

# A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS À SUA CONCESSÃO

## Tássio Lago Gonçalves

Técnico Judiciário. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.  
Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de  
Direito da Bahia.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Este é um tema que causa grandes desentendimentos entre os estudiosos do direito, principalmente no que tange aos limites e restrições para a sua concessão. Para melhor compreensão do assunto, é necessária uma análise técnica sobre o instituto da tutela antecipada, partindo-se de uma revisão da doutrina sobre a sua conceituação, especificidades, características e pressupostos. Sedimentado o entendimento acerca de tais elementos, será analisada apuradamente a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, buscando realizar uma sistematização das prerrogativas da Fazenda Pública que se impõem como restrição à concessão da tutela antecipada, falando também das leis que disciplinam a matéria em apreço, e das restrições legais impostas à referida concessão. Por fim, se buscará explicar a forma correta de lidar com tal instituto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

**Palavras-Chave:** Antecipação dos efeitos da tutela. Fazenda Pública. Restrições à concessão. Princípio da Proporcionalidade.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Este é um tema que ainda causa grandes debates entre os estudiosos do direito, principalmente no que tange aos limites e restrições à sua concessão.

O estudo da tutela antecipada, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, se revela de vital importância, na busca de uma prestação jurisdicional célere, possibilitando ao Juiz, desde que presente os pressupostos legais, deferir antecipadamente ao autor os efeitos do provimento de mérito que só seriam deferidos ao final do julgamento.

Necessário se faz sistematizá-la, buscando explicitar suas principais características e pressupostos, para então adentrar no campo da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

A polêmica, no caso, se instaura quando da tutela antecipada em face do Poder Público, que possui prerrogativas que buscam limitar a sua concessão.

## ENTRE ASPAS

Falar-se-á dos principais óbices à sua concessão contra o Poder Público, principalmente depois do advento da Lei nº 9.494/97, que impôs restrições que são encaradas como absolutas por boa parte dos intérpretes do direito.

Este tema mostra-se como de grande relevância, na medida em que ultrapassa o campo teórico e ganha contornos práticos, buscando não só a compreensão geral do instituto, mas também a sua aplicação no caso concreto.

Ao final, serão expostas as conclusões do presente trabalho.

## 2. A tutela antecipada

### 2.1. Noções gerais

A tutela jurisdicional prestada pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é aquela obtida através de cognição exauriente, ou seja, através de uma profunda análise do objeto do processo, observando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, podendo produzir resultados imutáveis, consubstanciando a coisa julgada material.

Entretanto, a entrega da tutela definitiva demanda considerável lapso temporal. O decurso do tempo é um fenômeno inexorável. A marcha do tempo é peremptória e nada consegue escapar-lhe. O seu transcurso pode produzir os mais diversos efeitos: pode ter o condão de conferir estabilidade às relações jurídicas, bem como pode influir para que haja o perecimento do direito material objeto da lide. Para abrandar os males do tempo sobre o processo, acelerando os efeitos desse e buscando a efetividade da tutela jurisdicional, foram criadas as tutelas provisórias, que se subdividem em tutela antecipada e tutela cautelar.

A tutela provisória, que tem como espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, é aquela fundada em cognição sumária, perfunctória, em que o juiz da causa faz apenas uma análise superficial sobre o objeto do processo. Ela é uma tutela temporária, tendo sua eficácia limitada no tempo, e precária, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em razão de ser pautada numa cognição perfunctória.

Assim, o instituto da tutela antecipada nasceu da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere do Estado, uma vez que a tutela definitiva, por exigir uma cognição exauriente, necessita de um conjunto de atos que propiciem uma verdade material suficiente para a solução da lide, demandando um lapso temporal considerável.

Sua previsão no sistema processual brasileiro se encontra no art. 273 do Código de Processo Civil, que reverbera:

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:

### 2.2. Conceito

A tutela antecipada é a entrega provisória da prestação jurisdicional, através da certificação ou da efetivação do direito material discutido. Através dela, antecipa-se a eficácia da decisão final, possuindo, portanto, caráter satisfativo.

É, portanto, um provimento provisório que assegura de logo ao demandante da prestação jurisdicional a prestação do direito material objeto da lide, que normalmente só ocorreria depois de apreciada toda controvérsia e proferida a sentença.

Neste sentido, bem assinala Nelson Nery Júnior (1995, p. 53):

(...) tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente, impropriamente denominada “cautelares satisfativas”, que constitui em si um *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem; se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

Dessa forma, a tutela antecipada tem o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a pretensão deduzida em juízo, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional pretendida antes do julgamento final da lide, diminuindo, assim, os efeitos maléficis do tempo no processo. É, portanto, uma tutela satisfativa, pois dá ao requerente o bem da vida almejado, realizando o direito reivindicado.

### **2.3. Pressupostos para a concessão da tutela antecipatória**

#### **2.3.1. Pressupostos genéricos**

##### **2.3.1.1. O requerimento da parte**

Segundo o art. 273 do CPC, a antecipação da tutela pode ser concedida pelo Juiz, desde que, havendo requerimento da parte, o mesmo se convença da verossimilhança das alegações, através da existência de prova inequívoca, devendo ainda haver a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, é necessário para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela o requerimento da parte. Dessa forma, não pode o juiz antecipar a tutela de ofício.

Tal requerimento poderá vir contido na exordial, quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, podendo também ser requerido no curso do processo, neste caso, havendo qualquer das hipóteses dos incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil.

##### **2.3.1.2. A existência de prova inequívoca**

A prova inequívoca é qualquer meio de prova (e não apenas a prova documental) capaz de influir positivamente no convencimento do órgão julgador. É a prova suficiente para convencer o juiz acerca da verossimilhança do alegado pelo autor.

