que se quer pontuar é exatamente a responsabilidade que o Estado tem frente à coletividade. O ente público é responsável por singulares deveres constitucionais; a ele cabe a prestação dos serviços públicos essenciais – segurança, saúde, iluminação pública, esgoto, moradia, educação. Em suma, compete ao Estado buscar a implementação do dogma constitucional da dignidade da pessoa humana, é ele o principal artífice da transformação social e da melhoria de vida da população<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder público em juízo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 121.

Assim, colocados os motivos, passa-se a explicitar uma a uma das mais relevantes prerrogativas processuais da Fazenda Pública, com o intuito de exemplificá-las e não de esgotar o tema. O cerne deste trabalho recai sobre uma dessas prerrogativas, qual seja: a existência da necessidade de limitação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Saliente-se que esta não será abordada no tópico a seguir, já que será tratada em capítulo apartado e exclusivo, diante da importância de seu entendimento para a correta compreensão deste trabalho.

## **2.4 Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública**

Demonstrada a real necessidade de se conceder um tratamento distinto à Fazenda Pública por meio das prerrogativas processuais, neste tópico objetiva-se trazer alguns exemplos de notória importância para o direito processual civil, os quais serão perfunctoriamente explicados e localizados dentro do ordenamento jurídico.

Há que se salientar que não se objetiva o esgotamento de cada um dos subtópicos deste item, vez que os mesmos buscam a exemplificação das prerrogativas processuais para trazer substância ao cerne desta monografia.

### **2.4.1 Prazos alargados para responder e recorrer**

Nos termos do artigo 188 do Código de Processo Civil, a Administração Pública direta, em todos os níveis, bem como suas respectivas autarquias e fundações públicas e, excepcionalmente, a empresa pública Correios, possuem

prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer<sup>33</sup>. Tal prazo alargado é chamado pela doutrina clássica de benefício de prazo<sup>34</sup>.

A interpretação literal do dispositivo pode levar o leitor a uma interpretação equivocada ou incompleta de seu verdadeiro espírito. Isso porque seu alcance é maior do que o que se lê do artigo.

Em primeiro, a Fazenda Pública não desfruta de tal prerrogativa somente quando está na condição de parte no processo (autor ou réu), mas também quando de sua atuação como assistente ou quando constituir-se como terceiro interessado legítimo a recorrer<sup>35</sup>.

Em segundo, a expressão *contestar* transcrita no dispositivo legal não deve ser interpretada restritivamente, ou seja, não abarca somente a peça processual “contestação”. O espírito da norma indica que os prazos para “responder” devem ser quadruplicados, já que a razão dessa dilação prazal é a concessão de tempo hábil para o representante do Poder Público reunir elementos necessários para compor a sua defesa. Assim, há quadruplicação dos prazos para apresentar, além da contestação, as exceções e a reconvenção.

A expressão *recorrer* já fora colocada de forma mais exata a representar o seu verdadeiro sentido, qual seja, de duplicar o prazo para a interposição de todas as modalidades de recursos que podem ser extraídas do sistema processual brasileiro. Neste sentido, exemplificando uma das possibilidades, encontra-se a Súmula 116 do Superior Tribunal de Justiça:

SÚMULA 116 DO STJ: FAZENDA PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRAZO - AGRAVO REGIMENTAL: A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

Poderia haver alguma dúvida acerca do recurso adesivo, pois o mesmo, em verdade, não se trata de espécie recursal, mas sim de modo diferenciado de interposição de certos recursos, o qual se subordina ao prazo de

---

<sup>33</sup> Código de Processo Civil, art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

<sup>34</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44.

<sup>35</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 392.

resposta do principal<sup>36</sup>. Apesar da divergência doutrinária<sup>37</sup>, entende o Superior Tribunal de Justiça que o recurso adesivo deve ser interposto independentemente da resposta do recurso principal, com prazo em dobro, ao passo que esta (contrarrazão) deverá ser interposta em seu prazo simples<sup>38</sup>.

Para bem esclarecer este ponto do trabalho há que delimitar os casos em que não haverá o benefício de prazo:

- em prazos judiciais (a prerrogativa existe para o alargamento dos prazos legais, ou seja, trazidos pela lei e não estipulados pelo juiz no caso em concreto<sup>39</sup>);
- no prazo para a apresentação de contrarrazões de recurso (por falta de disposição legal);
- no procedimento sumário (em decorrência da existência de regra própria: artigo 277, caput, do Código de Processo Civil<sup>40</sup>);
- no prazo para oposição de embargos do devedor pela Fazenda Pública (pois, como é cediço, conquanto os embargos tragam matéria de defesa, os mesmos têm natureza de ação);
- no prazo de 5 dias para juntada da contestação ou recurso originais enviados por fac-símile<sup>41</sup>;
- no prazo para juntada de cópia do agravo de instrumento nos autos do processo (em razão da ausência de natureza recursal do mandamento do artigo 526 do Código de Processo Civil);

---

<sup>36</sup> Código de Processo Civil, art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

<sup>37</sup> BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder público em juízo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 44.

<sup>38</sup> EDcl no REsp 171.543/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.06.00, dj. 14.08.00, p. 159.

<sup>39</sup> Superior Tribunal de Justiça entende que a Fazenda Pública tem prazo em quádruplo para responder ação rescisória: o relator deve fixar entre 60 e 120 dias.

<sup>40</sup> Código de Processo Civil, art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

<sup>41</sup> Informativo 514 do Superior Tribunal de Justiça.

- no prazo das ações concentradas de constitucionalidade<sup>42</sup>;
- nos prazos que correm em face do Estado Estrangeiro<sup>43</sup>;
- no prazo para apresentação de informações pela autoridade coatora em mandado de segurança (artigo 7º, inciso I, Lei 12.016/09); e
- no prazo para recurso em pedido de suspensão<sup>44</sup>.

#### **2.4.2 Desnecessidade de adiantamento das despesas processuais**

Conforme a regra que vigora no direito processual civil, aquele que requer a realização de um ato processual deve antecipar-lhe o pagamento<sup>45</sup>. Todavia, esta regra não é absoluta. De acordo com o artigo 27 do Código de Processo Civil, quando a Fazenda Pública requerer a realização de um ato processual, ela não adiantará as despesas; as mesmas serão pagas, ao final, por aquele que foi vencido.

Artigo. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas ao final pelo vencido.

Isso se explica pelo fato de que, em regra, o credor das custas é a própria Fazenda Pública (União, Estados e Distrito Federal): seria um contrassenso exigir o adiantamento das despesas processuais para si mesmo. Há que se reparar, no entanto, que esta prerrogativa processual não corresponde a uma dispensa das custas, mas apenas um atraso proposital: caso saia vencida, a Fazenda Pública “irá

---

<sup>42</sup> Informativo 211 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>43</sup> Ag 297.723/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.00, dj, 14.08.00, p. 172.

<sup>44</sup> Informativo 523 do Superior Tribunal de Justiça e SL 172 AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.12.10.

<sup>45</sup> Código de Processo Civil, art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.



reembolsar ou restituir ao seu adversário, que é a parte vencedora, o quantum por ele gasto com as custas e emolumentos judiciais”<sup>46</sup>.

O raciocínio é simples: não se poderia pensar que o Poder Público, em tendo perdido a demanda, seria obrigado a pagar as custas, isso porque este pagamento seria vertido para si mesmo, o que geraria a extinção da obrigação pelo instituto da confusão<sup>47</sup>. Assim, a lei exige que haja referido reembolso àquele que adiantou as despesas processuais e, depois, mostrou-se vencedor da demanda.

Ressalte-se, todavia, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige que, quando as despesas não se referirem às custas processuais, devem ser adiantadas pelo Poder Público, tal como corre com os honorários periciais. A matéria está cristalizada na Súmula 232:

SÚMULA 232 DO STJ: FAZENDA PÚBLICA - PARTE NO PROCESSO - DEPÓSITO PRÉVIO DOS HONORÁRIOS DO PERITO: A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

Despesas que não se referem às custas ou aos emolumentos são chamadas de *despesas em sentido estrito*, pois ensejam o pagamento dos serviços realizados por terceiros não pertencentes (diretamente) ao quadro de funcionários do Estado-juiz<sup>48</sup>, que não podem ser obrigados a despender seu trabalho sem o devido pagamento.

Além dos peritos, cite-se, como exemplo, o transporte dos oficiais de justiça e o custo das postagens das comunicações processuais.

---

<sup>46</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 127-128.

<sup>47</sup> Código Civil, art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

<sup>48</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 126-127.

### 2.4.3 Dispensa de preparo e de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória

Quando a Fazenda Pública recorre de uma decisão, seja na qualidade de parte da relação jurídico-processual, seja como terceiro prejudicado por demanda alheia, consoante dispositivo do Código de Processo Civil, a mesma não terá de recolher o preparo.

Como é sabido, o preparo é um dentre os pressupostos recursais, ou seja, um determinado aspecto que deve existir para que o recurso seja reputado regular e apto a gerar os efeitos que dele se espera.

Nas palavras de Alexandre Câmara, o preparo pode ser conceituado como:

O pagamento das custas processuais devidas em razão da interposição deste meio de impugnação das decisões judiciais. [...] Determina o CPC (art. 511) que o preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sob pena de se ter o mesmo como deserto. Adota-se, assim, o sistema do “preparo imediato”, ou “preparo simultâneo”<sup>49</sup>.

Como regra, a parte que recorre e não recolhe o preparo, faz com que seu recurso seja reputado deserto, gerando o seu não conhecimento por aquele responsável pelo juízo de admissibilidade.

Todavia, excepcionalmente, alguns recursos ou algumas pessoas são desobrigados desta realização (exemplos: não se recolhe preparo para a interposição de agravo na forma retida<sup>50</sup>; o beneficiário da justiça gratuita também está livre do pagamento<sup>51</sup>). O segundo critério (em decorrência da pessoa) foi o utilizado para dispensar o Poder Público<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 2. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71-72.

<sup>50</sup> Código de Processo Civil, art. 522. Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

<sup>51</sup> Lei 1060/50, art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: [...]

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

<sup>52</sup> Não obstante a existência de vozes que não concordam com a manutenção deste benefício para a Fazenda Pública, como, especificamente, esta prerrogativa não é o foco deste trabalho, a autora não adentrará em qualquer juízo de valor sobre o seu acerto ou não.

O fundamento legal da dispensa de recolhimento de preparo pelo ente público se encontra no parágrafo 1º do artigo 511 do digesto processual:

Artigo. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

Por sua vez, situação semelhante – calcado no artigo 488, parágrafo único, do Código de Processo Civil – é aquela que dispensa a Fazenda Pública do depósito prévio do montante de 5% (cinco por cento) do valor da causa quando do ajuizamento de ação rescisória. Tal valor é recolhido e será eventualmente utilizado como multa, a ser destinada em favor da parte contrária, caso a parte requerente tenha sua demanda, unanimemente, declarada inadmissível ou julgada improcedente. Visa este instituto o desestímulo de demandas temerárias, o que poderia colocar em cheque a credibilidade sobre o instituto da coisa julgada.

Artigo. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

Com a leitura do dispositivo processual percebe-se que – erroneamente – somente foram incluídas nesta prerrogativa a Administração Pública Direta, ou seja, a União, os Estados e os Municípios, com exceção do Distrito Federal e excluídas as demais pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas), que estão incluídas dentro do conceito de Fazenda Pública. Com o intuito de extinguir este problema, o Superior Tribunal de Justiça elaborou a Súmula 175, *in verbis*:

SÚMULA 175 DO STJ: DEPÓSITO PRÉVIO - AÇÃO RESCISÓRIA – INSS: Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.

Conquanto a súmula seja restrita a apenas uma autarquia federal, qual seja, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pacífico é o entendimento de que esta solução é extensível a todas as demais pessoas jurídicas de direito público de todos os níveis federativos<sup>53</sup>.

#### 2.4.4 Intervenção anômala da Fazenda

Via de regra, somente a presença de um legítimo interesse jurídico que justifica a intervenção de terceiro num processo em curso. O interesse jurídico é mais do que um simples interesse econômico, afetivo ou moral, decorre de uma ligação jurídica do interveniente com uma das partes constantes da demanda, ou seja, é consequência do fato “de manter relação jurídica vinculada à que está deduzida”<sup>54</sup>.

Logo, pode ser classificado como juridicamente interessado aquele que comprovar que tem uma relação (jurídica) com uma das partes, a qual não se confunde com a discutida no processo em curso, mas que poderá ser afetada a depender da decisão judicial proferida no mesmo.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Dessa forma, somente será admitido como assistente o terceiro que demonstrar estar sujeito a ser afetado juridicamente pela decisão a ser proferida em processo do qual não participa, sendo irrelevante a justificativa no sentido de que sofrerá eventual prejuízo de ordem econômica ou de qualquer outra natureza<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> “A Súmula 175 do STJ estabelece: ‘Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS’. Tal solução estende-se às demais autarquias e pessoas jurídicas de direito público” (GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 460-461). No mesmo sentido, aduz Scarpinella Bueno: “o parágrafo único do mesmo art. 488 é claro quanto à inaplicabilidade do ‘depósito prévio’ referido no inciso II ‘à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público’. Interpretação correta dessa ressalva, com os olhos voltados à organização administrativa brasileira e ao caput do art. 37 da Constituição Federal, é capaz de evidenciar que, ao lado das pessoas políticas lá referidas (aqui excetuado o Ministério Público), têm de estar, quando menos, as pessoas administrativas de direito público (autarquias e fundações públicas), isto é, aquilo que, sem sombra de dúvida alguma, corresponde ao que chamo, para este trabalho, de ‘Poder Público’” (BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228).

<sup>54</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 337.

<sup>55</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 181.

Assim, sem o interesse jurídico, falta à parte (comum) o pressuposto para ser aceito como interveniente.

Ocorre que, de acordo com o disposto no artigo 5º, caput e parágrafo único, da Lei 9469/97, traz-se, ao ordenamento jurídico, uma nova forma de intervenção, chamada pela doutrina de *intervenção anômala* ou espécie de *amicus curiae*, a qual possibilita que as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas Autarquias e Fundações Públicas) possam ingressar no feito processual sem que necessitem comprovar o pressuposto do interesse jurídico, exigido das pessoas em geral. Basta que comprovem que a demanda pode afetá-los economicamente.

Artigo. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Exige-se, portanto, somente evidenciação de interesse econômico da pessoa jurídica de direito público para que ela seja aceita como *interveniente* num processo. Isso se explica em razão da grandiosidade das consequências que podem derivar-se sobre tais entes, tanto direta, quanto indiretamente, de uma decisão judicial proferida em uma demanda.

A proteção ao erário, como já dito anteriormente, nada mais significa do que proteção ao patrimônio público, o qual deve ser cuidadosamente destinado à prestação de serviços públicos e à conclusão de políticas públicas em prol da população.

Bem explica Leonardo da Cunha:

Surgiu, em razão do referido dispositivo, uma nova forma de intervenção de terceiros, fundamentada na potencialidade de efeitos reflexos, diretos ou indiretos, de natureza econômica, da eventual decisão que vier a ser proferida na causa. Em outras palavras, a nova forma de intervenção de terceiros não depende da presença de interesse jurídico, satisfazendo-se com a simples potencialidade de a decisão gerar, eventualmente, efeitos reflexos, mesmo que indiretos, de natureza econômica; a intervenção funda-se, em verdade, num interesse econômico, e não jurídico. Tal modalidade de intervenção de terceiros vem sendo chamada, por autores de nomeada,

de *intervenção anômala*. Avoluma-se, contudo, orientação doutrinária que prefere identificá-la como um dos casos de *amicus curiae*<sup>56</sup>.

A discussão acerca da nomenclatura da prerrogativa – se *intervenção anômala* ou *amicus curiae* – existe por resultado do fato de que a simples intervenção do ente de direito público na demanda não faz com que o mesmo se torne parte nela, não ocorrendo qualquer alteração da competência para julgamento: a intervenção ocorrerá de um modo informal, com a abertura da possibilidade de apresentação, pela Fazenda, de eventuais documentos e provas que entende ser interessante à proteção do interesse público, os quais tem o condão de visar o esclarecimento de questões fáticas ou jurídicas.

A alteração da competência somente acontecerá se o ente público recorrer da decisão judicial, momento em que adquirirá as características e poderes de verdadeira parte no processo, sem a limitação que rege quando não interpõe recurso (intervenção para meros esclarecimentos de fatos e de direito, apenas). Assim, caso a Fazenda Pública Federal recorra, a demanda será realocada para a Justiça Federal (artigo 109, inciso I, Constituição Federal<sup>57</sup>).

#### 2.4.5 Reexame necessário

O reexame necessário é um instituto processual que tem natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*, ou seja, obrigação que se impõe e que, se não cumprida, impede que sentenças proferidas nas hipóteses taxativamente previstas em lei gerem seus efeitos: o Código de Processo Civil determina que algumas sentenças só podem produzir efeitos e transitar em julgado se examinadas pela segunda instância, mesmo que todos os participantes da respectiva demanda estejam de acordo com ela.

---

<sup>56</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 173.

<sup>57</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...].

O Supremo Tribunal Federal consolidou este entendimento na Súmula nº 423, ao afirmar que:

SÚMULA 423 DO STF: TRÂNSITO EM JULGADO - SENTENÇA OMISSA DO RECURSO "EX-OFFICIO" - INTERPOSIÇÃO "EX-LEGE": Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex-officio', que se considera interposto "ex-lege".