## ENTRE ASPAS

Dessa forma, considera-se prova inequívoca aquela que, diante dos fatos expostos, seja suficiente para a formação do juízo de probabilidade, sendo capaz de antecipar a medida buscada.

Tal prova inequívoca é aquela prova robusta, suficiente para a formação do juízo de probabilidade pelo magistrado, e não a prova revestida de certeza absoluta, nem a que conduz a melhor verdade possível, pois se assim fosse não se estaria concedendo a tutela pretendida, e sim, julgando antecipadamente o mérito da causa, o que só é possível através de uma cognição exauriente.

A prova inequívoca não é prova irrefutável, pois assim conduziria a uma tutela satisfativa definitiva, fundada em cognição exauriente, e não provisória, que é fundada em cognição sumária. Interpretar a prova inequívoca no sentido de prova capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados esvaziaria por completo o conteúdo das tutelas antecipadas, as quais só poderiam ser deferidas, dessa forma, após toda a instrução processual, fundando-se numa cognição profunda. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 538).

Seguindo esta linha de raciocínio, José Roberto Bedaque (1997, p. 236) entende que a prova inequívoca não é aquela suficiente para o acolhimento do pedido, o que autoriza o julgamento antecipado.

Neste sentido, ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 540):

trata-se, enfim, de um pressuposto objetivo de concessão da tutela antecipada: o magistrado deverá demonstrar que há nos autos prova produzida, com tais características, que justifique a conclusão pela verossimilhança das alegações. Significa dizer, ainda, que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja.

### 2.3.1.3. A verossimilhança das alegações

A verossimilhança é o grau de convicção do órgão julgador acerca das alegações feitas pelas partes. Portanto, é um juízo de probabilidade feito pelo magistrado, que se ampara na prova inequívoca que serviu como fundamento para a convicção quanto à probabilidade das alegações.

Dessa forma, o juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor (BEDAQUE, 2003, p. 336).

Salienta-se que a verossimilhança não se refere apenas a matéria de fato, referindo-se também a subsunção dos fatos à norma invocada. Ademais, a prova inequívoca não conduz necessariamente a um juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido. E o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente da prova inequívoca, podendo advir, por exemplo, de fatos incontroversos, notórios, ou decorrentes de coisa julgada anterior (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 541).

### 2.3.1.4. A reversibilidade dos efeitos do provimento

O §2º do art. 273 do Código de Processo Civil estabeleceu mais um pressuposto a ser

cumprido por quem requeira a antecipação dos efeitos da tutela. Dispõe o referido artigo:

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:

[...]

**§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.** (grifo nosso)

Dessa forma, a lei exige que os efeitos da tutela sejam reversíveis, devendo ser demonstrado ao juiz que a medida é possível de reversão, ou seja, que é possível retornar ao *status quo ante* acaso se constate, no curso do processo, que a mesma deva ser alterada ou revogada. (CARNEIRO, 2004, p. 79).

Nesta linha de entendimento, ensina Teori Albino Zavascki (1999, p. 97):

No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Este também é o magistério de Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 345):

Evoluiu-se então, em todo o direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para “conservar” como para “regular” a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a regulação provisória da lide fosse de tal modo a impedir a reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso.

Entretanto, em certos casos, tal pressuposto para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela deve ser afastado, sendo permitida a satisfação irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Em hipóteses em que o dano seja irreversível, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade no sentido de dar primazia a efetividade da tutela e conceder-se a medida.

Assim, se o deferimento da tutela antecipada produz efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesses casos, em razão da urgência e da evidência do direito do requerente, é imprescindível a concessão da tutela antecipatória, entregando-lhe, de imediato, o bem da vida almejado, resguardando-se o direito fundamental à efetividade da jurisdição. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 543/544).

Portanto, deve-se dar primazia a antecipação da tutela, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar a irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia. Isso porque cabe ao juiz ponderar os valores

em jogo, com base no princípio da proporcionalidade, dando proteção àquele que tenha maior importância no caso concreto. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 544).

### 2.3.2. Pressupostos específicos

#### 2.3.2.1. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Preenchidos os pressupostos gerais, deve o magistrado verificar a existência de ao menos um dos pressupostos específicos.

O primeiro deles é o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em decorrência da demora do processo, também chamado de *periculum in mora* ou perigo da demora. Tal pressuposto está previsto no art. 273, I do CPC:

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**  
(grifos nossos)

Considera-se dano irreparável aquele cujos efeitos são irreversíveis. Já o dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será restabelecido ou compensado, seja porque, por sua própria natureza, é complexa a sua quantificação ou individualização precisa. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 546).

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a antecipação dos efeitos da tutela é o risco concreto, certo, e não o hipotético, decorrente apenas de temor subjetivo da parte, devendo, portanto, ser demonstrado e provado. Além disso, deve ser um risco atual, que se apresenta na iminência de ocorrer, e não um perigo passado, que resultaria na impossibilidade de antecipação. Por último, deve ser um risco grave, com aptidão para fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte.

Dessa forma, o deferimento da tutela antecipada prevista no art. 273, I do CPC somente se justifica quando se torna imprescindível para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da demora do processo.

Insta salientar que não é possível o deferimento da medida em razão de possível vantagem que poderia advir da entrega da prestação jurisdicional, sendo o propósito do referido inciso a necessidade, e não a utilidade que o efeito possa vir a trazer ao autor. Assim, apenas a demora no processo não é motivo justificável para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Por último, cabe afirmar que o receio que justifica a tutela antecipada nem sempre se refere a um dano, podendo também dizer respeito a um ato ilícito, ou seja, contrário ao direito, a depender do tipo de tutela que se quer antecipar. A tutela ressarcitória pressupõe um dano já consumado. Na tutela inibitória, busca-se evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação. Na tutela reintegratória, busca a remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição, restabelecendo o *status quo ante*. A antecipação, nesses casos, é possível com fulcro no art. 461, §3º do CPC e art. 84, §3º do CDC, que tem como requisito o receio de ineficácia do provimento final. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 547).

### 2.3.2.2. Abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu

O ato abusivo ou protelatório é aquele que consiste em um empecilho ao andamento do processo, que implicar no comprometimento da lisura e da celeridade do processo. Assim, o ato abusivo que não impede e nem retarda os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória. (ZAVASCKI, 1999, p. 78).

O referido instituto está previsto no art. 273, II do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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.

Segundo Cândido Dinamarco, Calmon de Passos e Carreira Alvin, a palavra “defesa” na expressão “abuso do direito de defesa” está relacionada à contestação, ou seja, as razões dedutíveis pelo réu contra a pretensão do autor, razões estas que se encontram na peça contestatória.

O abuso do direito de defesa abrange os atos protelatórios praticados dentro do processo, em sede de defesa. Seria a prática de atos indevidos, desnecessários e impertinentes no curso de processo.

Já o manifesto propósito é qualquer outro ato não relacionado à contestação que tenha por objetivo o retardamento do processo.

Assim, protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do processo. E esse instituto se torna manifesto quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática. (PASSOS, 1995, p. 18).

## 3. A antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública

### 3.1. Considerações iniciais

Após tecer considerações preliminares sobre o instituto da tutela antecipada, falando de suas principais especificidades e características, deve-se agora ingressar no estudo da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

A expressão Fazenda Pública, no sentido técnico processual, refere-se às pessoas jurídicas de Direito Público quando estão em Juízo, enquanto partes do processo. Nessas pessoas jurídicas de direito público, estão compreendidos a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações públicas. Leonardo José Carneiro da Cunha bem define o tema em apreço (2007, p. 32):

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,

## ENTRE ASPAS

estando imbricada com o termo erário, representando o aspecto financeiro do ente público. Não é por acaso a utilização 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.

O uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a ideia do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em Juízo. Daí porque, quando se alude à Fazenda Pública, a expressão apresenta-se como sinônimo de Estado em juízo, ou, ainda, da pessoa de direito público em juízo.

A atuação dos entes dotados de personalidade jurídica de direito público deve sempre ser pautada no interesse público, aplicando-se, por consequência, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em razão da aplicação do referido princípio, a Fazenda Pública goza de algumas prerrogativas que não são reconhecidas aos particulares. E graças a essas prerrogativas, por muito tempo se discutiu sobre a aplicabilidade ou não da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Assentadas tais premissas, mister se faz realizar uma sistematização das prerrogativas da Fazenda Pública que se impõem como restrição à concessão da tutela antecipada, falando também das leis que disciplinam a matéria em apreço e das restrições legais impostas à referida concessão.

### 3.2. Prerrogativas da Fazenda Pública

A Fazenda Pública goza de algumas prerrogativas em razão do princípio da supremacia do interesse público frente ao privado.

Como exemplo dessas prerrogativas no âmbito processual, pode-se citar: o juízo privativo; os prazos mais dilatados em seu favor, conforme arts. 188 e 277 do Código de Processo Civil; o pagamento de despesas judiciais, que segundo o art. 27 do CPC, as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido; a dispensa do preparo dos recursos, segundo o art. 511 do CPC; o procedimento próprio para a execução de créditos em favor da Fazenda Pública, regulado pela Lei de Execuções Fiscais – Lei nº 6.830/80; a possibilidade de medida liminar na ação de arresto sem justificação prévia, prevista no art. 816, I, do Código de Processo Civil.

Entretanto, existem algumas prerrogativas próprias da Fazenda Pública que são apontadas como óbices à admissão da antecipação dos efeitos da tutela em face da mesma. Essas prerrogativas são o reexame necessário ou o duplo grau obrigatório de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, previsto no art. 475, II, do CPC; o procedimento próprio para execução das condenações da Fazenda Pública em pagamento de quantia certa, com previsão no art. 100 da CF/88 e no art. 730 do CPC, consistente no regime de pagamentos em dinheiro pela via dos precatórios; o advento das Leis nº 8.437/1992 e nº 9.494/1997, que estabeleceu um limite legal à antecipação de tutela em face do Poder Público.

Para um melhor esclarecimento acerca de cada um desses temas, necessário se faz abordar em tópico próprio para um entendimento adequado.



### 3.3. O óbice do reexame necessário

Um dos obstáculos que se coloca como impeditivo à aceitação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública é o que diz respeito à eficácia da decisão, pois a sentença final contra o Poder Público só poderia produzir efeitos depois de confirmada pelo Tribunal através da remessa necessária, em função do disposto no art. 475, inciso II do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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.** (grifos nossos)

Dessa forma, se a sentença só poderia produzir efeitos depois de confirmada, pois sujeita ao duplo grau de jurisdição, não poderia uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, produzir efeitos imediatamente. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 580).

Entretanto, tal argumento não pode prevalecer como impedimento a concessão da tutela antecipada, em virtude de o art. 475 se referir expressamente às sentenças, sendo que a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória.

Também não se pode admitir que a possibilidade de submissão ao duplo grau obrigatório impeça a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional, sob o risco de haver o perecimento dos direitos.