Duas são as situações em que há exigência desta condição: na hipótese de sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; e quando houver sentença que julgar procedente, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Artigo. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:  
I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;  
II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Além das hipóteses expressamente previstas no artigo 475 do Código de Processo Civil, a jurisprudência pátria – mais especificamente do Superior Tribunal de Justiça – entende que o reexame necessário aplica-se em mais duas situações, decorrentes de esforço interpretativo: quando for proferida sentença ilícida e no caso de sentença em tutela coletiva (especificamente, ação civil pública e ação de improbidade administrativa).

O primeiro caso é de fácil explicação: como ainda não se sabe o *quantum* da condenação diante de sua iliquidez, pode ser que o valor seja superior ao que permite a exceção. O Superior Tribunal de Justiça sumulou esse entendimento:

SÚMULA 490 DO STJ. A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilícidas.

A segunda aplicação do instituto mediante interpretação refere-se às ações de cunho coletivo, ou seja, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Tanto a Lei 7347/85 quanto a Lei 8429/92 não trazem qualquer previsão a respeito da remessa necessária quando o magistrado profere sentença em que sucumbe a Fazenda Pública. Mas o raciocínio que leva à aplicação chega a ser simplório: uma vez que as ações de cunho coletivo, como o próprio nome indica, visam tutelar interesses e patrimônio públicos e o reexame necessário tem idêntico objetivo final, a aplicação deste naquelas não sofre qualquer impedimento lógico. Ressalte-se, contudo, que, no que tange à ação civil pública, a aplicação do reexame se limita quando o pedido é a reparação ao erário.

Diante da extrema didática, colaciona-se julgado do STJ que assim raciocinou:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. Na ausência de dispositivo sobre remessa oficial na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), busca-se norma de integração dentro do microsistema da tutela coletiva, aplicando-se, por analogia, o art. 19 da Lei n. 4.717/1965. Embora essa lei refira-se à ação popular, tem sua aplicação nas ações civis públicas, devido a serem assemelhadas as funções a que se destinam (a proteção do patrimônio público e do microsistema processual da tutela coletiva), de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à remessa necessária. De tal sorte, a sentença de improcedência, quando proposta a ação pelo ente de Direito Público lesado, reclama incidência do art. 475 do CPC, sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Ocorre o mesmo quando a ação for proposta pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, dessa feita, a regra do art. 19 da Lei da Ação Popular, uma vez que, por agirem os legitimados em defesa do patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida contra a União, estado ou município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso do Ministério Público, concluindo ser indispensável o reexame da sentença que concluir pela improcedência ou carência da ação civil pública de reparação de danos ao erário, independentemente do valor dado à causa ou mesmo da condenação. REsp 1.108.542-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19/5/2009<sup>58</sup>.

Por fim, ressalte-se que, em determinados casos, não haverá a necessidade de se remeter a sentença à análise do Tribunal: quando a sentença condenar o Poder Público até o montante de 60 (sessenta) salários mínimos, julgar procedente embargos neste mesmo valor ou quando a decisão, que fez a Fazenda sucumbir, baseou-se em jurisprudência do pleno do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do referido Tribunal ou de qualquer outro Tribunal Superior (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar).

---

<sup>58</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?op=imprimir&livre=%40cod%3D%27395%27&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 16.12.14.



Tais exceções estão alocadas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

#### **2.4.6 Pagamento de condenações por meio de precatórios ou requisições de pequeno valor**

O ente de direito público detém a prerrogativa de pagar seus débitos por meio de precatórios ou mediante de requisições de pequeno valor, diferentemente do que ocorre com os particulares, que, diante do processo de execução ou da fase de cumprimento de sentença, têm seus bens expropriados para o pagamento de suas dívidas.

Explica-se tal diferenciação pelo fato de serem os bens dos entes públicos impenhoráveis<sup>60</sup>.

Esta prerrogativa decorre de mandamento constitucional: segundo o artigo 100, caput, da Constituição da República, quando a condenação for de quantia certa, pagar-se-á os credores, por meio dos precatórios, respeitada a ordem

---

<sup>59</sup> Código de Processo Civil, art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

<sup>60</sup> “Os bens públicos são impenhoráveis. A penhora pode ser definida como ato de apreensão judicial de bens do devedor para a satisfação do credor. A impossibilidade de constrição judicial dos bens públicos justifica-se pela necessidade de cumprimentos dos requisitos legais para alienação, pelo princípio da continuidade do serviço público e, no caso específico das pessoas de direito público, pelo procedimento constitucional especial exigido para pagamentos dos débitos oriundos de decisão judicial transitada em julgado (art. 100, caput e §3º, da CRFB: precatório e a Requisição de Pequeno Valor – RPV). Por essa razão, na execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, a pessoa jurídica de direito público é citada para opor embargos no prazo de trinta dias, sendo inadmissível a penhora de bens (art. 730 do CPC e art. 1º-B da Lei 9494/97)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 591-592).

cronológica em que foram os mesmos apresentados à autoridade competente para tanto<sup>61</sup>.

Artigo. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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.

Para que os precatórios sejam pagos, deve haver pedido de inclusão no orçamento do valor da condenação pelo magistrado que exarou a sentença ao Presidente do Tribunal de Justiça respectivo. Os precatórios apresentados até primeiro de julho, serão pagos até o final do exercício seguinte; aqueles que forem apresentados após primeiro de julho, serão pagos com o orçamento do ano posterior ao próximo exercício<sup>62</sup>.

Noutro vértice, quando a condenação por quantia certa for de pequena monta, haverá pagamento por meio dos RPVs – requisições de pequeno valor – as quais independem de inclusão do montante a ser pago no orçamento, sendo feito de imediato, por meio do modo previamente estipulado pelo próprio ente federativo<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Ressalte-se que a própria normal constitucional traz exceções à regra do pagamento por ordem cronológica de apresentação dos precatórios: em primeiro, pagam-se aos idosos e portadores de doença grave até o montante do triplo da requisição de pequeno valor; após, pagam-se os créditos alimentares; e, por fim, pagam-se os créditos ordinários, na ordem de apresentação dos precatórios (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 100, §§2º e 3º). Não se adentrará a este mérito pois não faz parte do presente trabalho.

<sup>62</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 100. § 5º 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.

<sup>63</sup> Por exemplo, o processamento do RPV na esfera federal é disciplinada pela Resolução nº 55/09 do Conselho da Justiça Federal.

### 3 DA TUTELA ANTECIPADA

O instituto da tutela antecipada nasce no universo jurídico (geral) após a quebra de um paradigma traduzido pelo princípio *nulla executio sine titulo*, ou seja, não há execução sem título. A máxima era acompanhada do dogma de que a atividade cognitiva não poderia, de forma alguma, ser mesclada com a de índole executiva, vez que cada qual teria o seu momento correto de ocorrência: a primeira no processo de conhecimento e a segunda no processo de execução (atualmente, como regra, *fase de conhecimento e de execução*)<sup>64</sup>.

Tal percurso não desaguava numa prestação jurisdicional rápida e eficaz, já que, mesmo após a sentença favorável ao requerente, o mesmo deveria – ainda – passar pelo processo de execução, necessitando de nova citação, novo processo e nova decisão judicial. Entre o ajuizamento da demanda e a obtenção – em mãos – do objeto (*lato sensu*) requerido, arrastava-se um longo lapso temporal: a morosidade da prestação era patente<sup>65</sup>.

Muitas demandas ajuizadas contém um elemento que as diferenciam das demandas comuns: a urgência. Isso significa que, se a tutela jurisdicional não é prontamente prestada, o direito material buscado perece e o instrumento processual perde o seu objeto e, por corolário, sua razão de existência. Note-se: se o instrumento processual da época não era apto a conferir uma resposta num lapso temporal razoável para uma demanda comum, quiçá para uma ação agravada pelo fator urgência.

Assim, em 1994, com o advento da Lei nº 8952/94, o âmbito da tutela antecipada foi alargado e o instituto passou a abarcar toda e qualquer demanda, obviamente, desde que preenchidos os requisitos necessários para a sua concessão.

---

<sup>64</sup> “O processo civil brasileiro, em sua configuração clássica, filia-se ao sistema romano em que a execução pressupõe a cognição” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43).

<sup>65</sup> Luiz Guilherme Marinoni, ao explicar acerca das tutelas antecipadas, critica o modelo processual da época: “Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem da vida na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente, é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-18).

Houve, em verdade, uma generalização do regime, pois antes da referida data, a antecipação dos efeitos da tutela já existia na legislação pátria, mas somente em determinadas demandas de ritos especiais, tais como a ação de alimentos de rito especial e as ações possessórias<sup>66</sup>.

Nos dias hodiernos, e após a adoção do sincretismo processual no ano de 2006 por meio da Lei 11232/06, passou-se a valorizar a efetividade do processo, em detrimento da exigência da “forma pela forma” (fim em si mesmo), pois, como é cediço, o processo é considerado um importante instrumento de concretização do direito material almejado.

Tais alterações legislativas foram essenciais para materializar o mandamento constitucional, plasmado no inciso XXXV do artigo 5º, de obrigar o Estado a responder eficazmente às lides que lhe são entregues para solução. Tal obrigação constitui-se, em verdade, de um poder-dever assumido pelo Estado ao proibir que as partes façam justiça com as próprias mãos (autotutela)<sup>67</sup>.

Nas esclarecedoras palavras de Maria Rita de Carvalho Melo:

A Constituição Federal, ao proibir a autotutela, atribuindo ao Poder Judiciário a responsabilidade pela proteção do cidadão, visando à reparação das lesões, bem como a evitar ameaça a direitos (art. 5º, XXXV), acabou por garantir não apenas o acesso à justiça, mas também determinou ao Estado a efetividade na solução dos direitos controvertidos, que deverá resultar em resultados práticos, não só na órbita do processo, mas também no plano material.

Para atender a tão nobre missão, o nosso ordenamento processual civil vem passando por constantes modificações, visando, cada vez mais, a diminuir a morosidade na solução dos conflitos, sendo a tutela antecipada não o único, mas um dos importantes instrumentos que surgiu para possibilitar, ou pelo menos tentar viabilizar, uma mais adequada e tempestiva prestação jurisdicional<sup>68</sup>.

Com a ideia de conferir maior efetividade ao instrumento processual, chegou-se à conclusão de que o completo engessamento do procedimento, sem conceder, em nenhuma hipótese, qualquer possibilidade de flexibilização dos atos processuais, sob o argumento – utilizado de forma absoluta e irracional – de ser inafastável a aplicação, em sua completude, do sistema contraditório, constitui-se

<sup>66</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 689.

<sup>67</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>68</sup> MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 09.

num verdadeiro *suicídio processual*. O instrumento acaba por se auto escravizar, visto que utilizado como fim de si mesmo (*forma pela forma*) e não com o fulcro no bem da vida que busca o autor da demanda.

Humberto Theodoro Júnior detém pensamento similar ao aqui explanado:

A tutela jurisdicional, dessa maneira, não pode ficar presa, de forma rígida ou inflexível, ao procedimento comum. Há de haver uma válvula emergencial para, sem inutilizar a garantia do contraditório, permitir ao juiz e à parte superar o *periculum in mora*, preservando bens, valores e direitos de forma provisória e razoável, enquanto se desenvolve o processo rumo à solução definitiva, esta, sim, só alcançável depois de cumprida por inteiro a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV)<sup>69</sup>.

Assim, como bem explicou o supracitado autor, a razoabilidade, muitas vezes, impõe a necessidade de se flexibilizar o procedimento, vez que, do contrário, no momento em que se for conceder a tutela ao vencedor (ao final do processo), ela não terá mais utilidade.

É, pois, com a aceitação do instituto da tutela antecipada que se consegue equilibrar três elementos que parecem incompatíveis: o tempo (duração razoável do processo), a urgência (perigo na demora da solução judicial) e o contraditório (respeito ao contraditório e à ampla defesa).

### 3.1 Conceito e Características da Tutela Antecipada

Presente no artigo 273 do Código de Processo Civil vigente<sup>70</sup>, a tutela antecipada pode ser conceituada como o adiantamento dos efeitos pragmáticos que

<sup>69</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 676.

<sup>70</sup> Código de Processo Civil, art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

ocorrerem somente com a decisão final da demanda, ou seja, com a sentença que julga o mérito.

Ao se pensar no processo como uma sequência de atos que se encadeiam, numa linha temporal, até o atingimento de sua finalidade (concessão do bem da vida almejado), com a antecipação da tutela se desloca para um momento anterior a satisfação da pretensão que a parte vislumbrara com o processo, o que ocorreria somente ao final: uma tutela condenatória, constitutiva (ou desconstitutiva) ou declaratória. Noutras palavras: os efeitos práticos que decorreriam quando da concessão definitiva que são antecipados<sup>71</sup>.

No que se refere à tutela condenatória, como seus efeitos práticos resultam na possibilidade do autor promover a execução da obrigação em face do réu, com a antecipação ele fica legalmente autorizado a aplicar os meios materiais necessários para essa execução, que ocorrerá provisoriamente. Aliás, quando se fala em antecipação dos efeitos da tutela, de imediato vem à mente a execução provisória da tutela condenatória, visto que, “tradicionalmente, a tutela antecipada é associada às tutelas condenatórias, executiva e mandamental [...]”<sup>72</sup>, diante de sua comum ocorrência na praxe jurídica.

Por sua vez, no que tange às tutelas constitutivas e declaratórias, conquanto não seja possível a antecipação de seus efeitos positivos (por exemplo: admitir um divórcio provisório por meio da antecipação da tutela (tutela constitutiva) ou constituir uma certeza provisória sobre determinado assunto (tutela declaratória)), não há dúvidas que ambas as tutelas são aptas a gerar a eficácia negativa, ou seja, de vedar que se pratiquem determinadas ações que vão de encontro ao que fora

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

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

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

<sup>71</sup> Acerca da nomenclatura do instituto, explica Daniel Amorim Assumpção Neves: “apesar de o termo “tutela antecipada” ter se popularizado, sendo comumente utilizado – inclusive neste livro – como corretamente a doutrina majoritária afirma não é propriamente a tutela jurisdicional o objeto da antecipação. A antecipação é dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em si” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1039).

<sup>72</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1038.

declarado ou constituído, que é passível de execução antecipada pelo instituto em análise.

Daniel Amorim Assumpção Neves traz exemplos clarificadores desta questão:

Ao ingressar com ação declaratória de inexigibilidade de débito, o autor requer em tutela antecipada a retirada de seu nome do Serasa. A certeza jurídica de inexistência de débito não pode ser antecipada, mas, uma vez declarado que o autor não é devedor, poderá exigir do réu a retirada de seu nome do cadastro dos devedores, porque a manutenção de seu nome neste cadastro significaria conduta contrária ao direito declarado. Não há outra forma de impor essa conduta ao réu senão por atos materiais de execução, sendo exatamente o que ocorre no caso concreto. São esses efeitos executivos objeto da antecipação de tutela.

Numa ação revisional de aluguel não se pode afirmar que a tutela antecipada altere a situação jurídica locatícia entre as partes, mas, uma vez modificada a relação jurídica e fixado definitivamente um novo valor de aluguel, criam-se para as partes direitos e deveres que podem ser exigidos reciprocamente para que não se contrarie o direito constituído. O locatário deve pagar o novo valor e o locador deve aceitar o pagamento, com todas as consequências advindas dessas regras de comportamento. Quando o juiz antecipa a tutela numa revisional de aluguel, determinando provisoriamente um novo aluguel, não está, como entendem alguns doutrinadores, antecipando a constituição do novo aluguel, mas simplesmente os efeitos executivos que essa constituição, que só pode ser definitiva, gera no plano prático, impondo uma regra de comportamento às partes<sup>73</sup>.

No mais, para sanar qualquer dúvida que eventualmente reste, indispensável salientar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já afirmou que é cabível a antecipação dos efeitos da tutela nos três tipos de ações: condenatórias, constitutivas e declaratórias<sup>74</sup>.

Pois bem. Importante destacar que a satisfatividade gerada pela tutela antecipada não é perene, vez que, para a sua concessão, não foram analisadas de modo profundo as hipóteses levantadas pelas partes (cognição exauriente), mas somente o mínimo exigido para o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela legislação (cognição sumária)<sup>75</sup>, o que resulta na sua temporariedade.

<sup>73</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1040-1041.

<sup>74</sup> REsp 473.072/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.06.2003, dj 25.08.2003, p. 358.

<sup>75</sup> Segundo Fredie Didier, “a análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pelo qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por essas questões” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 293).

João Batista Lopes aduz que a tutela antecipada:

[...] Trata-se, portanto, de decisão interlocutória (e não de sentença), por via da qual o juiz concede ao autor o adiantamento de efeitos da sentença de mérito com caráter satisfativo.

Não se cuida, pois, de julgamento antecipado da lide, como se verá mais adiante, mas de medida de caráter provisório que visa a tutelar mais eficaz e prontamente o direito do autor sempre que ele preencher os requisitos exigidos pela lei.

A cognição exercida pelo juiz é sumária e, portanto, não se reveste da definitividade que caracteriza a coisa julgada<sup>76</sup>.

Consoante traçou Batista Lopes, uma das importantes consequências gerada pela cognição sumária é a ausência do revestimento de coisa julgada material sobre a decisão judicial que concede a antecipação da tutela: como regra, satisfaz-se a parte apenas provisoriamente/temporariamente<sup>77</sup>, até que a decisão final seja tomada e a tutela definitiva substitua a provisória (indispensável ressaltar, neste ponto, que há uma espécie que, para parte da doutrina, se reveste, sim, com o manto da definitividade trazido pela coisa julgada: a tutela de evidência, mais a frente detalhada).