Ademais, a tutela antecipada não é novidade no ordenamento jurídico, já havendo previsão da mesma em alguns procedimentos especiais, sempre se admitindo em face da Fazenda Pública em situações como possessórias, mandado de segurança, etc, sem que fosse levantado qualquer óbice a respeito, não havendo também nenhuma restrição prevista no art. 273 do Código de Processo Civil. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 584).

Sobre o tema em comento, importante trazer a conclusão feita por Cássio Scarpinella Bueno (2001, p. 194):

o art. 475 não seria óbice, porque o característico da tutela antecipada é, justamente, antecipar a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito algum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo – a regra – poderia ter seus efeitos antecipáveis. E, cá entre nós, nunca ninguém duvidou do contrário. Aliás, é justamente porque determinado ato não tem jurisdicional não tem efeito imediato que tem lugar a tutela antecipada. Nunca o contrário.

### 3.4. A antecipação dos efeitos da tutela e a questão do precatório

Outro obstáculo ao instituto da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda

## ENTRE ASPAS

Pública está nas condenações de pagar quantia certa, em virtude de que só poderia ocorrer através dos precatórios requisitórios de pagamentos, previstos no art. 100 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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.

Inicialmente, insta salientar que o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia. Em relação às demais prestações (entregar coisa, fazer e não fazer), não há qualquer diferença no formalismo processual, e, portanto, não subsiste o óbice dos precatórios nos referidos casos. Ademais, nas demandas meramente declaratórias e nas constitutivas, os efeitos podem ser plenamente antecipados. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 583).

Cabe ressaltar também que há dívidas pecuniárias que não se submetem ao regime dos precatórios, como as obrigações definidas em leis como de pequeno valor que a Fazenda Pública deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado, consoante art. 100, §3º da CF/88; os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação; dívidas contratuais ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais.

O precatório é a fórmula por meio da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias a fim de realizar o pagamento de uma execução de ordem judicial. Como o artigo alhures mencionado se refere à sentença judiciária, há quem entenda que é inviável a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública nas obrigações de pagar quantia certa, por não haver menção à decisão interlocutória no artigo supracitado.

Parcela da doutrina também defende que não há a sujeição da decisão interlocutória ao regime de precatórios, por não ser mencionada no art. 100 da CF/88.

Entretanto, em que pese a divergência entre os doutrinadores, o melhor entendimento está numa terceira opinião, segundo a qual a antecipação dos efeitos da tutela consistiria justamente na iniciação das delongas para a expedição do precatório, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 582).

Dessa forma, acatar a decisão que antecipa a tutela como instrumento hábil a instruir o requisitório de precatório concilia adequadamente a ordenação das despesas públicas e a efetividade buscada pelo art. 273 do CPC. Neste sentido, são as lições de Cássio Scarpinella Bueno (1997, p. 70/71):

A antecipação, neste caso, poderia significar o início, desde logo, à quantificação do bem perseguido pelo autor da ação, instrumentando-se a execução provisória, como regra, até a expedição de precatório e seu depósito no exercício seguinte ou no outro, dependendo da época de sua apresentação (CF, art. 100, parágrafo 1º), mantendo aí depositado o valor até julgamento final da ação. Na hipótese de se verificar, *in concreto*,

possibilidade de reversibilidade da concretização do pagamento do valor constante do precatório pelo particular – como, por exemplo, o desconto em folha; como prevê o art. 46 da Lei nº 8.112/91 -, não haveria qualquer óbice à concretização, em definitivo, da antecipação de tutela naquelas ações contra o Poder Público.

Por último, saliente-se ainda que tal entendimento deve ser sopesado no caso concreto, devendo-se aplicar o postulado da proporcionalidade quando a situação o exigir, conforme adiante se mostrará em tópico próprio.

### 4. As limitações à antecipação dos efeitos da tutela pelas leis infraconstitucionais

#### 4.1. Breve histórico

A tentativa de se limitar a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos contra a Fazenda Pública não é um fato recente. De forma geral, o instituto da tutela antecipada prevista, no art. 273 do Código de Processo Civil, não faz nenhuma referência em relação à sua restrição em face do Poder Público.

A despeito disso, mostra-se importante, neste ponto, fazer um breve relato histórico sobre o surgimento das normas restritivas em relação aos mecanismos de urgência manejados em face da Fazenda Pública.

Inicialmente, as vedações existentes para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público estavam previstas na Lei nº 4.348/1964, que contextualizava sobre as normas processuais relacionadas ao mandado de segurança. A referida lei, em seu art. 5º, vedava a concessão de liminar, nos casos em que previa a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Já o art. 7º atribuía efeito suspensivo ao recurso *ex officio*. Transcreve-se aqui o referido diploma legal:

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.

Art. 7º: O recurso voluntário ou “*ex officio*”, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo.

Já em 1966, o legislador editou a Lei nº 5.021/1966, vedando a liminar em mandado de segurança para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público. Reverbera o art. 1º, §4º da referida lei:

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 esta-

## ENTRE ASPAS

dual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

[...]

§4º: Não se concederá liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ressalta-se, desde já, que as referidas leis foram revogadas pela Lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares em mandados de segurança continuam previstas no art. 7º, §2º e 5º da referida lei, que reverbera, *ipsis litteris*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

§ 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 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Portanto, antes mesmo da nova lei do mandado de segurança, já havia restrições à concessão de medida liminar. Dessa forma, com as restrições impostas pela Lei nº 4.348/1964 e pela Lei nº 5.021/1966, os jurisdicionados passaram a se valer das ações cautelares, com pedidos liminares contra a Fazenda Pública.