Assim, por todo exposto neste tópico, é possível concluir que a tutela antecipada traz como características as seguintes: cognição sumária (o juízo é de probabilidade, com base na aparência do direito e não na sua certeza), provisoriedade (sempre haverá substituição da tutela provisória pela tutela definitiva, que se dará pela cognição exauriente e poderá ou não confirmar a primeira) e, por fim, não satisfação jurídica da parte beneficiada pela mesma (a tutela antecipada adianta os efeitos práticos, mas não os efeitos jurídicos da sentença que julga o mérito da causa).

<sup>76</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

<sup>77</sup> A respeito da cognição analisada sob a ótica de sua profundidade, aduz Fredie Didier: “em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se com a coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 304-305).



### 3.2 Diferenças entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar

As tutelas antecipada e cautelar são espécies do gênero denominado “tutelas de urgência”, desempenhando papel constitucionalmente imposto e deveras importante “[...] de propiciar condições para a sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição”<sup>78</sup>, pois tentam, cada uma à sua maneira, evitar a ocorrência do dano irreversível.

Como consequência do fato de descenderem do mesmo tronco, há pontos em que as mesmas são parecidas; todavia, noutros, as diferenças se mostram notórias. Não há, pois, como confundi-las.

Assim, didaticamente, apontar-se-ão a seguir os pontos em que há divergência de tratamento sobre as referidas tutelas.

A primeira e mais importante diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar está no objeto principal de cada: aquela visa, como dito no tópico antecedente, a satisfação (provisória e prática) da parte, com o intuito de garantir que o processo tenha um resultado útil ao seu final; por sua vez, esta tem o escopo de garantir/assegurar para que ao final, o direito da parte possa ser satisfeito ao fim da demanda<sup>79</sup>.

Tal distinção, que parece confusa a primeira vista, é bem esclarecida por Daniel Amorim, que parafraseia Pontes de Miranda, ao dizer que “a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir”<sup>80</sup>.

Isso significa que, não obstante a satisfação e a garantia estejam presentes em ambas as tutelas, a intensidade da presença não é a mesma: a tutela antecipada garante ao final, mas seu maior objetivo é a satisfação de plano; ao

---

<sup>78</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada – doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89.

<sup>79</sup> Importante mencionar que as “cautelares satisfativas”, via de regra, não mais se sustentam no atual sistema processual brasileiro. Isso porque as mesmas foram “criadas” quando não era possível a antecipação de tutela em qualquer tipo de procedimento, tal como é agora (o que ocorre desde o ano de 1994), existindo, à época, somente, as tutelas cautelares, que, em certas hipóteses, não eram suficientes, a depender da urgência e necessidade de satisfação do caso concreto. Porém, diz-se “via de regra”, pois em certos casos o próprio ordenamento jurídico afirma ser “cautelar” um provimento de cunho satisfativo, tais como: alimentos provisionais, busca e apreensão de menores, dentre outros.

<sup>80</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1018.

passo que a tutela cautelar satisfaz no fim do processo, mas escopa, de imediato, a garantia<sup>81</sup>.

De qualquer forma, não obstante haver diferença neste ponto entre as tutelas, o legislador estabeleceu no parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil que elas são fungíveis entre si, pois entende que possa haver dúvida objetiva sobre o seu cabimento, *in verbis*: “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”.

É de fácil percepção a noção de que a fungibilidade foi implantada no âmbito das tutelas de urgência para consolidar a efetividade das decisões judiciais e a instrumentalidade do processo. Uma pessoa não pode ser prejudicada por um simples erro de identificação da tutela pretendida, se cautelar ou antecipada, quando aos olhos do magistrado, em decorrência da narração pelo causídico, a modalidade se encontra bem discriminada e os requisitos necessários se demonstram preenchidos.

Entende Arruda Alvim:

O exame da possibilidade dessa conversão deve ser feito *ex officio* pelo juiz. Parece estar subjacente à *mens legis* dotar o juiz de poderes amplos para, em situações de urgência, evitar que um simples engano formal prejudique o autor, tolhendo-o de seu direito fundamental à efetividade do processo. Assim, desde que presentes os pressupostos da tutela antecipada ou da medida cautelar, é imperiosa a concessão da tutela de urgência, ainda que o autor tenha formalmente se equivocado em seu pedido<sup>82</sup>.

Em segundo lugar, aponta-se como parâmetro diferenciador entre as tutelas cautelar e antecipada, a presença ou não da característica da autonomia perante o processo em que é vinculada.

---

<sup>81</sup> “Numa ação de sequestro, a realização da constrição judicial e do depósito dos bens nas mãos de um depositário judicial garante que, definida a partilha entre os cônjuges, os bens estejam íntegros, evitando qualquer espécie de dilapidação patrimonial (art. 822, III, do CPC). Essa garantia, entretanto, não se justifica por si só, servindo tão-somente para que ao final do processo o direito das partes seja plenamente satisfeito. Numa tutela antecipada de liberação imediata de medicamento, a satisfação fática gerada pela imediata entrega do medicamento ao autor serve para garantir que ao final da demanda a decisão de procedência seja útil. De que valeria a concessão do remédio somente em sede de tutela definitiva se o lapso temporal para tanto é suficiente para deteriorar de tal forma a saúde do autor a ponto de tornar a entrega do medicamento inútil?” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1018).

<sup>82</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 892.

O processo cautelar detém autonomia relativa perante o processo principal. Não é absoluta, vez que há uma relação de referência entre os dois (chamada de acessoriedade, pois, o processo cautelar não tem fim em si mesmo, mas de tutelar o processo principal que, por sua vez, tutela o direito material<sup>83</sup>), tanto que, quando do ajuizamento de um processo cautelar preparatório ou antecedente, exige-se que se indique qual será o provimento judicial principal a ser futuramente proposto, a fim de que o magistrado verifique se há compatibilidade ou não; e se interposto com a pendência do processo principal (processo cautelar incidental), os autos da medida cautelar serão apensados ao principal, mas sendo dele independente, não influenciando, como regra, em seu julgamento<sup>84</sup>.

De qualquer modo, conquanto relativa a autonomia, o processo cautelar é outro (com relação ao principal), com as respectivas peculiaridades.

Prova-se também a autonomia da tutela cautelar com a possibilidade, trazida pela lei<sup>85</sup>, de se concedê-la num processo de conhecimento qualquer. O formalismo do processo cautelar (preparatório ou incidental), nos dias hodiernos, é possível, mas não necessário (indispensável), pois a tutela cautelar independe de um formal processo cautelar.

Noutro vértice, a ausência de autonomia da tutela antecipada é incontestável: ela só existirá se for requerida no bojo de um processo já ajuizado e que está em andamento, pois o seu pedido está ligado ao pedido da ação principal. Com ela a parte requererá ao juiz que abrevie o lapso temporal para chegar ao resultado prático que só ocorreria ao final de demanda. Não haveria lógica numa

---

<sup>83</sup> “Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento” (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 42).

<sup>84</sup> Código de Processo Civil, arts. 809 e 810:

Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

<sup>85</sup> Código de Processo Civil, arts. 798 e 799:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

solicitação de antecipação de tutela se não há direito litigioso, pois este constitui premissa daquele.

Como resultado dessa não autonomia da tutela antecipada, o seu pedido se confunde, parcial ou totalmente, com o que se busca ao final com a demanda. “Jamais se poderá antecipar provimento que não possa ser, depois, confirmado na sentença”<sup>86</sup>.

O terceiro ponto diferenciador entre as tutelas se assenta nos requisitos para sua concessão. A cautelar exige, como uma de suas condições, a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*), ao revés, a antecipada exige a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

A primeira vista, pode parecer que tais requisitos trazem o mesmo significado, ou seja, a aparência do direito, que será analisada por meio da técnica de cognição sumária, a qual utiliza como parâmetro o juízo de probabilidade e não o de certeza.

Todavia, não obstante este fato em comum, a prova inequívoca da verossimilhança e a fumaça do direito não se confundem. Não estão no mesmo nível de probabilidade do direito. A primeira, “[...] leva à conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é bastante a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido”<sup>87</sup>, ou seja, a possibilidade de quem a alega estar com razão é maior do que no *fumus boni iuris*, que exige-a num menor grau.

João Batista Lopes, ao traduzir a obra de Malatesta, explica que, entre a total ignorância e a certeza, existem degraus de convencimento, uns mais próximos do não conhecimento e outros da ausência de dúvida. Dentro desses degraus se localizam a prova inequívoca da verossimilhança e a fumaça do direito: mas cada uma num degrau diferente. Em suas palavras:

Malatesta mostra que o espírito humano reage ante os fatos de três formas diversas: a) ignorância: falta de qualquer conhecimento; b) certeza: conhecimento positivo e firme; c) dúvida: estado de indefinição ante a presença de elementos afirmativos e negativos. Já o conceito de probabilidade, para ele, depende da predominância dos elementos positivos ou do conhecimento afirmativo, donde concluir pela existência da

---

<sup>86</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada – doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91.

<sup>87</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

probabilidade máxima, sendo essa última identificável com a verossimilhança<sup>88</sup>.

Há que se ressaltar, contudo, que existem vozes divergentes<sup>89</sup>, as quais não aceitam a diferenciação do conteúdo das expressões explicadas. Afirmam tais autores que, no caso concreto, o juiz teria muita dificuldade de dividir o que seria fumaça e o que seria verossimilhança, de forma a estancar claramente um degrau do outro, já que não existem parâmetros concretos e objetivos para tanto. Eles as tratam como expressões sinônimas, afirmando que ambas são resultados da cognição sumária decorrente da probabilidade.

Por fim, como quarta característica que diferencia as tutelas, pode-se citar a legitimidade ou não do atuar de ofício pelo magistrado.

Com relação à tutela antecipada, com a simples leitura do artigo 273, caput, do Código de Processo Civil, já é possível concluir que a mesma exige seja feito o requerimento (expresso) pela parte para que o magistrado tenha o poder de concedê-la, não sendo autorizada a sua atuação de ofício. Segundo a literalidade do dispositivo: “o juiz poderá, *a requerimento da parte*, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]” (original sem destaque).

Aduz a doutrina majoritária que esta é a melhor interpretação (além de ser literal) que se pode dar ao dispositivo processual<sup>90</sup>. Isso porque, como já explicado em tópicos anteriores, a tutela antecipada gera satisfação prática ao requerente da medida (mas não jurídica), já que entrega o bem da vida, objeto mediato visado pela demanda, a ele.

Nas palavras de Daniel Amorim:

Da literalidade do dispositivo legal se conclui que a tutela antecipada depende de pedido expresso da parte interessada, sendo vedada a atuação de ofício pelo juiz. A doutrina majoritária entende que, tratando-se a tutela antecipada de espécie de tutela que beneficia diretamente a parte, que poderá a partir de sua concessão aproveitar-se do bem da vida como se tivesse ganhado a demanda, cabe somente à parte pedir expressamente a proteção jurisdicional<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 172; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

<sup>90</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88-89.

<sup>91</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1021.

Não se pode negar que existem aqueles que não pensam desta forma, não acompanhando a corrente de maior aceitação. Afirmam os minoritários que, em casos de excepcionalidade verificada, é possível que o juiz conceda a antecipação da tutela *ex officio*, o que se funda no princípio da razoabilidade para uns<sup>92</sup> e, para outros<sup>93</sup>, no risco de perecimento do direito somado ao preenchimento dos requisitos necessários para tanto.

No que tange à tutela cautelar, outra é a conclusão: ao juiz, de acordo com o artigo 797 do Código de Processo Civil, é dado o chamado “poder geral de cautela”, o qual, como um de seus corolários, atribui ao mesmo a possibilidade de conceder, mesmo sem requerimento da parte, uma medida cautelar. Texto legal *in verbis*: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

Ressalte-se desde já que este *poder* não é ilimitado e deve ser usado com parcimônia, apenas excepcionalmente.

Note-se o raciocínio: tendo em vista que possui, a cautelar, uma instrumentalidade ao quadrado, consoante ideia de Calamandrei já esposada neste trabalho, percebe-se que o seu objetivo imediato não é tutelar o direito da parte, mas sim garantir que o instrumento processual, ao qual a cautelar está ligada, consiga produzir um resultado útil à parte. Como se vê, a medida cautelar visa à proteção da própria tutela jurisdicional, ou seja, algo maior do que a satisfação pessoal da parte.

Por isso, diante da inegável presença do interesse público neste instrumento, possibilita-se ao juiz que a conceda, mesmo que a parte que ajuizou a demanda nada requeira.

E mais: se o magistrado está legalmente autorizado a conceder algo que não lhe foi pedido, com mais razão pode ordenar a aplicação de uma medida cautelar diversa daquela que foi requerida. O fundamento se encontra no princípio da fungibilidade: acolhido o pedido, será determinada a medida protetiva mais adequada ao caso, com base naquilo que fora narrado na exordial. E, tal princípio, por sua vez, existe para concretizar a utilidade da tutela judicial a ser prestada.

---

<sup>92</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

<sup>93</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 372-373.

Donaldo Armelin esclarece este ponto ao afirmar que:

O juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte, porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia de instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta, ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada por falta de equilíbrio<sup>94</sup>.

Assim, assinaladas tais distinções, conquanto não tenha havido o esgotamento do tema (o qual não é objeto deste trabalho), é possível concluir que os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar não se confundem, mas apenas se assemelham, já que derivadas da mesma raiz denominada *tutela de urgência*.

### 3.3 Espécies de Tutela Antecipada e seus Requisitos

Consoante se depreende da leitura do artigo 273, incisos I e II e parágrafo 6º, do Código de Processo Civil, é possível antecipar a tutela (fática) da demanda em três<sup>95</sup> hipóteses distintas de ocorrência.

Em cada uma das hipóteses, além do preenchimento dos requisitos genéricos, presentes simultaneamente em (quase) todas elas, a legislação exige a presença de elementos específicos, os quais caracterizarão e diferenciarão a referida modalidade das demais.

Ressalte-se que não há a exigência da presença dos requisitos específicos de modo cumulativo na situação fática para que se possa requerer a antecipação da tutela. Ao revés: com o preenchimento de apenas um deles, já é possível fazer o requerimento ao Estado-juiz. Isso porque é o requisito específico que define a modalidade da tutela antecipada.

Passa-se à análise dos requisitos.

---

<sup>94</sup> ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 23, p. 123.

<sup>95</sup> Neste ponto, indispensável salientar que, conquanto a legislação traga três hipóteses de antecipação de tutela, a doutrina não é pacífica neste ponto. Existe corrente doutrinária que entende que o parágrafo 6º não tem natureza jurídica de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado da lide, nos moldes do artigo 330 do Código de Processo Civil.

### 3.3.1 Requisitos genéricos

Os requisitos genéricos são três: o requerimento da tutela antecipada pela parte, a reversibilidade fática da medida e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Os três devem ser preenchidos para que o pedido de antecipação esteja apto a ser analisado, salvo a prova inequívoca da verossimilhança na tutela de evidência.

#### 3.3.1.1 Requerimento

O primeiro dos requisitos genéricos é o necessário requerimento da antecipação da tutela por uma das partes. A exigência deste requisito está presente logo no início do artigo 273 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá, *a requerimento da parte*, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido final [...]” (original sem grifo).

Tal requisito é decorrente da afirmação de que não cabe ao magistrado conceder antecipações de tutela de ofício, pois a mesma implica num enorme benefício a parte, que obtém de imediato o bem da vida que só lhe seria entregue, caso vitoriosa, ao final da demanda.

Como já afirmado anteriormente, esta é a posição da doutrina majoritária. Não se pode negar, contudo, que este tema é deveras polêmico: muitos entendem que se deve analisar a exigência do requerimento da parte ou não sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade pelas minúcias demonstradas pelo caso concreto, relativizando a literalidade do mandamento legal em espécie.

Este é o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno:

À luz do “modelo constitucional do processo civil”, a resposta mais afinada é a positiva. Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática envolver urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a



necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial<sup>96</sup>.

Conquanto bem fundamentada a posição de Scarpinella Bueno, a constitucionalização do direito processual civil não indica que se devem deixar de lado outros valores igualmente importantes, os quais não podem ser esquecidos. Sempre há que se ter em mente que a tutela antecipada é uma medida judicial drástica e deve ser aplicada com cautela, pois, antes da certeza do direito, com um juízo de mera probabilidade, entrega-se o bem da vida almejado a uma das partes, que poderá utilizá-lo desde já, fruindo seus benefícios.

Não é razoável essa entrega sem, ao menos, o requerimento por parte daquele que a deseja. O pedido demonstra que a parte sopesou os prós e os contras da medida e, para poder se beneficiar pela mesma, resolveu aceitar os riscos de sua decisão. Atribuir ao juiz este balanço fere o princípio da adstrição da tutela jurisdicional ao pedido, o princípio da inércia da jurisdição e a parcialidade do magistrado para com as partes do processo, além de trazer uma enorme insegurança jurídica, já que o juiz pode supor que a parte quer algo que, em verdade, não quer.

Nas palavras de Costa Machado:

Não podemos deixar de assinalar que, dizendo o caput do art. 273 que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar... os efeitos da tutela...”, fica estabelecida de maneira explícita a proibição da outorga da providência de ofício e consagrado o princípio da iniciativa da parte, ou dispositivo, na seara antecipatória. Assim como em relação ao exercício da ação, vale aqui a normatividade fundamental contida nos arts. 2º e 262, do CPC, que enfatizam, respectivamente, os lados negativo e positivo do princípio da inércia da jurisdição: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer...” (ne procedat iudex ex officio); ... “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte...”. Tal principiologia, a um só tempo, reserva ao titular do direito a soberana decisão sobre quando e como pleitear a providência jurisdicional, como assegura a equidistância e imparcialidade do juiz, o que, acrescido do contraditório, constitui parte do substrato jurídico da garantia do “devido processo legal”<sup>97</sup>.