Em consequência de tal fato, foi editada a Lei nº 8.437/1992, que estendeu a proibição das liminares em mandado de segurança às ações cautelares contra o Poder Público. Dispõe o art. 1º, 3º e 4º da referida lei:

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

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

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

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

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

## A REVISTA DA UNICORP

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

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

Art. 4º: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Com a reforma do CPC e a criação do art. 273, que disciplinou a antecipação dos efeitos da tutela, houve grande preocupação acerca do enorme número de tutelas antecipadas em face da Fazenda Pública. Dessa forma, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 1.570/1997, a qual foi convertida na Lei nº 9.494/1997.

A referida lei estendeu as restrições existentes da concessão de medida liminar à tutela antecipada, conforme se depreende de seu art. 1º:

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.

O referido artigo foi motivo da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4 ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, em razão de estarem sendo deferidas, à época, tutelas antecipadas em desfavor do ente público sem a devida observância do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, fazendo que houvesse oneração sobre a Fazenda Pública e provocando repercussões indesejáveis sobre o erário

Em 11 de fevereiro de 1998, o STF deferiu em parte o pedido para suspender, até o final do julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre a tutela antecipada contra o Poder Público que verse sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, suspendendo ainda os efeitos futuros das decisões antecipatórias.

Somente em 01 de outubro de 2008 a decisão final da ADC nº 4 foi proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando procedente a ação declaratória, nos termos do voto do Relator.

### **4.2. O cabimento da tutela antecipada em face do Poder Público e as restrições impostas à concessão da tutela antecipada pelo art. 1º da Lei nº 9.494/1997**

O art. 1º da Lei nº 9.494/97 foi declarado totalmente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, esclarecendo de vez a ideia de que a tutela antecipada em desfavor da Fazenda

## ENTRE ASPAS

Pública é possível, nos casos em que não se refiram ao artigo supracitado. Isso porque a referida lei apenas restringe a aplicação do instituto da tutela antecipada. Ao determinar hipóteses em que a antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público não pode ser deferida, acabou por reconhecer, a *contrario sensu*, o cabimento da antecipação de tutela nas hipóteses que não foram previstas no texto legal.

Seguindo este entendimento, traz-se à baila as lições de Cássio Scarpinella Bueno (1997, p. 79):

(...) ao estender ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu este ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices legais referidos na doutrina quando da edição da Lei nº 8.952/94 (...). Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual e, certamente, não haveria preocupação em disciplinar ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público.

Dessa forma, foi vedada a concessão de tutela antecipada nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, outorgas ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, quando uma providência semelhante não puder ser concedida por meio de mandado de segurança, e quando a medida liminar não esgote no todo ou em parte o objeto da ação, desde que o objeto da mesma diga respeito a qualquer das matérias acima referidas (FERREIRA, 2003, p. 368).

Portanto, verificados os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, nada impede a concessão em face do poder público, desde que seja respeitado o art. 1º da Lei nº 9.494/97.

A Lei nº 9.494/97 determinou que fossem aplicados ao instituto da tutela antecipada os arts. 5º, parágrafo único, e art. 7º da Lei nº 4.348/64, os arts. 1º e 4º da Lei nº 5.021/66, e os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92.

Conforme dito anteriormente, a Lei nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66 foram revogadas pela Lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares (e, por consequência, da tutela antecipada por força do art. 1º da Lei nº 9.494/97) em mandados de segurança continuam previstas no art. 7º, §2º e 5º da referida lei, vedando antecipação dos efeitos da tutela nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Acrescentou ainda a restrição referente à compensação de créditos tributários e à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. Entretanto, tal vedação é apontada pela doutrina como inconstitucional. Neste sentido, é o entendimento de Adriano Custódio Bezerra:

a inconstitucionalidade da vedação é flagrante, tendo em vista que muitas vezes as mercadorias e bens provenientes do exterior são perecíveis, e, por isso, causaria maiores prejuízos ao impetrante, se tivesse que aguardar

dar o provimento final para ver liberado suas mercadorias ou bens.

Considerando ainda que a retenção das mercadorias ocorre em Zonas Alfandegárias Primárias (Portos e Aeroportos), onde as tarifas de armazenagem são elevadíssimas e podem, inclusive, dependendo do tempo de retenção dos bens, acarretar a inviabilidade da importação, pois o importador pode não ter mais condições de resgatar as mercadorias nas Zonas Alfandegárias.

E com isso, percebe-se que a retenção de mercadorias nas Zonas Aduaneiras, como forma de forçar o contribuinte a recolher o tributo afronta até mesmo o princípio do não confisco esculpido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, pois a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não poderão usar o tributo como forma de confisco.

Esse entendimento já era disciplinado pelas Súmulas 323 e 547 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, determinando que é ilícita a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, inviabilizando o exercício das atividades profissionais, afrontando, assim, o art. 170, “caput”, da Constituição Federal.

Em relação ao art. 1º da Lei nº 8.437/92, não será cabível medida liminar antecipatória contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal, aplicando, dessa forma, as restrições à antecipação de tutela do mandado de segurança.

Segundo o §1º do art. 1º da referida lei, não será cabível a tutela antecipada e sua liminar quando a competência for de competência originária do Tribunal. Em relação ao referido tema, leciona Cássio Scarpinella (1997, p. 89):

A regra jurídica só pode encerrar critério de competência funcional, em nada inibindo a concessão de qualquer medida contra a Fazenda Pública, sob pena, pelas mesmas razões expostas ao longo deste trabalho, de não poder prevalecer por violar, em cada caso concreto, o amplo acesso à justiça.