No mais, dentre outras funções existentes, o tópico *dos pedidos* na petição visa o arrolamento e a síntese dos objetivos da parte com a demanda,

---

<sup>96</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

<sup>97</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 523.

evitando interpretações indesejadas por parte do juiz, servindo de baliza ao magistrado.

### 3.3.1.2 Reversibilidade fática da medida

O segundo requisito genérico para a concessão da tutela antecipada é a reversibilidade fática da medida. Vislumbra-se esta condição no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Note-se que o dispositivo em análise sofre de uma atecnia em sua redação ao dizer que a tutela antecipada não será concedida se o provimento for irreversível. Ora, o provimento judicial em si é sempre reversível, pois, mediante recurso, o magistrado pode proferir nova decisão em sentido contrário e, juridicamente, reverte-se a situação ao estado anterior. Não foi essa a ideia da lei.

Em verdade, com a redação deste artigo, o legislador desejou evitar a irreversibilidade prática que pode resultar do provimento. E a razão decorre da lógica: tendo em vista que a antecipação da tutela é uma medida conferida após um juízo de probabilidade, tal provimento será, posteriormente, substituído pelo definitivo, baseado na certeza do direito. Essa decisão que substituirá a que antecipou a tutela deve ser, necessariamente, de possível execução. Com a revogação da decisão de antecipação, o estado das coisas deve retornar ao modo original, para que, então, se possa executar a decisão definitiva.

Segundo Tiago Asfor Rocha Lima:

[...] Válido atentar para o fato de que a irreversibilidade a que alude o §2º, do art. 273, CPC, não é do provimento, já que este pode ser revogado a qualquer tempo (*ex vi* do §4º, do art. 273), mas sim dos efeitos práticos da decisão de cunho provisório, que devem ser possíveis de retorno ao *status quo ante*.

Também não se pode descuidar de que a norma que impõe a reversibilidade do provimento antecipado leva em consideração a própria natureza da decisão, a qual decorre do exercício de um juízo de cognição sumária e não exauriente, em que ainda há margem para que ao fim a outra parte venha a ser beneficiada pela decisão final de mérito, que deve estar plenamente

apta a ser efetivada, sob pena de desrespeito ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional<sup>98</sup>.

Há que se destacar, contudo, que em certas hipóteses o juízo necessário vai além do *é reversível ou não é reversível*, como dois lados estanques e inconfundíveis. Determinadas situações são sim reversíveis, mas, ao mesmo tempo, este retorno é deveras difícil, pois exige muito dinheiro, tempo ou atividade processual. Assim, não basta simplesmente ser reversível ou não o provimento, mas a reversibilidade deve ser de possível realização dentro de padrões razoáveis e proporcionais.

João Batista Lopes aduz, citando Augusto Marcacini que:

É de rigor, porém, ressaltar que a irreversibilidade é conceito vago ou indeterminado, cuja identificação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto que cumpre ao juiz avaliar.

Como observa Marcacini, “é evidente que, quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização, ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível. [...]”<sup>99</sup>.

Logo, como deixou claro Batista Lopes, indispensável que se analise, também, o quanto a medida é ou não reversível. A depender, a dificuldade para a reversibilidade pode ser tão grande que, na prática, torna-se de impossível realização, o que a coloca no plano da irreversibilidade.

Ademais, existe, também, a hipótese em que a tutela a ser antecipada é faticamente irreversível, mas se não for concedida, gera um dano irreversível à parte, sendo impossível o retorno ao estado original.

Descreve Athos Gusmão Carneiro:

Com certa frequência, o pressuposto da irreversibilidade ficará “superado” ante a constatação da “recíproca irreversibilidade”. Concedida a antecipação de tutela, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 122-123.

<sup>99</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

<sup>100</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87.

Nessa situação, de dupla irreversibilidade ou irreversibilidade recíproca, o magistrado terá de se valer do princípio da proporcionalidade para resolver a questão de forma mais razoável possível. A flexibilização do comando normativo exarado no parágrafo 2º do artigo 273 do digesto processual será indispensável: com base nas peculiaridades do caso concreto, o julgador deverá buscar proteger o interesse que se mostra mais relevante, com o afastamento do risco de maior gravidade.

Batista Lopes traz exemplos clarificadores da questão:

Assim, por exemplo, o conflito entre os chamados direitos absolutos (direito à vida, à integridade física etc.) e os direitos patrimoniais deve ser resolvido em favor dos primeiros (v.g., pretensão de realização de cirurgia inadiável em confronto com interesse patrimonial de empresa prestadora de serviços médicos; pedido de transfusão de sangue em favor de paciente menor em confronto com convicção religiosa dos pais; proteção da intimidade em conflito com interesse comercial de jornal na publicação de notícia sensacionalista)<sup>101</sup>.

A aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar as questões de irreversibilidade recíproca não pode ser entendida como uma afronta à legislação, mas ao revés, significa prevalência da norma constitucional sobre a lei de processo: torna o Estado Democrático de Direito mais racional, o que é indispensável para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais, já que “proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais [...]”<sup>102</sup>.

### 3.3.1.3 Prova inequívoca da verossimilhança das alegações

Por último, explicar-se-á o requisito genérico da prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

De início, importante ressaltar que este requisito, conquanto denominado genérico, não está presente em todas as modalidades de antecipação

---

<sup>101</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.

<sup>102</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

de tutela. É pedido nas antecipações por urgência (haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação) e sancionatórias (fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu) (artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil), mas não é exigido na antecipação por incontrovérsia do pedido (artigo 273, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil). O motivo será mais a frente explicado.

Uma leitura desatenta do caput do artigo 273 do digesto processual pode levar o intérprete a uma conclusão equivocada: a de que é um paradoxo a exigência de uma *prova inequívoca* da *verossimilhança*, já que os termos parecem ser incompatíveis entre si.

Em verdade não há incompatibilidade: o legislador requer, para que o juiz possa antecipar os resultados práticos da demanda, que o requerente traga uma prova robusta (firme) de que suas alegações são verdadeiras, a qual será verificada por um juízo de probabilidade.

Não se requer a juntada de todas as provas possíveis e necessárias para a demonstração da verdade (absoluta), como se a questão fosse ser julgada de forma definitiva. O parâmetro para o julgamento não pode ser de certeza, pois, assim, haveria uma inutilização do instituto da tutela antecipada.

Bem desenvolve a ideia Daniel Amorim:

Parece haver duas exigências diversas no requisito legal ora analisado: em primeiro lugar, deverá existir uma alegação de fato que aparentemente seja verdadeira, tomando-se por base para essa análise as máximas de experiência, ou seja, aquilo que costuma ocorrer. Em segundo lugar, se exigirá uma prova que corrobore a alegação que já parece ser verdadeira, sem que com isso seja exigida do autor uma produção probatória exaustiva que aproxime o máximo possível o juiz da verdade, naquilo que parcela da doutrina convencionou chamar de verdade possível ou quase-verdade<sup>103</sup>.

Assim, verifica-se que a prova inequívoca da verossimilhança, apesar de sua robustez e da aparência (muito próxima) da verdade, pode não ser suficiente para que a decisão da antecipação da tutela seja confirmada ao final, sem que com isso lhe sejam retiradas tais características e sua legitimidade seja colocada em cheque.

---

<sup>103</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1044-1045.

Não se está analisando a capacidade que detém a prova de convencer, mas sim o momento, no deslinde processual, que ela será levada em consideração. É de sua essência a possibilidade de reversão: do contrário o juízo não seria de probabilidade.

Isso porque “[...] se a prova fosse suficiente para confirmar a plenitude do direito, não se estaria diante do caso de antecipação de tutela, mas em frente do julgamento antecipado da lide”<sup>104</sup>, plasmado no artigo 330 do Código de Processo Civil.

Mas, ressalte-se: dizer que não se pode exigir uma exaustiva prova robusta não significa que o autor não possa produzi-la. É sim possível que, desde o início, esteja a parte munida da mais completa prova para suas alegações e que ela a utilize (também) para o requerimento de uma antecipação de tutela, sem que isso desvirtue o instituto.

Em outras palavras: não poder exigir não é sinônimo de impossibilidade de produção.

### **3.3.2 Requisitos específicos (espécies de tutela antecipada)**

Diferentemente dos requisitos genéricos, que devem estar cumulativamente presentes em todos os pedidos, os requisitos específicos definem a modalidade da antecipação da tutela antecipada, sendo, portanto, cada um presente em uma espécie.

Nos moldes legais, três são os elementos específicos: o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte e a incontrovérsia do pedido. Estes geram, respectivamente, a tutela antecipada pela urgência, a tutela antecipada sancionatória e a tutela de evidência.

---

<sup>104</sup> SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde – a aplicabilidade da teoria sistêmica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 146.

### 3.3.2.1 Fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação

O requisito denominado “fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação” está plasmado no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Sua completude, somada ao preenchimento dos requisitos gerais, dá ensejo à antecipação da tutela pela urgência.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; [...]

Nesta modalidade de tutela antecipada o fator crítico encontrado é o tempo, mais especificamente a sua falta, pois, se a medida requerida não for urgentemente conferida, há grande receio de que isso resulte num dano irreparável ou de difícil reparação: o magistrado não poderá aguardar o lapso temporal comum do desenrolar processual, sendo indispensável que ele antecipe a tutela (fática), para que, ao final, o resultado do processo seja efetivo.

Conquanto sejam as expressões *dano irreparável* e *difícil reparação* de conceituação vaga ou indeterminada, necessitando de preenchimento pelo magistrado no caso concreto, a doutrina<sup>105</sup> traçou determinados parâmetros objetivos que devem ser respeitados. O risco deve possuir três características: atualidade, concretude e gravidade.

Ser atual significa que o risco não deve ser passado, afinal, se já transcorreu determinado lapso de tempo e o risco não se encontra mais no momento presente, não há urgência.

Há de ser, também, grave e concreto, ou seja, o grande prejuízo que pode vir a ocorrer é facilmente visualizado por qualquer pessoa, por ser objetivo, além de provavelmente irreparável ou de duvidosa reparação. Não pode o magistrado antecipar a tutela fática final se perceber que o risco não é objetivamente grave, mas apenas resultado de suposições da parte requerente (temor meramente subjetivo).

---

<sup>105</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78.

Nas palavras de Zavascki:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresente iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade [...] <sup>106</sup>.

Saliente-se que este requisito é equivalente ao perigo da demora das tutelas cautelares.

Diferentemente do que acontece com os requisitos *fumaça do bom direito e verossimilhança das alegações* que, pela doutrina majoritária, são degraus diferentes da escada da probabilidade (a verossimilhança é um “fumus” dotado de robustez), o *perigo da demora* e o *receito de dano irreparável ou de difícil reparação* estão no mesmo nível de aprofundamento conceitual, assemelhando-se um ao outro.

### 3.3.2.2 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

A segunda espécie de tutela antecipada é a sancionatória, a qual tem como requisito específico o *abuso do direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório do réu*, consoante se depreende do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil:

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:  
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

É chamada de sancionatória porque é aplicada como consequência das atitudes exteriorizadas pela parte, que abusa de seu direito de defender-se no âmbito processual ou demonstra, por ações ou omissões, um espírito (intuito) protelatório ligado ao processo em trâmite.

<sup>106</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78.



Não há nesta espécie de tutela antecipada qualquer situação que envolva urgência, como algum risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Não se está lutando contra o fator *tempo*, mas sim contra atitudes ilegítimas de uma parte que possam gerar (maior) morosidade na prestação jurisdicional à parte requerente.

Explica Tiago Asfor Rocha Lima:

É exatamente essa falta de seriedade do comportamento do réu em juízo que o legislador pretende apenar, não só porque prejudica diretamente o promovente da ação, que tem a fruição do seu direito injustamente retardado, como também afeta indiretamente o direito dos demais jurisdicionados, visto que travará o regular processamento do restante dos processos judiciais<sup>107</sup>.

Acerca dos conceitos de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, parte da doutrina entende que o primeiro é menos abrangente e pode ser alocado no âmbito do segundo.

Esta corrente afirma que todo abuso do direito de defesa termina por atrasar o andamento do processo<sup>108</sup>, sendo comum o legislador utilizar de expressões sinônimas ou parecidas para reforçar o sentido da interpretação.

Em outro sentido, há corrente doutrinária dissidente, a qual afirma que o legislador não usa de palavras pleonásticas e se exarou no texto duas expressões distintas separadas pela conjunção *ou*, o fez com o intuito de demonstrar que são desiguais e não sinônimas.

Assim, para tais pensadores, o abuso do direito de defesa não está incutido no manifesto propósito protelatório do réu, pois aquele indica abuso por meio de atos endoprocessuais (especificamente os de defesa, tais como a contestação, a exceção, dentre outros) e este significa abuso por meio de atos exoprocessuais, os quais, conquanto realizados fora do processo, ricocheteiam seus efeitos nele (exemplo: devolução atrasada dos autos à secretaria)<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 100.

<sup>108</sup> “Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar; inclusive quem, no curso da demanda, prova incidentes infundados. Assim agindo, além do abuso de direito, revela propósito protelatório” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45).

<sup>109</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79.

De sorte, adotada qualquer das correntes supracitadas, a conclusão é a mesma quando algumas das atitudes de má-fé são provadas: antecipação da tutela à outra parte.

### 3.3.2.3 Incontrovérsia do pedido ou de parte dele

O requisito da incontrovérsia do pedido ou de parte dele, somado aos requisitos gerais (com exceção da prova inequívoca da verossimilhança das alegações), dá ensejo à chamada tutela de evidência ou tutela antecipada por incontrovérsia.

Inserida na legislação brasileira recentemente, por meio da Lei nº 10444/02, ela está alocada no parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, com os seguintes termos:

Art. 273. § 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

De início, cumpre salientar que há dissenso doutrinário a respeito da natureza jurídica deste instituto: se é, de fato, uma terceira espécie de tutela antecipada ou hipótese de julgamento antecipado da lide.

A doutrina majoritária<sup>110</sup> entende que, conquanto o dispositivo esteja localizado na parte do Código de Processo relativa à antecipação da tutela, sua natureza jurídica, em verdade, é de julgamento antecipado da lide (*sentença antecipada*). Isso porque o magistrado se vale da cognição exauriente para concluir que determinado pedido ou parte dele é incontroverso, o que gera como consequência a impossibilidade de alteração desta decisão quando do sentenciamento do feito.

---

<sup>110</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47 e 55; DÓRIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.72; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71.

Sobre tal sentença antecipada, para a corrente supracitada, recai o manto da coisa julgada material. Por tal razão, há entendimento de que não se aplicam os parágrafos 2º e 4º do artigo 273, visto que o primeiro veda a concessão da antecipação se houver risco de irreversibilidade fática da medida e o segundo afirma ser possível a revogação ou modificação da medida, a qualquer tempo, por decisão fundamentada do juiz. Como se vê, tais parágrafos não se coadunam com a ideia de imutabilidade da decisão da sentença de antecipação, vislumbrada por essa corrente.

Noutro vértice, parte da doutrina<sup>111</sup> possui entendimento oposto: que o parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil possui sim natureza jurídica de tutela antecipada e não de julgamento antecipado.

O primeiro argumento desta corrente se assenta na localização do referido parágrafo 6º: dentro do artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual trata do tema “tutela antecipada”. Entender que este parágrafo tem natureza jurídica de julgamento antecipado desvirtua a própria sistemática processual, visto que se o legislador entendesse da forma como pensa a doutrina majoritária, ele mesmo teria inserido o dito parágrafo no artigo 330 do digesto processual.

Em segundo lugar, não se encontra qualquer óbice na aplicação dos parágrafos 2º e 4º à tutela de evidência, haja vista ser a mesma concedida em juízo de verossimilhança, por meio da cognição sumária, como todas as demais modalidades de antecipação de tutela. É, pois, verdade que o juízo verossímil é mais rígido<sup>112</sup> que nas outras espécies antecipatórias, mas isso não retira a característica da sumariedade da cognição.

Não há cognição exauriente e, como corolário, inexistente coisa julgada material pairando sobre a decisão de antecipação. Se houver fundamentação idônea para que ao final o juiz sentencie de forma diversa da antecipação, ele está totalmente autorizado a modificar ou a revogar a sua antiga decisão de deferimento da medida antecipatória.

---

<sup>111</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 171-172.

<sup>112</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1035.

Bem aclara a ideia Tiago Lima:

Com a devida vênia, a sistemática processual não pode, nem merece sofrer desvirtuamento em virtude de uma única alteração legislativa, que sequer tratou de possibilitar o julgamento parcial da demanda, tampouco classificou a figura do §6º, do art. 273, de irreversível. Ao revés, fez tudo de maneira diversa, ou seja, inseriu-a no rol das situações de tutela antecipada (art. 273) e ainda ponderou a possibilidade de a “tutela antecipada” ser revogada ou modificada a qualquer tempo (§4º, art. 273), sem diferenciar quais espécies de tutela antecipada poderiam sofrer alteração.

Demais disso, é básico nos estudos da tutela antecipada o seu caráter de provisoriedade, decorrente de um juízo de cognição sumária, o que lhe permite sofrer modificações a qualquer tempo. Logo, não se pode admitir que, ao mesmo tempo, se reconheça a hipótese do §6º, do art. 273, como sendo de tutela antecipada e não se permita alterá-la em momento subsequente<sup>113</sup>.