Dessa forma, tal restrição viola frontalmente o amplo acesso à justiça, podendo ser afastada no caso concreto.

De acordo com o §2º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, a limitação constante do §1º não se aplica aos processos de Ação Civil Pública e Ação Popular, podendo ser concedida a tutela antecipada nessas ações, observando-se apenas os requisitos inerentes a toda tutela antecipada, em consonância com o art. 273 do Código de Processo Civil.

Em relação ao § 3º do art. 1º da lei em comento, o mesmo estabelece que não será cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação. Entretanto, a tutela antecipada, conforme explanação em tópico anterior, é uma tutela de urgência, provisória, sumária e satisfativa, na qual os efeitos do provimento final são antecipados. Na referida tutela, não há solução do litígio, pois ocorre apenas uma cognição perfunctória. Assim, a tutela antecipada não tem o condão de esgotar o objeto da ação, pois a mesma não diz respeito ao objeto da demanda, antecipando apenas os efeitos de um provável direito para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

## ENTRE ASPAS

Dessa forma, a tutela antecipada, ainda que antecipe todos os efeitos da tutela pretendida, não torna o provimento final descartável, pois somente a sentença irá resolver a lide de forma definitiva, pois pautada em cognição exauriente.

Importante trazer à tona o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 227):

a regra aplicável às medidas cautelares, não teria muito sentido quanto às tutelas antecipadas, já que são, em essência, satisfativas. Parece, contudo, que a aplicação de tal vedação à tutela antecipada reforça, apenas, o que já está contido no §2º do art. 273 do CPC, ou seja, não se permite a antecipação dos efeitos da tutela quando houver risco de irreversibilidade.

Neste sentido, traz-se a colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

sob outro enfoque, sobreleva notar, a regra geral é a de que a liminar não esgote o objeto da ação, obstáculo que se supera na valoração dos interesses em jogo devendo preponderarem os direitos fundamentais da pessoa humana e o intransponível direito de acesso à justiça. A idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade ínsita aos provimentos de urgência, cuja situação acautelada reclama satisfatividade imediata, conduzem à conclusão da incompatibilidade com os meios que revelem postergação da efetivação da tutela deferida, como sói ser o recebimento de apelação com efeito suspensivo e, a *fortiori*, submissão da execução das mencionadas tutelas ao regime de precatório. (STJ – Resp n. 834.678/PR. Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 26/07/2007)

A restrição do art. 3º da Lei nº 8.437/92 diz respeito ao recurso ex officio, já tratado em tópico próprio, no qual se concluiu pela não aplicação do art. 475 do CPC à tutela antecipada, pois o mesmo somente se aplica às sentenças de mérito.

Já o art. 4º da lei em apreço estabelece a possibilidade de suspensão da execução provisória da tutela, se tiver sido proferida contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

## **5. A mitigação aos limites impostos a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública e o princípio da proporcionalidade**

### **5.1. Considerações iniciais**

Traçados os principais limites legais à concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, importante agora ressaltar que tais limitações não se revestem de caráter absoluto. Neste ponto, relevante trazer ao tema lição de Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 11):

dizer que não há um direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano é o mesmo que afirmar que o direito



## A REVISTA DA UNICORP

do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda for ré (...). Por outro lado, não admitir antecipatória fundada em abuso de direito contra a Fazenda significa aceitar que ela pode abusar de seu direito de defesa e que o autor da demanda contra a mesma seja obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo.

Assim, a utilização da antecipação dos efeitos da tutela deve ter em vista a garantia de uma prestação jurisdicional célere, justa e segura, visando assegurar o princípio do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição.

A despeito da força vinculante derivada do julgamento da ADC nº 4, não se pode descartar a realização de avaliação das circunstâncias concretas para se verificar a possibilidade de afastamento das restrições contidas pela Lei nº 9.494/97.

Neste ponto, é plenamente defensável o entendimento de que o Magistrado pode deixar de aplicar a norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o fundamento não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é a situação de sua não aplicação no caso concreto, em vista das peculiaridades inerentes ao mesmo, não se privando, portanto, do comando da norma declarada constitucional.

### 5.2. A mitigação indireta

A jurisprudência pátria, de uma maneira geral, admite o instituto da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, desde que não incorra nas vedações impostas pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC. (...) **4. Submeter os provimentos deferidos em antecipação dos efeitos da tutela ao regime de precatórios seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o próprio Pretório Excelso já decidiu que não se proíbe a antecipação de modo** geral, mas apenas para resguardar as exceções do art. 1º da Lei nº 9.494/97. 5. O disposto no caput do artigo 100 da CF/88 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, de modo que, ainda que se tratasse de sentença de mérito transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios. 6. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida. 7. Precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção. 8. Recurso especial improvido. (STJ – Resp 853880/RS. Rel. Min. Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 28/09/2006) **(grifos nossos)**

## ENTRE ASPAS

Apesar deste entendimento, os Tribunais Superiores vem mitigando indiretamente a restrição do art. 1º da referida lei, com consequências financeiras indiretas ao erário público. Dessa forma, não incide diretamente na restrição da Lei nº 9.494/97 e na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de que, na prática, há um aumento dos gastos do poder público.