No mais, além desta discussão sobre a natureza jurídica do instituto, há que se discorrer acerca dos aspectos sobre o cabimento desta modalidade de antecipação de tutela.

É possível concedê-la na hipótese de não existir discussão ou da mesma ter se finalizado no decorrer do processo sobre um determinado pedido ou parte de um pedido único. Nessas condições, se o magistrado se convencer da existência do direito alegado, não necessitará aguardar a finalização da demanda, e deverá, desde já, antecipar a tutela.

A medida se coaduna perfeitamente com a tão almejada efetividade processual, já que não é razoável fazer com que a parte aguarde o término da discussão dos demais pontos litigiosos para usufruir daquele(s) que já se encontra(m) pacificado(s).

Haverá incontrovérsia quando houver reconhecimento jurídico do pedido ou na hipótese de ausência de impugnação (se o juiz entender que o autor é detentor do direito alegado por meio dos fatos que narrou). Alguns afirmam que também será incontroverso o pedido se, não obstante houver contestação, ela não transparecer seriedade, ou seja, for fundada contra fato notório, presunção absoluta ou súmulas de tribunais superiores<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 113.

<sup>114</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1039.

### 3.4 Momento da Antecipação da Tutela

Hodiernamente é pacífico o entendimento de que a antecipação da tutela pode ser concedida a qualquer momento do processo antes de seu trânsito em julgado. Completados os requisitos, a parte pode, por meio de petição incidente, requerê-la ao magistrado.

Tendo em vista que o instituto em análise visa aumentar a efetividade do processo, vê-se com a praxe jurídica que, como regra, a tutela é antecipada no início do desenrolar processual, *inaudita altera parte* (antes da citação do réu) ou logo após a oitiva do réu. Isso porque, a grande maioria dos pedidos de antecipação ocorre em decorrência da presença do fator urgência no caso concreto (tutela antecipada de urgência).

Saliente-se que a concessão da medida antes mesmo da citação da outra parte é extremamente excepcional, só ocorrendo se a espera da completude da relação processual puder ocasionar o perecimento do direito alegado. A razão desta excepcionalidade se explica no fato de que o contraditório, direito fundamental protegido constitucionalmente, será diferido para um momento posterior. Não há aqui uma ofensa ao contraditório, mas não se pode negar que o mesmo será limitado pelas circunstâncias do caso.

Afirma Nelson Nery Júnior:

Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim *limitação imanente* do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento<sup>115</sup>.

Nessas hipóteses, a decisão do juiz será veiculada mediante uma interlocutória, a qual poderá ser revertida com o recurso de agravo de instrumento.

Seguindo a linha processual, a tutela poderá ser também antecipada na sentença. Conquanto, inicialmente, se pareça uma incongruência a concessão neste momento do processo, se se pensar numa decisão favorável ainda não exequível, a medida se torna totalmente harmoniosa no sistema: ela corresponde a

---

<sup>115</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Procedimentos e tutela antecipatória**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 392.

uma “autorização para execução provisória, em caso de reexame necessário ou recurso de apelação”<sup>116</sup>.

Nas palavras de Gustavo Bohrer Paim:

É legítima a antecipação dos efeitos da futura sentença nas hipóteses em que a própria sentença não tenha executividade imediata decorrente de reexame necessário ou de recurso com efeito suspensivo. Aliás, confirmada pela sentença a procedência do pedido de antecipação de tutela, o eventual recurso não poderá ter efeitos suspensivo, porque incompatível com o sistema adotado (art. 520, VII, do CPC)<sup>117</sup>.

Com igual pensamento, José Roberto Bedaque:

Também nada impede, evidentemente, que tal ocorra na própria sentença, proferida quer em sede de julgamento antecipado, quer após audiência [...]. Aliás, a antecipação concedida na própria sentença tem como consequência exatamente retirar o efeito suspensivo da apelação. No que se refere aos efeitos antecipados, o julgamento é imediatamente eficaz, ainda que suscetível de apelação. Por isso mesmo inexistente qualquer incompatibilidade entre a possibilidade de a antecipação acarretar a produção de efeitos antes mesmo do julgamento final e a não produção de efeitos da sentença sujeita à apelação<sup>118</sup>.

Por fim, a antecipação dos efeitos da tutela pode se dar em sede recursal, sendo conferido pelo Tribunal. Nesta hipótese, será competência do relator processar o pedido, ouvir a parte contrária, em audiência de justificação, se necessário, e conceder ou não a medida. Referida decisão pode ser atacada por meio de agravo para o colegiado responsável.

No mais, fora da linha processual que se tinha em mente, o Tribunal poderá conceder antecipação da tutela quando houver pedido em demanda originária, quando o pedido for denegado em primeira instância e houver recurso do mesmo (num passado próximo, chamado de *efeito ativo*) e, quando houver um grave perigo de dano e não houver um mecanismo ordinário previsto na legislação, por meio de ação diretamente proposta no Tribunal<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137.

<sup>117</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137.

<sup>118</sup> BEDAQUE, José Roberto. **Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 234.

<sup>119</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 138.

### 3.5 Eficácia Temporal e Revogação ou Modificação da Tutela Antecipada

Como dito anteriormente, a tutela antecipada é uma medida temporária, concedida em sede de cognição sumária, com juízo de verossimilhança, e que, por isso, será substituída pela decisão definitiva, pronunciada mediante juízo de certeza sob uma exauriente cognição, a qual confirmará ou rejeitará a decisão antecipatória: se proferida em primeira instância, a decisão final terá forma de sentença; noutra vértice, se exarada pelo Tribunal, será o acórdão que decidirá a manutenção ou não da medida.

Referida decisão final deverá aclarar a situação daquele que se beneficiou anteriormente pela antecipação dos efeitos da tutela: se continuará a usufruir do benefício conseguido ou se não, com a respectiva revogação da medida. Por isso, explica Daniel Amorim que o magistrado, como regra, deve ser enfático sobre o assunto:

A sentença deverá confirmar ou rejeitar a tutela antecipada anteriormente concedida, e o ideal é que isso seja realizado de forma expressa pelo juiz, não deixando qualquer margem à dúvida. Não havendo tal manifestação expressa, saber o *status* da tutela antecipada dependerá do conteúdo da sentença:

- (a) havendo procedência do pedido do autor, a tutela antecipada terá sido implicitamente confirmada;
- (b) havendo improcedência do pedido do autor ou extinção sem resolução de mérito, a tutela antecipada terá sido implicitamente revogada<sup>120</sup>.

Ademais, consoante se depreende da leitura do parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, além da obrigatória substituição da decisão de antecipação pela decisão definitiva ao final da demanda, a qualquer momento ela poderá ser revogada ou modificada pelo magistrado por meio de decisão fundamentada, caso a situação que respaldou a sua prolação tenha desaparecido ou se alterado.

---

<sup>120</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1062. Aponta ainda o referido autor que, em determinadas circunstâncias, poderá o magistrado manter a antecipação da tutela mesmo se julgar improcedente o pedido: isso ocorrerá quando o juiz entende que sua decisão provavelmente será revertida pelo Tribunal e que a não manutenção da tutela antecipada pode ocasionar grave risco de dano irreversível ou de difícil reparação ao autor da demanda (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1062-1063).

O dispositivo legal supracitado aduz que, *in verbis*: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”<sup>121</sup>.

A razão desta possibilidade advém da característica *provisoriedade* da medida antecipatória, ou seja, por ser a sua concessão *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas se mantiverem assim).

Entende João Batista Lopes:

Impende insistir na afirmação de que a tutela antecipada é revogável a qualquer tempo. Precisamente por ter caráter provisório, é concedida *rebus sic stantibus*, do mesmo modo que se verifica com a liminar cautelar. Assim, persistindo o estado de perigo, não pode o juiz, imotivadamente, revogar a medida<sup>122</sup>.

Em idêntico sentido, Araken de Assis:

Evidentemente, há que surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, a seu talante e em conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois, ou vice-versa<sup>123</sup>.

Questão interessante que se põe em cena neste ponto do trabalho é a possibilidade ou não de modificação ou revogação da antecipação da tutela de ofício pelo magistrado.

A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de negar esta possibilidade<sup>124</sup>, uma vez que, se o requerimento é um dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela, analogicamente, para a sua revogação ou modificação a parte interessada deverá requerer ao juiz que o faça, trazendo os documentos comprobatórios da alteração da situação.

Trata-se de consequência de regra lógica: como não há a possibilidade, segundo a corrente majoritária, de se conceder a antecipação da tutela sem requerimento da parte interessada, de igual modo, não se pode

---

<sup>121</sup> Código de Processo Civil, art. 273. § 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

<sup>122</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

<sup>123</sup> ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

<sup>124</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1065. O autor cita como não favoráveis à atuação de ofício: Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni e José Joaquim Calmon de Passos.



simplesmente revogá-la ou modificá-la sem que a outra parte peça e demonstre que isso se faz necessário.

Carreira Alvim sustenta entendimento similar:

Exatamente porque a antecipação da tutela não constitui, ainda, a decisão da causa, o que só ocorrerá com a sentença de mérito, após regular instrução do feito, com a observância do contraditório, forçoso é reconhecer que se trata de um provimento precário, no sentido de que é emitido à base de um juízo provável, mas, também, provisório; juízo pronunciado *secundum eventum litis*, que pode ou não se confirmar. No entanto, trata-se de um provimento emitido a requerimento de uma das partes (o autor), para se valer em face da outra (o réu), pelo que sua revogação ou modificação, a qualquer tempo, tal como previsto no § 4º do art. 273 do CPC, depende, igualmente, de requerimento da parte, não podendo o juiz, neste caso, proceder *ex propria auctoritate*<sup>125</sup>.

Aqueles que discordam desta impossibilidade afirmam que o princípio dispositivo é atenuado nas tutelas de urgência, já que os poderes do juiz devem ser aptos a criarem um processo que traga efetividade às partes. Aduzem que não se deve utilizar o argumento da isonomia ou paralelismo das formas, já que conceder a antecipação da tutela não é uma coisa, ao passo que a revogação ou modificação da mesma são outras, completamente diferentes<sup>126</sup>.

Não obstante esta dissonância doutrinária, fato é que as medidas antecipatórias são sim passíveis de revogação ou modificação, em qualquer momento, visto que concedidas com juízo de verossimilhança derivadas da cognição sumária pelo magistrado.

### 3.6 Da Tutela Antecipada no Novo Código de Processo Civil

Aos dezessete dias do mês de dezembro de 2014 fora aprovado, no Congresso Nacional, o novo Código de Processo Civil (PLS 166/10)<sup>127</sup>, o qual entrará em vigor após um ano de *vacatio legis*.

<sup>125</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 110-111.

<sup>126</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada – doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 132.

<sup>127</sup> Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI213585,71043-Novo+CPC+nao+tem+prazo+para+ser+sancionado>>. Acesso em: 10.01.2015.

Tendo em vista referida inovação legislativa, não obstante não ser tema do presente trabalho, indispensável que se pontue, perfunctoriamente, os pontos que serão alterados pela novel legislação.

Ressalte-se, desde já que, como o texto ainda não fora promulgado pela atual Presidente da República, Dilma Rousseff, o mesmo poderá sofrer vetos que porventura alterarão as informações aqui trazidas.

Pois bem. O tema da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil começa a ser tratado no artigo 292, o qual inicia o livro V, intitulado de tutela provisória.

Aduz o artigo 292 do novo Código de Processo Civil que “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência” e, posteriormente, em seu parágrafo único que “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Disso decorrem três primeiras conclusões: a *tutela antecipada* teve seu *nomen iuris* transmudado para *tutela provisória*, o que já deixa evidente a característica da provisoriedade da medida (com todas as suas consequências, como a cognição sumária e o juízo de verossimilhança/probabilidade); em segundo lugar, com a leitura dos nomes dos capítulos do Livro V, percebe-se que as tutelas antecipada e cautelar foram reunidas dentro da matriz tutela provisória, sendo tratadas de forma mais paritária, pelos mesmos dispositivos legais<sup>128</sup>; e, em terceiro, a conclusão de que a tutela de evidência é sim uma espécie de tutela antecipada (ou tutela provisória, de acordo com o novo CPC) e não uma antecipação do julgamento de mérito, nos moldes do artigo 330 e seguintes do Código de Processo Civil ainda vigente (como afirmava a maioria dos doutrinadores).

Outra grande alteração será a possibilidade de requerimento da antecipação da tutela de forma antecedente, tal como ocorre com a tutela cautelar na atualidade. A tutela antecipada, pelo Código de Processo Civil em vigência, só pode ser requerida incidentalmente, num processo já em curso ou concomitante à sua propositura. No novo Código de Processo Civil, ela poderá ser requerida por petição que, após o deferimento da mesma, deverá ser complementada com os

---

<sup>128</sup> “Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106).

demais argumentos para procedência de seu pedido final (artigo 301, novo Código de Processo Civil).

Por fim, tendo em vista que o objetivo deste tópico não é esgotar o tema a respeito da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil e sim trazer algumas das modificações mais relevantes, aponta-se o aumento do número de hipóteses de concessão da tutela de evidência, a qual não dependerá da demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, quais sejam: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Para sanar eventual dúvida acerca da medida antecipatória no novel digesto processual, colaciona-se a parte referente do projeto ao final deste trabalho, no anexo de legislação.

## 4 DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Após uma análise perfunctória acerca dos institutos da Fazenda Pública e da tutela antecipada, adentra-se no principal capítulo deste trabalho, o qual abordará o tema específico das restrições à antecipação de tutela em face do Poder Público.

Neste momento haverá o estudo das minúcias que envolvem o assunto, como as hipóteses de cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda, as hipóteses em que é vedada a antecipação, a influência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, e, por fim, uma análise sobre o tormentoso embate entre o interesse individual versus o interesse coletivo e o princípio da reserva do possível.

### 4.1 Da Possibilidade de Antecipar Efeitos da Tutela em face do Poder Público

De início, é absolutamente necessário afirmar que a antecipação da tutela em face do Poder Público não é, por si só, proibida. Não há qualquer vedação genérica no sistema: se preenchidos os requisitos necessários para a sua concessão, é totalmente possível o deferimento da medida antecipatória, mesmo que contra a Fazenda Pública, visto que, como é cediço, o instituto em análise objetiva trazer maior efetividade ao instrumento processual.

Todavia, nem sempre foi esse o entendimento majoritário da doutrina na história pátria. Vários argumentos eram lançados contra a possibilidade dessa concessão, alguns dos quais, diante da superação, não serão aqui analisados. De qualquer forma, dois eram os principais arazoamentos que concluía na impossibilidade de antecipar contra o Poder Público: o reexame necessário (ou duplo grau obrigatório) e o regime de pagamento por meio de precatórios (das obrigações pecuniárias).

O reexame necessário, conforme já estudado em capítulo anterior desta monografia, é um instituto processual que tem natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*, ou seja, obrigação que se impõe e que, se não cumprida,

impede que sentenças proferidas nas hipóteses taxativamente previstas em lei gerem seus efeitos: o Código de Processo Civil determina que algumas sentenças só podem produzir efeitos e transitar em julgado se examinadas pela segunda instância, mesmo que todos os participantes da respectiva demanda estejam, em primeiro grau, de acordo com ela.

Pela leitura de seu conceito já é possível concluir que ele em nada prejudica a concessão de medidas antecipatórias. O reexame necessário é exigido para que sentenças contra o Poder Público transitem em julgado e sejam eficazes (artigo 475, caput, Código de Processo Civil), ao passo que a antecipação da tutela, caso seja deferida, o será por meio de decisão interlocutória. Assim, uma decisão interlocutória não necessitará passar pelo crivo do reexame para surtir efeitos, já que não corresponde à espécie decisória *sentença*.

De acordo com entendimento de Juvêncio Vasconcelos Viana:

A antecipação da tutela dar-se-á mediante provimento interlocutório e esse não está sujeito ao duplo grau obrigatório do art. 475, CPC, produzindo, portanto, efeitos de imediato. Apenas a sentença desfavorável à Fazenda Pública é que deve ser sujeita ao reexame obrigatório. Não, o pronunciamento interlocutório que antecipa efeitos da tutela. Os efeitos virão imediatamente, haja vista que o recurso cabível – de agravo –, salvo concessão excepcional pelo julgador (art. 558, CPC), não contará com efeito suspensivo<sup>129</sup>.

Aqueles que entendem que a decisão que antecipa a tutela deve passar pelo filtro do reexame necessário, mesmo quando se trata de interlocutória, poderiam afirmar: conquanto haja argumentos para a desnecessidade de duplo grau obrigatório em decisões interlocutórias que abarcam a medida antecipatória, caso a tutela seja concedida na sentença, o que é absolutamente possível, não seria o reexame indispensável?

Não obstante a argumentação parecer sólida, há que se lembrar que o próprio sistema processual não condicionou, de forma absoluta, o efeito suspensivo ao reexame necessário. Em certas situações, apesar de haver remessa oficial para análise do Tribunal respectivo, não haverá a plenitude da suspensividade (efeito suspensivo), vez que se encontra em jogo a efetividade do processo, direito que pertence aos cidadãos.

---

<sup>129</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 155.

### Com maestria, explica Juvêncio Viana:

A conclusão a que se chega é que poderá haver o duplo grau obrigatório, mas, nesses casos, a remessa oficial deve vir sem prejuízo da execução dos efeitos antecipados.

É certo que toda essa confusão advém especialmente de uma notória incongruência que prevalecia no sistema: com a chegada da antecipação de tutela no processo brasileiro, uma decisão interlocutória, prolatada com base em cognição sumária, apresentava-se mais eficiente (eficaz, melhor dizendo) que a decisão final, sentença, proferida após amplo contraditório e com base em cognição exauriente. A contradição residia na coexistência da tutela antecipatória com a ausência da executividade imediata da sentença. No plano da apelação, venceu-se tal embaraço com a explícita previsão de não-suspensividade do apelo que desafia a sentença confirmatória da antecipação dos efeitos da tutela (inc. VII, art. 520, CPC)<sup>130</sup>.

Por sua vez, o segundo argumento utilizado para concluir na proibição da antecipação de tutela em face da Fazenda era de que a mesma detém a prerrogativa de pagar os seus devedores por meio do sistema dos precatórios, consoante se depreende da análise do artigo 100 da Constituição da República<sup>131</sup> e

<sup>130</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 158-159.

<sup>131</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º 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 nº 62, de 2009).

§ 6º 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

do artigo 730 do Código de Processo Civil<sup>132</sup>, e os mesmos só são expedidos, como regra, após o trânsito em julgado da sentença.

Ocorre que, como é sabido, as normas não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto e com respeito ao sistema em que se inserem. O artigo 730 do digesto processual coexiste, sistematicamente, com o dispositivo da

pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

<sup>132</sup> Código de Processo Civil, art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

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

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

tutela antecipada (artigo 273 do Código de Processo) e, por isso, devem ser interpretados harmonicamente.

Assim, conquanto se saiba que não é a regra a expedição de precatórios sem o trânsito em julgado da demanda, com a decisão que defere a medida antecipatória, mesmo que em sede de decisão interlocutória, o mesmo haverá de ser expedido pela autoridade judiciária competente.

Esse é o entendimento de Juvêncio Viana:

De fato, admitir-se a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública não poderia implicar total abolição da via do precatório. Cuidando-se de decisão antecipatória de pagar quantia certa, aquele seria, sem dúvida, utilizado como “instrumento operacionalizador” da antecipação, respeitando-se, assim, o modus traçado pela Lex Magna<sup>133</sup>.

Daniel Amorim aduz que parte da doutrina propõe a tese do *precatório provisório*, mas ressalva que tal inovação não é bem aceita na praxe judiciária:

A alegação de que somente com o trânsito em julgado é possível expedir o precatório (art. 100, caput, da CF) merece duas observações: nem sempre o pagamento de pagar quantia certa dependerá de precatório, mas mesmo nessas situações o texto constitucional exige o trânsito em julgado (art. 100, §3º, da CF). Nesse caso existe doutrina que defende a tese do “precatório provisório”, mas esse expediente não vem sendo admitido na praxe forense. É natural que a questão de exigência do trânsito em julgado para o pagamento por precatório ou mesmo de pagamento de dívidas de pequeno valor só tem relevância na obrigação de pagar quantia, sendo argumento inaplicável nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa<sup>134</sup>.

Como bem afirma o autor, a discussão acerca de haver ou não a necessidade de expedição de precatório e de qual a correta nomenclatura que se deve declinar a ele (quando a decisão ainda não transitou em julgado), somente é interessante nas obrigações de pagar quantia certa e a partir de determinado valor. Como se sabe, as condenações da Fazenda Pública que se adequam ao que se chama de pequeno valor<sup>135</sup> não são pagas por expedição de precatórios, mas sim por *requisições de pequeno valor* (RPV). Ademais, as obrigações de fazer, não fazer

<sup>133</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 186.

<sup>134</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 1068.

<sup>135</sup> Até sessenta salários mínimos para a União, quarenta para os Estados e trinta para os Municípios, sendo que os últimos podem escolher outros valores, desde que respeitado o piso correspondente ao maior valor pago a título de benefício previdenciário pelo Regime Geral de Previdência Social.



ou entregar coisa também independem do instituto do precatório, sendo executáveis de plano.

Acerca das duas argumentações aqui rebatidas, conclui, Luiz Rodrigues Wambier:

Nenhum óbice remanesce à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, pois a decisão que concede a medida antecipatória da tutela jurisdicional condenatória não se consubstancia em sentença, essa sim sujeita aos efeitos do art. 475 e à ordem dos precatórios<sup>136</sup>.

Por fim, há que se ressaltar que, apesar de se ter trazido argumentações necessárias para concluir que é possível a medida antecipatória em face da Fazenda Pública, não se pode dizer que essa possibilidade é absoluta e que não comporta exceções. De revés: tendo em vista que não há direitos absolutos no ordenamento jurídico pátrio, não será o direito à antecipação da tutela (contra o Poder Público) um deles. Existem, sim, hipóteses em que não será possível obter tutela antecipatória em face da Fazenda, pois ela se chocaria com valores considerados maiores e que devem ser prioritariamente protegidos, tal como o interesse público e coletivo.

#### **4.2 Evolução Legislativa sobre a Tutela Antecipada em face do Poder Público: Hipóteses de Vedação à Concessão da Tutela**

Várias foram as leis editadas para tratar do assunto da antecipação da tutela em face do Poder Público durante a história brasileira.

Muitas dessas leis, todavia, tratavam das tutelas cautelares e antecipadas de forma conjunta, seja por falta de amadurecimento da doutrina sobre o assunto à época, seja por eventual atecnia legislativa.

De qualquer forma, como se demonstrará a seguir, o intuito do legislador, quando da elaboração dos diplomas abaixo estudados, era diminuir o número de decisões prolatadas contra os interesses fazendários (que desaguam no

---

<sup>136</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação da tutela e desapropriação indireta**. Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 295.

interesse de toda a coletividade), reduzindo, o tanto quanto fosse possível, o prejuízo sofrido pelo erário.

#### 4.2.1 Lei nº 2770/56

Tendo em vista a situação econômica do país no período<sup>137</sup>, fora editada a Lei nº 2770 no ano de 1956, a qual vedou a concessão de liminares que liberavam mercadorias, bens ou coisas de origem estrangeira para entrada no país, com o fito de proteger a principiante indústria nacional automobilística, que havia acabado de se instalar em território nacional<sup>138</sup>.

*In verbis*, o artigo primeiro da referida legislação:

Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.

De forma a corroborar com a ideia trazida pela respectiva lei, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 262, a qual aduz que “Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel”.

#### 4.2.2 Lei nº 4348/64

Pouco tempo após a instauração do regime militar no Brasil, fora implantada uma reforma administrativa pelo Presidente Humberto de Alencar Castelo Branco.

Com o intuito de diminuir o número das demandas ajuizadas no Poder Judiciário que discutiam essas mudanças recém-implementadas, fora promulgada a

---

<sup>137</sup> BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 48-49.

<sup>138</sup> Disponível em: <<http://www.infoescola.com/economia/industria-automotiva-no-brasil>>. Acesso em: 13.01.2015.

Lei nº 4348, no ano de 1964, que estabeleceu limitações à concessão de mandados de segurança: vedou liminares que reclassificavam ou equiparavam servidores públicos ou concediam extensão ou aumento de vantagens.

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.  
Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

#### 4.2.3 Lei nº 5021/66

A Lei 5021 de 1966 trouxe outra limitação aos mandados de segurança apresentados pelos servidores públicos: estabeleceu que as vantagens e os vencimentos, objetos do *writ*, somente seriam pagos a partir da data do ajuizamento do mesmo (e não retroativamente), além de proibir a concessão de liminares que ordenavam o pagamento dessas vantagens e vencimentos.

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.  
§ 1º - VETADO  
§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.  
§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.  
§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

O Supremo Tribunal Federal possui enunciado de Súmula com idêntica dicção (Súmula nº 271): “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Tendo em vista que a supracitada lei proibia o recebimento retroativo de vencimentos e vantagens atrasadas pelo servidor público por meio do mandado de segurança, os advogados encontraram outro caminho para obter o mesmo

resultado: passaram a demandar idêntico pedido, mas com outro instrumento processual, qual seja, a medida liminar na ação cautelar. Isso desaguou na edição da Lei 8437/92.

#### 4.2.4 Lei nº 8076/90

A Lei 8076 de 1990, derivada da medida provisória nº 198/90, elenca várias hipóteses em que houve a suspensão da possibilidade de concessão de medidas liminares:

Art. 1º Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versem matérias reguladas pelas disposições das Leis nºs 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares.

Parágrafo único. Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquela que julgue procedente o pedido, sempre estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal.

Renato Luís Benucci afirma que a inovação legislativa foi uma tentativa de restringir as polêmicas argumentações sobre o Plano Collor, à época, recém-aplicado na economia brasileira, e que colocou em prática diversas reformas econômicas para (tentar) estabilizar a (galopante) inflação que dominava o mercado<sup>139</sup>.

#### 4.2.5 Lei nº 8437/92

Como resposta ao uso agravado da tutela cautelar, gerado pela Lei nº 5021/66, editou-se a Lei nº 8437 em 1992, a qual, categoricamente, afirmou que é vedado ao magistrado a ordenação de medidas liminares contra o Poder Público em

<sup>139</sup> BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 49.

ações cautelares ou quaisquer outras, caso a concessão seja proibida em sede mandamental.

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.

E mais: consoante dispôs o parágrafo primeiro do artigo primeiro da lei em tela, “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”, disposição essa que somente não será aplicada em sede de ação popular e de ação civil pública (parágrafo 2º do artigo 1º).

Por sua vez, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal aduz que a concessão da liminar não pode resultar no esgotamento de parte ou do todo o objeto da demanda. Isso significa, noutras palavras, que não se deve conceder a tutela caso haja perigo de irreversibilidade, consoante alude o parágrafo 2º do artigo 273 do vigente Código de Processo Civil.

Eduardo Talamini afirma que o artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei 8437 não foi redigido tecnicamente, com refinamento terminológico:

O objeto da demanda (o reconhecimento e [ou] a atribuição de um bem da vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre restará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que, juridicamente, o provimento de urgência, uma vez que é provisório, é sempre reversível<sup>140</sup>.

Em verdade, o dispositivo legal refere-se à necessária reversibilidade fática da medida, a qual é requisito para a concessão da antecipação da tutela. Ressalte-se, todavia, que, como já explicitado no tópico referente, tal requisito não é encarado como absoluto e intransponível atualmente.

Após uma análise do caso concreto, mediante parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, é possível que o juiz conclua que conceder a

---

<sup>140</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutelas de urgência contra a fazenda pública**. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2009, p. 19-20. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_EDUARDO\\_TALAMINI.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf)>. Acesso em: 13.01.15.

antecipação, mesmo quando ela se mostra irreversível (no que diz respeito aos fatos), causa menor prejuízo do que a sua não concessão. Neste caso, ela deverá ser deferida.

#### **4.2.6 Lei nº 9494/97**

Com a inserção da redação do artigo 273, pela Lei nº 8952/94, no atual Código de Processo Civil, houve uma separação técnica dos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada (o que não impediu que os mesmos, por vezes, ainda fossem confundidos pelos operadores do direito).

Logo após esse ganho de autonomia, o instituto da antecipação de tutela mostrou-se como um verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos e satisfatividade fática do objeto da demanda, tal como nos mandados de segurança, sobressaindo-se ao ser comparado com o lento e gradual desenrolar processual do procedimento ordinário.

Com receio de que essa efetividade pudesse se converter em grandes prejuízos aos cofres públicos, o Chefe do Poder Executivo da época editou a medida provisória nº 1570/97 que ampliou as restrições às medidas liminares em mandado de segurança para alcançar os processos em que havia pedido de antecipação de tutela.

Tal medida provisória foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, sendo promulgada a Lei nº 9494/97.

O seu artigo primeiro aduz que:

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

Ademais, com a inclusão do parágrafo 5º ao artigo 1º da Lei nº 8437/92 pela medida provisória nº 2180-35/01, o mesmo acabou por se tornar aplicável também às medidas antecipatórias, visto que a nº Lei 9494/97 ordena a aplicação do artigo 1º da Lei nº 8437/92 ao instituto em análise.

O parágrafo 5º supracitado afirma que “Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”.

Assim, vedou-se, também, a liminar de compensação de créditos tributários e previdenciários quando o instrumento processual utilizado é a tutela antecipada.

Por fim, indispensável que se ressalte que determinada lei foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, julgada, em definitivo no ano de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, a ser estudada em tópico adiante.

#### **4.2.7 Lei nº 12016/09**

Com a promulgação da Lei nº 12016 em 2009, a Lei nº 4348/64 fora revogada e o instituto do mandado de segurança passou a ser disciplinado pela novel legislação (nova lei do mandado de segurança).

Conquanto temporalmente nova, a Lei nº 12016 não trouxe grandes alterações acerca das limitações às medidas liminares do *writ*, pois manteve as vedações que foram gradualmente incluídas na legislação brasileira.

De acordo com os parágrafos 2º e 5º do artigo 7º, não será concedida, em sede de mandado de segurança e de medida de antecipação de tutela, liminares que visem compensar créditos tributários, entregar mercadorias e bens advindos do exterior, reclassificar ou equiparar servidores públicos e conceder aumento ou estender vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

Art. 7º § 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.

§ 5º 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 no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

É possível observar que tais parágrafos apenas reuniram em único e atual dispositivo aquilo que já era tratado por diversas leis esparsas. O legislador ordinário optou por fundir as medidas de urgência, criando um sistema imbricado

para as espécies, seja tutela antecipatória ou medida cautelar, com as leis 8437/92, 9494/97 e 12016/09.

Como já se explanou acerca das medidas urgentes no Novo Código de Processo Civil, é de se notar que as antigas normas estão de acordo com a substância da novel legislação (no que tange a este específico ponto).

### **4.3 ADC nº 4 e Entendimento do Supremo Tribunal Federal**

Desde a edição da medida provisória nº 1570/97, posteriormente convertida na Lei nº 9494/97, muitas foram as críticas lançadas às suas vedações, no sentido de que as mesmas não se adequavam aos comandos normativos traçados pela Constituição.

Tais vozes alegavam duas ordens de inconstitucionalidade: uma formal, no sentido de que a Lei nº 9494 é derivada de uma medida provisória que não observou os requisitos necessários da relevância e da urgência quando de sua edição; e outra material, argumentando que as restrições impostas pela lei feriam a garantia ao acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, plasmado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Dorival Renato Pavan e Cristiane da Costa Carvalho possuíam o pensamento acima descrito:

Nem mesmo a lei 9.494, de 10.09.1997, pode se constituir em óbice à concessão da liminar, por ser restrição que atenta contra o livre direito de ação, em toda sua extensão e que, assim, não pode ser levada em consideração pelo magistrado, diante de sua flagrante inconstitucionalidade<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> PAVAN, Dorival Renato; CARVALHO, Cristiane da Costa. **Tutela antecipada em face da fazenda pública para recebimento de verbas de cunho alimentar**. São Paulo: Revista de Processo, n. 91, jul/set 1998, p. 150.



Noutro vértice, havia, também, à época, os que não entendiam dessa forma e defendiam que a Lei nº 9494 não padecia das inconstitucionalidades apontadas, tal como Joaquim José Calmon de Passos:

Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado<sup>142</sup>.

Como se percebe, havia uma enorme divergência doutrinária a respeito da constitucionalidade ou não da legislação em análise, o que, por óbvio, refletia nas decisões do Poder Judiciário e, por consequência, gerava uma jurisprudência contraditória e confusa.

Assim, com o fito de colocar um fim ao embate sobre o tema, o Presidente da República e as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados interpuseram, conjuntamente, uma ação declaratória de constitucionalidade, recebida e autuada sob o número 4 (ADC nº 4), a qual objetivava ratificar a constitucionalidade das limitações impostas pela Lei 9494/97 e pacificar o universo jurídico nacional.

Em 11 de fevereiro de 1998, o pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de medida cautelar, suspendendo a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal prolatar decisão favorável de antecipação de tutela, em face da Fazenda Pública, que utilize como argumento a possível constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 9494. A decisão foi tomada com efeitos vinculante, *erga omnes* e *ex nunc*.

Diante da importância do julgado mencionado, indispensável a sua reprodução:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "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 art. 7º da Lei

<sup>142</sup> PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Da antecipação de tutela**. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 188-189.

nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.(ADC 4 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001) (original sem grifo)<sup>143</sup>.

Após a concessão da medida cautelar, certos doutrinadores concluíram, com base na referida decisão do Pretório Excelso, que a Corte Máxima não vetou, em abstrato, a concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda, mas somente normatizou a situação: estabeleceu em quais hipóteses a concessão da medida antecipatória seria vedada, o que, via de consequência, possibilita a antecipação se a situação fática basal não estiver elencada no rol aludido como proibitivo.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier:

[...] A tão comentada MP 1.570, de 26.03.1997, convertida na Lei 9.494, de 10.09.1997, ao querer dificultar, impor óbice, criar embaraço à concessão

<sup>143</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>>. Acesso em: 14.01.15.

da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida<sup>144</sup>.

Transcorridos mais de dez anos do deferimento da medida cautelar, em 01 de outubro de 2008, o Supremo Tribunal Federal analisou em definitivo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, momento em que confirmou a decisão acautelatória e julgou procedente o pedido formulado, conforme fora publicado no Informativo de jurisprudência nº 522 do respectivo Tribunal:

PLENÁRIO – Tutela Antecipada contra a Fazenda Pública: Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 ("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 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.") - v. Informativo 167. Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, reputando ausente o requisito de urgência na medida provisória da qual originou a Lei 9.494/97, julgava o pedido improcedente, e declarava a inconstitucionalidade formal do dispositivo

<sup>144</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 552-553.

mencionado, por julgar que o vício na medida provisória contaminaria a lei de conversão.  
ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 1º.10.2008. (ADC-4)<sup>145</sup>.