Como exemplo de tal fato, cita-se a situação em que o jurisdicionado pleiteou a tutela antecipada para que fosse nomeado em um concurso de professor. O pedido de nomeação não afronta diretamente a decisão do ADC nº 4 proferida pelo STF, sendo admissível a hipótese em apreço. Entretanto, quando o indivíduo for nomeado e começar a exercer suas funções, terá que receber a remuneração pertinente, onerando os cofres públicos, constituindo tal oneração um efeito secundário da decisão. Neste sentido, entende o STF:

SERVIDOR PÚBLICO. Cargo. Concurso público. Candidato aprovado. Nomeação e posse. Antecipação dos efeitos da tutela para esse fim. Admissibilidade. Pagamento conseqüente de vencimentos. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, a decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público. (STF – Rcl 5983 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009)

O Supremo Tribunal Federal também editou a Súmula nº 729, afirmando que a decisão da ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela nas ações de natureza previdenciária. Como exemplo, transcreve-se ementa de julgamento neste sentido:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Art. 1º da Lei nº 9.494/97. Constitucionalidade reconhecida em medida cautelar. ADC nº 4. Inaplicabilidade. Antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Aplicação da súmula 729. A decisão do ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. (STF – Rcl 2446 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJ 05-08-2005)

O fundamento de tal decisão do STF é a de que, qualquer que seja a razão jurídica específica, a correção de proventos de aposentados e pensionistas não se confunde com “reclassificação ou equiparação”, “aumento ou extensão de vantagens”, nem “pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias”, típicas da condição de servidores públicos. Assim, a decisão que antecipa verbas de natureza previdenciária não tem por pressuposto a invalidez jurídico-constitucional do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

Também há uma mitigação indireta e é inaplicável a incidência da restrição constante da decisão da ADC nº 4 nas decisões em que a verba não constitua subsídio, salário nem vantagens pecuniárias. Colaciona-se o seguinte julgado neste sentido:

MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da lei nº 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório. (STF – Rcl 5174 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009)

O fundamento de tal decisão é que a natureza indenizatória das verbas que não são salariais, nem constituem vantagens, subtrai a hipótese do âmbito de incidência do julgamento da ADC nº 4. Também entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a reintegração de servidor público no cargo através de tutela antecipada não ofende o art. 1º da Lei nº 9.494/97, conforme se depreende do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO NÃO INCLuíDA NO ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997. 1. O disposto nos arts. 1º e 2º – B da Lei nº 9.494/1997 deve ser interpretado de forma restritiva, motivo pelo qual é permitida a concessão de tutela antecipatória para reintegração de militar ao serviço ativo e realização de tratamento de saúde, na medida em que não se pretende reclassificação ou equiparação de servidor público, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens. Precedentes. (...) (STJ – AgRg no Resp 1120170/RS. Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 03/11/2009)

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm interpretando restritivamente o art. 1º da Lei nº 9.494/97, permitindo a mitigação indireta do referido artigo mediante a oneração dos cofres públicos nos casos supracitados.

### **5.3. A incidência do princípio da proporcionalidade das limitações impostas à tutela antecipada contra a Fazenda Pública**

O princípio da proporcionalidade surge como um princípio geral do direito. A proporcionalidade permite a solução de conflitos normativos na perspectiva de defesa de direitos fundamentais. Ela complementa o modelo de regras e princípios. Assim como outros princípios instrumentais, a proporcionalidade permite ao hermenêuta resolver um confronto de valores fundamentais com a atividade de ponderação de bens, equilibrando os interesses em jogo. Com isso, ela viabiliza maximizar a concretização de direitos fundamentais e a tutela da dignidade humana.

Segundo Alexy, as teorias dos direitos fundamentais podem ser formuladas, em vez de como teorias dos princípios, como teorias dos valores ou como teorias gerais dos direitos fundamentais.

## ENTRE ASPAS

Portanto, por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, se verificará qual dos princípios ou interesses terá maior peso no caso concreto. No caso em apreço, de um lado está o instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, que garante a entrega da prestação jurisdicional antes do prazo regular. Do outro, está a Fazenda Pública, com muitas prerrogativas, bem revestidos de indisponibilidade e com leis que limitam especificamente a concessão da tutela em determinados casos (art. 1º da Lei nº 9.494/97).

A Fazenda Pública, conforme já foi dito, é o Estado em Juízo, que é protegida com o fim de se garantir o interesse público. Entretanto, do outro lado, está o indivíduo, o jurisdicionado, destinatário das finalidades do Estado, que possui como garantia maior a proteção à dignidade da pessoa humana, de assento constitucional.

Importante, desde já, esclarecer que o sopesamento somente pode ser feito diante das peculiaridades existentes no caso concreto.

Quando há o conflito entre a proteção do interesse público em referência a Fazenda Pública, e a dignidade da pessoa humana, deve-se ter em mente que as ações do Estado não podem ultrapassar os limites da defesa dos bens inerentes à vida.

Dessa forma, havendo o risco de perecimento do direito, e quando este direito estiver ligado intrinsecamente à dignidade da pessoa humana, não podem as prerrogativas da Fazenda Pública e as restrições legais à antecipação de tutela, inclusive o art. 1º da Lei nº 9.494/97, se sobrepor à pessoa humana, no caso concreto.

A proteção aos cidadãos, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, deve ser efetivada com presteza, pois decorre do próprio Estado Democrático de Direito. O postulado da proporcionalidade deve orientar as ações dos órgãos estatais por meio dos agentes públicos. Se ocorrer a violação de um direito do cidadão, vinculado à dignidade da pessoa humana, ou que mesmo indiretamente importe em violação, o princípio da proporcionalidade deverá nortear o intérprete para a concessão da tutela.

Assim, o derradeiro escopo do interesse público é que os atos públicos tenham como destinatário principal a proteção da dignidade humana.

Dessa forma, segundo o princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar os valores em jogo, e em razão dessa ponderação, conceder a antecipação. Com base em tal princípio, tenta-se empreender rapidez e segurança, visando a proteção de um bem jurídico maior que se encontra ameaçado.