Com a decisão de mérito da ADC nº 4, o Supremo Tribunal Federal consignou que a imposição legal de limites à concessão de medidas antecipatórias e de medidas acautelatórias não é inconstitucional, mas, ao revés, está em consonância com o princípio da razoabilidade, tão propalado na sociedade jurídica hodierna, não resultando em qualquer espécie de limitação ao princípio do pleno acesso ao Poder Judiciário, pois, não houve absoluta proibição das medidas, mas apenas a estipulação de regras.

Afirmou que a elaboração e aprovação de uma lei com tal conteúdo é decorrência do atual e legítimo sistema legislativo: o instituto da antecipação da tutela detém este mesmo nascedouro que a lei que trouxe as limitações e não está blindado de qualquer alteração ou mesmo de uma eventual revogação pelos representantes do povo brasileiro.

Aduziu, também, que o fato de terem sido criadas limitações à tutela antecipada não fere a liberdade de entendimento que detém o magistrado quando da prolação de suas decisões, uma vez que a referida liberdade decorre da lei, e, de igual modo, as restrições ao deferimento de antecipação de tutela contra o Poder Público, as quais, por essa razão, devem ser respeitadas nas decisões judiciais.

Assim, como se pode perceber, o próprio Supremo Tribunal Federal concorda com o posicionamento daqueles que entendem que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não é, por si só, vedada pelo ordenamento jurídico. Do contrário: a medida antecipatória é plenamente viável, mas, por óbvio, desde que respeitados os requisitos e as limitações impostos pela própria legislação à sua concessão.

---

<sup>145</sup> Informativo 522 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo522.htm>>. Acesso em: 14.01.15.

#### **4.4 Hipóteses em que é Vedada a Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública e Fundamento das Restrições**

Com a conclusão de que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública não é abstratamente vedada pelo ordenamento jurídico e que a Lei nº 9494/97, segundo o Pretório Excelso, não padece que qualquer vício de inconstitucionalidade, indispensável o estudo das hipóteses em que há vedação do deferimento da medida antecipatória em face do Poder Público e quais os fundamentos que embasam e legitimam essas exceções.

De acordo com o artigo 1º da Lei 9494 de 1997:

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

Ao interpretar, de forma sistemática, o artigo supracitado, pode-se afirmar que a lei proíbe que se conceda liminares contra a Fazenda nas ações cujo objeto seja:

- Compensar créditos tributários e previdenciários;
- Entregar mercadorias ou bens que provêm do exterior;
- Reclassificar ou equiparar servidores públicos;
- Conceder aumento ou extensão de vantagens e pagamentos de qualquer natureza aos servidores públicos.

Também há vedação de tutela antecipada quando, irrelevante o objeto da demanda:

- Trata-se de ação ordinária ajuizada em primeiro grau quando o ato impugnado for emanado por autoridade sujeita, originariamente, em sede de mandado de segurança, à competência de Tribunal, exceto se se tratar de processo coletivo;
- Se a medida puder levar ao esgotamento do objeto da ação, no todo ou em parte.

Neste sentido, aduz Athos Gusmão Carneiro:

O Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; b) concessão de aumentos ou de extensão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos; c) concessão ou acréscimos de vencimentos; d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; e) em situações das quais resulte o esgotamento, parcial ou total, a perda do objeto da ação, desde que tais ações digam respeito, exclusivamente, a quaisquer as matérias acima aludidas<sup>146</sup>.

Completando a ideia de Carneiro, afirma Gustavo Bohrer Paim:

Por certo que a concessão de antecipação dos efeitos da tutela possui algumas limitações em relação à Fazenda Pública, conforme expressamente dispõe a Lei 9.494/97, que disciplina a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, fazendo valer as limitações que eram impostas em sede de medida cautelar pela Lei 8.437/92.

Assim, não será cabível antecipação de tutela contra a Fazenda Pública quando não puder ser concedida liminar em ações de mandado de segurança em virtude de vedação legal; no juízo de primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de Tribunal; quando esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação; e também não será cabível para deferir compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Não poderá ser concedida liminar em ações de mandado de segurança: para liberar bens de procedência estrangeira (Lei 2770); para conceder reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos (Lei 4348); e para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias aos mesmos servidores (Lei 5021)<sup>147</sup>.

Apontados os casos em que se veda a concessão de liminares, impõe-se a necessidade de discorrer sobre os mesmos, com o intuito de verificar se há ou não legitimidade nas restrições.

A primeira vedação legal impede que o magistrado defira liminares de antecipação de tutela que objetivem a compensação de créditos tributários e previdenciários.

De início importante destacar que a legislação não impede a compensação de créditos tributários ou previdenciários, mas somente que essa modalidade de extinção de obrigação ocorra por meio de uma medida liminar, a qual

<sup>146</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110-111.

<sup>147</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

deriva de uma cognição sumária sobre a matéria, de forma que não é apta a conferir certeza acerca do direito do contribuinte.

Segundo as regras do direito civil, a compensação gera a extinção do crédito por serem duas pessoas devedoras uma da outra. No montante em que se igualarem as dívidas, elas poderão ser compensadas, desde que ambas sejam líquidas em seu valor, certas quanto à sua existência, vencidas e fungíveis quanto ao seu objeto<sup>148</sup>.

Pois bem. No que tange aos créditos tributários, o artigo 170 do Código Tributário Nacional<sup>149</sup> deixa claro: a compensação de tributos só pode ocorrer após editada lei que autorize e discipline as condições e as garantias a serem aplicadas (que podem ser legalmente delegadas à autoridade administrativa competente). Não poderia, portanto, ser disciplinada por atuação jurisdicional já que necessita de atuação legislativa.

Além disso, a Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça<sup>150</sup> é clara ao dizer que a compensação não pode se dar por medida liminar cautelar ou antecipatória, o que corrobora com os dizeres do artigo 170-A do Código Tributário Nacional<sup>151</sup>, o qual proíbe a compensação de crédito antes do trânsito em julgado da demanda do contribuinte.

Assim, vê-se que a razão maior para a impossibilidade de extinguir créditos tributários por meio compensação em medida liminar é a irreversibilidade fática do provimento requerido, tendo em vista que cria óbice ao eventual lançamento do crédito pela Fazenda Pública no caso de, ao final da demanda, após o deferimento da medida cautelar de compensação e conseqüente extinção creditícia, o Poder Público lograr êxito em sua pretensão.

Pontue-se que as regras acerca do crédito previdenciário seguem similar raciocínio ao do crédito tributário.

---

<sup>148</sup> Código Civil, arts 368 e 369:

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

<sup>149</sup> Código Tributário Nacional, art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

<sup>150</sup> Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça: A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.

<sup>151</sup> Código Tributário Nacional, art. 170-A. 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.

A segunda vedação impede que mercadorias e bens estrangeiros sejam liberados liminarmente. O motivo é simples e bem próximo ao da primeira restrição: se, ao final da demanda, o magistrado concluir que o requerente não detinha direito sobre os objetos advindos do exterior, a liberação prévia mediante tutela antecipatória dificulta (e em muitos casos, impossibilita) a recuperação dos mesmos pelo Fisco.

Como há grande risco de irreversibilidade do provimento, veda-se a concessão de antecipação de tutela que almeja a liberação. Se ela fosse permitida, a lei estaria compactuando com a burla a si própria ou, quiçá, com o crime de descaminho<sup>152</sup>.

Em terceiro lugar, liminares que reclassificam, equiparam, aumentam ou estendem vantagens e pagamentos aos servidores públicos também são proibidas.

O argumento é de ordem constitucional: o artigo 37 da Constituição da República, em seus incisos X e XIII<sup>153</sup>, dispõe que a remuneração dos servidores só pode ser fixada ou alterada por lei específica, de iniciativa privativa em cada um dos

---

<sup>152</sup> Código Penal, art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

<sup>153</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, incisos X e XIII:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



casos (de cada Poder e de cada esfera governamental) e que é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias do pessoal do serviço público.

A exigência de lei específica para criação de despesas públicas advém da ordem democrática, resultado de um legítimo processo legislativo, consoante aduz Carmen Lúcia:

A legalidade formal impõe condição translúcida para o cuidado com as despesas públicas voltadas ao conjunto de agentes públicos. O processo legislativo possibilita o controle por todos os cidadãos do quanto liberado sobre a matéria, de modo a que os gastos delimitados sejam conhecidos publicamente em seu total e, principalmente, nas parcelas dedicadas a cada qual dos servidores, pois a definição e o aumento de vencimentos (ou da remuneração, de uma maneira geral) serão objeto de publicidade ampla, que é própria do processo legislativo<sup>154</sup>.

Existe, ainda, uma Súmula do Pretório Excelso, a número 339, que impede que o magistrado se utilize do princípio da isonomia para aumentar os ganhos remuneratórios dos servidores<sup>155</sup>.

Assim, se não pode o juiz, em sede de sentença, mediante cognição exauriente, aumentar os vencimentos de servidores públicos, quiçá poderia mediante liminares, seja em tutela cautelar ou em medidas antecipatórias. Isso porque, conforme se demonstra com a súmula supracitada, não têm os membros do Poder Judiciário a função legislativa, exigida para esses atos.

Ademais, os gastos públicos com o pessoal estão sob um rígido controle pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), que traça limites a serem respeitados, os quais, no caso de descumprimento legal, geram diversas sanções aos respectivos órgãos/entes. Se o Judiciário puder, a qualquer momento, aumentar esses gastos, acabará por desequilibrar as contas públicas e prejudicar o erário.

A quarta vedação legal à antecipação de tutela se dá, independentemente do objeto, se a demanda ordinária, ajuizada no primeiro grau, impugnar ato de autoridade sujeita, via mandado de segurança, à competência originária do Tribunal.

---

<sup>154</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 288.

<sup>155</sup> Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Sua explicação decorre da divisão de competências dos órgãos jurisdicionais trazida pelas normas infraconstitucionais e constitucionais: um juiz de primeiro grau não pode analisar um ato de uma autoridade que deve ser julgada pelo Tribunal. Este órgão, responsável por analisar a questão em sede de mandado de segurança, que está apto a conceder a liminar de antecipação dos efeitos da tutela.

O Advogado da União, Eduardo Rodrigues Gonçalves, bem aclara o proibitivo com exemplo de um caso concreto:

Essa situação se torna mais clara em sendo analisada à luz de um caso concreto, veja-se: candidato aprovado em concurso para a magistratura estadual dentro do número de vagas, em tese, tem direito a nomeação e posse, sendo ilícita a omissão do presidente do tribunal de justiça que se recusa a nomeá-lo. Desse ato, cabe mandado de segurança no prazo de 120 dias. Ocorre que em vez de impetrar o Mandado de Segurança diretamente no Tribunal de Justiça perante o órgão especial, o candidato ingressa com uma ação ordinária em primeira instância. Nesse caso será vedada a liminar, pois estar-se-ia usurpando indiretamente competência originária de tribunal superior<sup>156</sup>.

Em quinto lugar, veda-se a concessão de antecipação da tutela se a medida for capaz de esgotar o objeto da demanda, de forma total ou mesmo parcialmente.

Tal proibição decorre de um requisito básico das medidas antecipatórias: a necessária reversibilidade fática. Se o objeto se exaurir em sede de antecipação, a consequência gerada será a sua irreversibilidade, a qual é, *a priori*, vedada pelo ordenamento jurídico.

Diz-se aprioristicamente, pois, como já estudado, a regra da necessária reversibilidade da medida não é absoluta. A depender do caso em concreto, o magistrado poderá conceder a antecipação mesmo se estiver diante de provimento irreversível. Em regra, tal ocorrência decorrerá da existência da chamada irreversibilidade de mão dupla, sendo que o julgador haverá de adotar como parâmetro para fundamentar a sua decisão o postulado da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

Assim, antes de finalizar este tópico do trabalho, já que elencadas e explicadas todas as hipóteses em que o ordenamento proíbe a antecipação de

---

<sup>156</sup> GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. **Fazenda Pública em juízo e as restrições à antecipação de tutela**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fazenda-publica-em-juizo-e-as-restricoes-a-antecipacao-de-tutela,41983.html>>. Acesso em: 15.01.15.

medidas antecipatórias em face do Poder Público, há que se afirmar que essas barreiras não são absolutamente intransponíveis.

Não obstante não haver inconstitucionalidade na lei, quando analisada em seu abstrato, em certas hipóteses concretas elas podem traduzir-se em patentes inconstitucionalidades.

Nestes casos, deve o magistrado afastar a norma legal e antecipar a tutela contra a Fazenda Pública, mesmo que isso resulte em prejuízos ao erário público. Saliente-se, apenas, que tal medida judicial não deve se tornar regra no sistema, sob pena de prejudicar o interesse público em prol do interesse individual de alguns.

Aduz Juvêncio Vasconcelos Viana:

Sem dúvida, ao legislador infraconstitucional cabe a tarefa de disciplinar as liminares, e poderá ser feito desde que respeitados os direitos e as garantias constitucionais. Não é lícito àquele vetar instituto ínsito (liminares) à tutela de urgência, implicando uma eliminação da garantia da efetiva e tempestiva tutela jurisdicional. Admitir a legitimidade de tal postura, seria impor ao particular a ideia de que esse teria assegurado seu direito à tutela efetiva somente em face de outro particular, mas contra a Fazenda Pública não<sup>157</sup>.

De fato, não se pode discordar que as limitações à antecipação da tutela contra o Poder Público devem respeitar os ditames constitucionais, não ferindo de morte os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Exemplifica a situação José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio:

Vejam alguns exemplos: (1) ação de autor em risco de vida, para que seja determinada sua imediata internação em hospital, com despesas a cargo de Plano de Saúde, conforme disposições contratuais; (2) credor que necessita de dinheiro para realizar operação cirúrgica de urgência, que não poderia aguardar o final do processo; (3) pedido de apreensão de jornais em razão de matéria injuriosa nele vinculada: antecipa-se a tutela ou os exemplares circularão, com prejuízo à reputação do autor. [...] O postulado normativo aplicativo da razoabilidade exige a consideração do caso individual ao aspecto geral na regra legal. A regra geral pode deixar de ser aplicada, por não atingir fim a que se destina o instituto da antecipação de tutela, ferindo, conseqüentemente, a própria natureza da tutela jurisdicional de urgência<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 227.

<sup>158</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela jurisdicional de urgência e irreversível**. Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 787-788.

Todavia, este argumento não é ilimitado e invencível, já que, assim fosse, poderia ser utilizado em qualquer situação fática onde a lei traz algum tipo de proibição ou delimitação de condutas. Tudo deve ser analisado e ponderado consoante critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não se podendo traçar qualquer solução absoluta na seara abstrata.

A complexidade da sociedade moderna traz várias complicações à atuação do magistrado e dos operadores do direito quando do manejo da legislação posta. As regras já não mostram sempre adequadas à resolução justa de uma controvérsia e os princípios estão, a cada dia mais, permeando o universo jurídico e constituindo-se como base (única) às decisões judiciais atuais. Isso desagua, como consequência, num maior afastamento das regras postas em prol da aplicação dos princípios.

A indagação que se faz é: até que ponto isso é viável e adequado aos anseios da sociedade jurídica brasileira? O método utilizado é mais eficaz – de forma geral – à concretização dos direitos e deveres de todos (particulares e Poder Público)?

#### **4.5 Direito Individual versus Interesse Público/Coletivo e Teoria da Reserva do Possível**

Houve demonstração, com o tópico anterior, das razões pelas quais se veda a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública em determinados casos e, também, que tais vedações não se constituem em barreiras absolutamente intransponíveis, já que, a depender do caso concreto que embasa o pedido do autor, deve-se afastar a incidência da proibição, ladeando o dispositivo legal, e efetivar, de imediato, a satisfatividade dos direitos almejados.

Assim, é possível concluir que a vedação mais polêmica dentre as apontadas é a que impede que se conceda medida liminar antecipatória se ela for capaz de esgotar o objeto da demanda, no todo ou em parte. Como dito, tal vedação encontra suporte legal no parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que indica que a antecipação da tutela deve ser passível de reversibilidade fática, caso ao final da demanda se verifique que o beneficiário não tinha razão; e que, não

podendo ser diferente, também comporta exceções a depender das especificidades do caso.

Diz-se ser a vedação mais polêmica uma vez que as principais ações ajuizadas no Judiciário, requerendo medida antecipatória em face da Fazenda Pública, com grandes possibilidades de irreversibilidade fática, são aquelas ligadas ao direito fundamental à saúde. Caso o magistrado não antecipe a tutela em prol do jurisdicionado, acaba por agravar o risco que ele está correndo, o qual pode levar à sua morte; mas, se antecipar, cria o risco de deixar o Poder Público com desfalque em seu orçamento público, pois o mesmo já adiantou as custas (muitas vezes gigantescas) do tratamento do indivíduo e este não tem as mínimas condições de devolver os valores na hipótese de não lograr êxito na sentença.

A quebra das estimativas orçamentárias do ente público não permanece somente no mesmo, refletindo em toda sociedade, a qual é a beneficiária dos investimentos custeados pelo erário. Os serviços públicos em geral podem vir a ser prejudicados com a falta de verbas e isso não atinge uma ou dez pessoas, mas milhares delas, a depender dos valores que foram gastos.

Nesse impasse a ser resolvido pelo postulado da proporcionalidade e pelo princípio da razoabilidade que se localiza uma das maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais da atualidade: a questão do direito individual versus o interesse público/coletivo e a teoria da reserva do possível.

O interesse público ou coletivo, como já definido neste trabalho, é o interesse comum, pertencente à coletividade; são os anseios da grande maioria populacional (interesse público primário). Não há um rol exaustivo que elenca os interesses públicos: a Constituição da República e as leis trazem determinadas balizas para essa conceituação, como, por exemplo, a efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, diante da impossibilidade de implementação de todos os interesses elegidos por toda a população em razão da escassez de recursos financeiros para concretizá-los e suportá-los, como bem afirmou Leonardo da Cunha, cabe ao Poder Público a definir aqueles que mais traduzem os ideais intrínsecos da sociedade local e focar na sua realização<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 33.

Ressalte-se que a eleição pelos governantes não é dotada de absoluta discricionariedade. A escolha deve ser feita dentre aqueles interesses que mais englobam os da grande maioria<sup>160</sup>.

Pois bem. Eleitos os interesses públicos que serão trabalhados em busca de sua implementação ou manutenção, os mesmos são incluídos nos planos de governo do Poder Executivo, que estabelecerá metas a serem cumpridas por meio de políticas públicas. Nesse sentido, vê-se que as políticas públicas nada mais são do que “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”<sup>161</sup>.

Tais providências serão realizadas dentro das possibilidades orçamentárias do ente público, as quais são finitas:

Por conviver com o confronto e a individualização de interesses variados e concorrentes, a definição das políticas públicas e a previsão e execução orçamentária materializam, por meio da avaliação da conveniência e da oportunidade, escolhas a serem tomadas pelo administrador público. Afinal, trata-se da alocação de recursos escassos ante as diversas necessidades públicas e possibilidades políticas<sup>162</sup>.

Há planos, metas e políticas estabelecidas para que o dinheiro público (orçamento) seja distribuído da forma mais equânime possível (igualdade substancial), de modo a abranger, eficazmente, o maior número de pessoas e atingir, finalisticamente, os objetivos almejados, principalmente a efetivação dos direitos sociais, num país desigual como o Brasil.

É evidente, portanto, que as políticas públicas estão umbilical e dialeticamente ligadas ao orçamento público.

---

<sup>160</sup> “[...] Não há total e completa liberdade (de conformação) do legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem” (SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse público. vol. 7, n. 32, jul/ago 2005, p. 220).

<sup>161</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251.

<sup>162</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fev/mar/abr, 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 20.01.15.

Na explicação de Ricardo Lobo Torres:

“O relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário [...]”<sup>163</sup>.

Tamanha a importância do orçamento público que ele é disciplinado pela própria Constituição da República (Seção II do Capítulo II do Título VI) e por outras leis, sendo as principais a Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Lei nº 4320/64 (norma geral sobre orçamentos e balanços). Toda a normatização orçamentária serve para limitar e estipular obrigações ao administrador do dinheiro público, quem deve sempre pautar-se pelo princípio da legalidade.

Explica Fernando Borges Mânica:

Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias. Sob pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da CF/88, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II da CF/88.

Acontece que, ao lado de privilegiar o processo orçamentário como instrumento de governo e de vincular a realização de despesas à previsão orçamentária, o texto constitucional definiu uma série de critérios, limites e objetivos a serem levados em conta na elaboração do orçamento público<sup>164</sup>.

Não obstante a existência desses ditames constitucionais e legais que devem ser observados quando da destinação e utilização do dinheiro público, coexiste também no sistema jurídico o direito fundamental ao acesso à justiça (que assegura que qualquer lesão ou ameaça à lesão será analisada pelo Poder Judiciário), o qual garante que, se forem preenchidos os pressupostos necessários, pode o magistrado antecipar os efeitos da tutela em prol do jurisdicionado, contra o Poder Público, e, em certas hipóteses, mesmo se a medida mostrar-se faticamente irreversível.

<sup>163</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. vol. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

<sup>164</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fev/mar/abr, 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 20.01.15.

Explica-se: o planejamento e os estudos dispendidos para a elaboração de um orçamento público que respeite todos os regramentos, limites, e molduras impostas pela lei constitucional e infraconstitucional podem vir a ser prejudicados se as condenações, em sede de antecipações de tutela que se mostrem irreversíveis, contiverem valores demasiadamente altos (valores milionários).

Nesses casos, entregar-se-á valores milionários a uma única pessoa e esse montante acabará por prejudicar toda uma coletividade, pois a falta de dinheiro no orçamento gera várias consequências nas políticas públicas e ações governamentais (voltadas ao coletivo), aos quais os valores seriam destinados. Não se está neste ponto a discutir o pagamento de montante realmente devido pelo Estado, mas aquele que, ao final da demanda, percebe-se não devido, mas desde o início já se sabia que a sua eventual devolução seria impossível (irreversível).

Obviamente, não se quer dizer que as pessoas que não tem condições de pagar o seu tratamento de saúde e correm perigo de vida nunca devem receber o deferimento da antecipação da tutela, quando pleiteada. Muito pelo contrário: o Estado deve equipar-se para efetivar o direito à saúde de toda população, consoante os ditames do artigo 196 da Constituição da República<sup>165</sup>. Objetiva-se, apenas, trazer uma ilustração do que pode ocorrer se o Poder Judiciário passar a ordenar antecipações irreversíveis de uma maneira corriqueira e irracional, sem realmente analisar a necessidade das mesmas.

Leny Pereira da Silva bem indica este problema que, atualmente, invade o princípio da separação dos poderes:

[...] Em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos. [...] É preciso cuidado, portanto, ao se dar efetividade a um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>166</sup> SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 20.01.15.



Deste embate (interesse público e coletivo “versus” interesse individual), não há como traçar uma resposta sem a análise das peculiaridades do caso concreto. Como dito anteriormente, será o postulado da proporcionalidade que dará respaldo ao magistrado para que tome a decisão mais adequada e racional ao caso posto.

Gustavo Binenbojn, citado por Alice Gonzalez Borges, aduz:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade<sup>167</sup>.

No caso citado, ambos os interesses, público e privado, visam a implementação dos direitos fundamentais, especificamente ao direito à saúde. Se o interesse estatal permanecesse apenas na órbita do econômico, não haveria dúvidas de qual deveria prevalecer (interesse individual visando o direito fundamental à saúde). Todavia, não é este o caso.

Assim, diante da finitude de recursos orçamentários que detém o ente público e da situação de um país em desenvolvimento, como o Brasil, que necessita de melhoras gerais em quase todos (senão todos) os serviços públicos, será o princípio da reserva do possível o filtro que regulará se há ou não possibilidade e qual a extensão em que o Poder Público atuará para implementar determinados direitos fundamentais sociais, de acordo com as reservas financeiras disponíveis.

Explica Leny Pereira da Silva:

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, mai/jun/jul, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 20.01.15.

<sup>168</sup> SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 20.01.15.

Não se pode negar que a ideia de reserva do possível fora desvirtuada, em determinado tempo, tendo sido alegada pelo Poder Público sem qualquer fundamentação idônea, apenas com o argumento genérico de que o ente público não tinha recursos para cumprimento das determinações judiciais e que o Poder Judiciário não poderia escolher a forma que seria gasto o dinheiro público, sob pena de transgredir a separação dos poderes.

Essa depravação do instituto ocorria, principalmente, por ausência de estudos específicos e aprofundados sobre o tema, como indica Ana Paula Barcellos:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais<sup>169</sup>.

Para que não mais exista essa conduta pelo Poder Público e, de igual modo, para que o magistrado defira racionalmente as antecipações de tutela irreversíveis, foi indispensável a determinação de parâmetros objetivos que devem ser observados por todos: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem exigindo que o ente estatal comprove não apenas a ausência de recursos, mas a chamada exaustão orçamentária, ou seja, que apesar de estar investindo em diversas áreas para implementar os direitos sociais, não há recursos para atender a totalidade das necessidades, visto que tais direitos exigem alta alocação de recursos financeiros, o que nem sempre é possível.

Reproduz-se o entendimento do Pretório Excelso:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política<sup>170</sup>.

Assim, se houver respeito aos parâmetros fixados pela Suprema Corte, com a comprovação de que há exaustão orçamentária pelo ente público acionado

---

<sup>169</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 237.

<sup>170</sup> Informativo 345 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 20.01.15.

judicialmente, a alegação do princípio da reserva do possível não se traduz em inconstitucionalidade proposital, mas no lembrete de que os recursos estatais – infelizmente – não são infinitos, devendo ser levado em consideração pelo magistrado, que necessitará ponderar os bens jurídicos em jogo para – razoável e proporcionalmente – decidir qual é a melhor escolha para concretizar os direitos fundamentais/sociais em colidência.

## 5 CONCLUSÃO

O termo Fazenda Pública contempla duas conceituações distintas, a administrativa, indicando órgão responsável pelas finanças públicas, e a processual, a demonstrar que há ente público em litígio no Poder Judiciário. Ele abrange as pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta, bem como a Empresa Pública de Correios e Telégrafos (ECT).

A Fazenda Pública é representada por seus advogados públicos, os quais detém mandato *ex lege* e não necessitam juntar procuração aos autos do processo que atuam; com exceção do ente municipal, que poderá ser representado por seu Prefeito ou pelo procurador municipal, se houver.

Em razão do princípio da isonomia (substancial) e do interesse público, a Fazenda Pública necessita de tratamento processual diferenciado com relação aos particulares, conferido por meio de prerrogativas processuais, discriminantes razoáveis e proporcionais diante do papel desempenhado por ela.

Prerrogativas não se confundem com privilégios, pois, os últimos são vantagens desprovidas de fundamentação idônea, enquanto as primeiras são decorrentes do interesse público. Cite-se como exemplo de prerrogativas fazendárias: benefício de prazo dilatado para responder e recorrer, desnecessidade de adiantamento das despesas processuais, dispensa de preparo e de depósito prévio para ajuizamento de ação rescisória, intervenção anômala, reexame necessário, e pagamento por precatórios ou requisição de pequeno valor.

A antecipação de tutela é um instrumento processual que confere maior efetividade ao processo civil, pois outorga o gozo fático do bem da vida pelo requerente sem que a demanda tenha chegado ao fim.

A tutela antecipada tem como características: a cognição sumária, a provisoriedade e a ausência de satisfação jurídica.

Não se confunde a medida antecipatória da medida cautelar por quatro razões apontadas pela doutrina: (a) a tutela antecipada visa satisfazer enquanto a tutela cautelar objetiva assegurar; (b) a tutela cautelar é relativamente autônoma do processo principal, ao passo que a antecipatória não detém autonomia, devendo ser requerida incidentalmente; (c) a cautelar exige apenas a fumaça do direito, já a antecipada exige a verossimilhança da alegação, correspondente, segundo a

doutrina majoritária, a um *fumus* dotado de robustez; (d) consoante a corrente doutrinária majoritária, a tutela antecipada não pode ser concedida de ofício pelo magistrado, por determinação legal, noutra vertice, a tutela cautelar permite tal conduta, diante do poder geral de cautela que é conferido ao juiz.

Para a concessão da medida antecipatória a parte deve comprovar duas ordens de requisitos: os genéricos e os específicos.

Os requisitos genéricos devem estar cumulativamente presentes para a concessão da tutela antecipada. Eles podem ser assim arrolados: requerimento da parte, reversibilidade fática da medida e prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Por sua vez, os requisitos específicos não precisam estar, de forma cumulativa presentes, haja vista cada qual caracterizar uma espécie de antecipação de tutela. São eles: fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação (tutela antecipada pela urgência), abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (tutela antecipada sancionatória) e incontrovérsia do pedido ou de parte dele (tutela de evidência).

A medida antecipatória pode ser conferida em qualquer momento processual, com limite ao trânsito em julgado da demanda. De igual modo e por ser provisória, pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo pelo magistrado, desde que sua decisão seja fundamentada e que haja requerimento da parte (segundo a corrente doutrinária majoritária).

Atualmente, está pacificado o entendimento de que a antecipação de tutela é plenamente aplicável quando se litiga com a Fazenda Pública, não havendo vedação absoluta do instituto pelo sistema processual.

Durante a história brasileira, muitas leis foram editadas para disciplinar o instituto da antecipação de tutela em face do Poder Público. Citam-se: 2770/56, 4348/64, 5021/66, 8076/90, 8437/92, 9494/97 e 12016/09.

Diante das inúmeras críticas sofridas pela Lei nº 9494/97, houve ajuizamento de uma ação declaratória de constitucionalidade para que se definisse a situação jurídica do conteúdo legal. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, afirmando que, por meio de legítimo processo legislativo, é plenamente possível a definição hipóteses de vedações à antecipação da tutela em face da Fazenda Pública e que isso não padece de inconstitucionalidade, pois está em consonância com o princípio da razoabilidade e

não fere o princípio do pleno acesso ao Poder Judiciário, nem a liberdade de entendimento dos magistrados.

Veda-se a concessão de liminares que antecipem a tutela contra o Poder Público para compensar créditos tributários e previdenciários, entregar mercadorias os bens provenientes do exterior, reclassificar ou equiparar servidores públicos, conceder aumento ou extensão de vantagens e pagamentos de qualquer natureza a servidores públicos. De igual modo, independentemente do objeto da demanda, veda-se a antecipação se a medida puder levar ao esgotamento do objeto da ação e se tratar de ação ordinária proposta em primeiro grau que vise impugnar ato de autoridade que, na via mandamental, está sujeita à competência do Tribunal, exceto em processo coletivo.

A vedação à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública que mais gera polêmica refere-se às hipóteses em que a medida se mostra irreversível, mas a sua não concessão também gera danos irreversíveis. Em muitas dessas situações há o embate entre o direito individual contra o interesse público ou coletivo.

Quando há o embate entre o interesse individual contra o interesse coletivo, a princípio, deve-se valorar o último, já que abrange o interesse de uma coletividade e não apenas o interesse de uma pessoa. Todavia, quando o interesse individual em jogo se referir a direitos fundamentais, não há uma resposta prévia pelo ordenamento jurídico estabelecendo o que deve prevalecer. O magistrado deverá analisar as peculiaridades do caso em concreto e aplicar o princípio da razoabilidade e o postulado da proporcionalidade para resolver a questão da maneira menos prejudicial.

Os juízes, ao se encontrarem em situações deste nível, devem tomar decisões com muita cautela. Isso porque não se encontra em jogo apenas o orçamento do ente, mas os interesses e serviços públicos de toda a coletividade, como consequência, os quais seriam implementados por ações governamentais planejadas com os valores entregues em sede de antecipação de tutela irreversível ao indivíduo.

Tendo em vista que os interesses dos indivíduos são infinitos e o dinheiro público dotado de finitude, torna-se humanamente impossível que o Poder Público consiga proteger a todos. Em razão disso, os interesses que são comuns entre a maioria das pessoas são eleitos para receberem a prioridade dos investimentos públicos.

É o princípio da reserva do possível o filtro que determina o limite dos investimentos realizados pelo Poder Público dentro das possibilidades financeiras do ente estatal. Portanto, quando alegado e (exaustivamente) provado a insuficiência orçamentária do governo, deve o magistrado levar isso em consideração quando da tomada de sua decisão judicial.

## ANEXO DE LEGISLAÇÃO

Visando a facilitação do entendimento das mudanças legislativas apontadas no Capítulo 3, colacionam-se os artigos pertencentes ao Livro V (Tutela Provisória), do texto do Projeto do Código de Processo Civil, aprovado pelo Congresso Nacional<sup>171</sup>:

### LIVRO V DA TUTELA PROVISÓRIA

#### TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 292. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 293. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 294. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 295. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

---

<sup>171</sup> Ressalte-se, apenas, que este texto está sendo revisado pelo Senado Federal, mas somente para correção de eventuais erros materiais e não de conteúdo, para ser enviado à Presidência da República para sanção.



Art. 296. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 297. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

## TÍTULO II DA TUTELA DE URGÊNCIA

### CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 298. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer; a caução pode ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia.

§ 3º A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 299. A tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Art. 300. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

## CAPÍTULO II

### DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 301. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 332; não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 333.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito.

Art. 302. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 301, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

### CAPÍTULO III

#### DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 303. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 301.

Art. 304. O réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 305. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.  
Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 306. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Nesse caso, será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 332, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 333.

Art. 307. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de trinta dias;

III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 308. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

### TÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 309. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 23.

ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder público em juízo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 20.01.15.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O poder público em juízo**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. Vol. 2. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DÓRIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Privilégios processuais da fazenda pública**. Revista de Direito Público ns. 53-54. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/1994.

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. **Fazenda pública em juízo e as restrições à antecipação de tutela**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,fazenda-publica-em-juizo-e-as-restricoes-a-antecipacao-de-tutela,41983.html>>. Acesso em: 15.01.15.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.



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

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 20.01.15.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Procedimentos e tutela antecipatória**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Da antecipação de tutela. Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAVAN, Dorival Renato; CARVALHO, Cristiane da Costa. **Tutela antecipada em face da fazenda pública para recebimento de verbas de cunho alimentar**. São Paulo: Revista de Processo, n. 91, jul/set 1998.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse público. vol. 7, n. 32, jul/ago 2005.

SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde – a aplicabilidade da teoria sistêmica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf)>. Acesso em: 20.01.15.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil.** Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutelas de urgência contra a fazenda pública.** Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2009, p. 19-20. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_EDUARDO\\_TALAMINI.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf)>. Acesso em: 13.01.15.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela jurisdicional de urgência e irreversível.** Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo.** Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Coord. Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.** vol. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada – doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em face da fazenda pública.** São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Antecipação da tutela e desapropriação indireta.** Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória**. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.