Salienta que não se busca aqui a concessão da tutela apenas afastando-se os óbices legislativos. Preservam-se, no caso, todos os demais requisitos da tutela antecipada elencados no art. 273 do Código de Processo Civil. O que acontece não é a supressão do obstáculo, mas apenas a sua relativização no caso concreto, diante da urgência da situação e obedecidos os requisitos inerentes a toda tutela antecipada, com vistas a evitar o perecimento do direito.

O art. 1º da Lei nº 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em determinados casos, não pode ter a abrangência de proibir toda medida antecipatória, em qualquer caso que se encontre, pois, apesar de haver a restrição da lei, o juiz poderá conceder a antecipação, sob pena de frustração do próprio direito, a depender do caso concreto.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a decisão do STF na ADC nº 4 deve ser interpretada com temperamentos, pois o entendimento da vedação da tutela antecipada em desfavor do Poder Público não deve ter cabimento em situações excepcionalíssimas. Para corroborar com o defendido, cita-se o entendimento do Ministro Garcia Vieira do Superior Tribunal de Justiça:

Lei nº 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do STJ (STJ - REsp 275.649/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 17/09/2001).

Para José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p.89), a garantia da tutela jurisdicional é de todo cidadão. Sendo assim, é possível a tutela antecipada contra o Poder Público nas situações em que estiverem presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, pois a proteção é única, não se justificando as restrições infraconstitucionais, como exemplo da Lei nº 9.494/97.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendido possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, em se tratando de temas de direitos fundamentais e previdenciários:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. FAZENDA PÚBLICA. 1) Com relação às alegações de que há vedações legais contra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, em decisões judiciais que esgotem, no todo ou em parte, o objeto das ações, o art. 2º da Lei nº 8.437/92 refere-se apenas às ações de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, não sendo aplicável à presente ação. **Com relação à vedação da concessão da tutela contra a Fazenda Pública, o entendimento do STF e do STJ é no sentido de que está ressalvada da proibição contida na Lei nº 9494/97 as questões de cunho previdenciário e de garantia de direitos fundamentais.** 2) Com relação aos requisitos para antecipação da tutela, os quais, segundo a agravante, não estariam cumpridos, também sem razão. A tutela foi deferida após análise dos documentos juntadas com a petição inicial, onde o magistrado pôde analisar detidamente as provas existentes nos autos, o que já é inviável neste agravo pela carência de elementos trazidos a exame pela agravante. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2005.04.01.046616-0, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, D.E. 29/08/2007) (**grifos nossos**)

Dessa forma, não convive em harmonia uma interpretação literal da lei em detrimento de uma análise sistemática do conjunto de normas. Em um Estado de Direito, o que se busca é uma harmonia do complexo jurídico visando resguardar os direitos fundamentais. No caso em tela, o interesse público protegido por meio das prerrogativas da Fazenda Pública deve ser mitigado em prol da defesa da dignidade da pessoa humana, mesmo nas hipóteses em que haja restrição legal quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, utilizando-se o postulado da proporcionalidade com vistas a sopesar e ponderar ditos valores.

Portanto, na hipótese de colisão entre dispositivos constitucionais, deve prevalecer a interpretação favorável aos direitos fundamentais.

Ademais, é plenamente defensável o entendimento de que o juiz pode deixar de aplicar a norma do art. 1º da Lei nº 9.494/97 declarada constitucional pelo STF, desde que o fundamen-

to não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é o caso da sua não aplicação no caso concreto, tendo em vista as peculiaridades inerentes ao mesmo.

Nesse diapasão, as normas que limitam a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, embora sejam consideradas constitucionais, não devem ser aplicadas, necessariamente, em todos os casos. Isso porque, havendo o conflito de valores juridicamente relevantes, como a prestação jurisdicional adequada e efetiva, a segurança jurídica, o interesse público e os direitos fundamentais, essa aferição somente pode ser feita no caso concreto, e não em abstrato, em consonância com as peculiaridades de cada caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, é possível o afastamento das limitações da lei acima citada, desde que as especificidades do caso concreto autorizem tal afastamento, sobretudo quando houver malferição de direito fundamental ligado à dignidade da pessoa humana.

Por consequência, a observância do postulado da proporcionalidade é imprescindível quando da antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, devendo-se observar qual dentre os valores jurídicos colidentes no caso concreto deve ser protegido, não sendo possível aceitar que os direitos fundamentais sejam malferidos pela simples dicção legal em sentido contrário, o que representa um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa.

Vale aqui transcrever as lições de Carlos Augusto de Assis (2001, p. 192):

quanto a elas, e tendo por objetivo não frustrar o direito à adequada tutela jurisdicional (corolário do devido processo legal), duas soluções nos parecem possíveis: reputá-las inconstitucionais, deixando ao magistrado, em cada caso, o poder de aplicar ou não a antecipação de tutela de acordo com o art. 273, tendo em vista o critério da proporcionalidade acima formulado; ou, então, verificar em cada caso concreto se elas importam indevido cerceamento do direito ao devido processo legal, para só depois aplicá-las ou não. Do ponto de vista prático, ambas conduzem ao mesmo resultado, qual seja: o de que a antecipação contra a Fazenda Pública é possível mesmo em situações teoricamente vedadas pela Lei nº 9.494 de 1997, verificadas as peculiaridades de cada caso.

Portanto, apesar de haver restrições à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, todas elas podem ser afastadas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, aplicando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade.

## 6. Conclusão

Diante do exposto no decorrer do presente trabalho, foi possível dirimir algumas dúvidas atinentes à antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Conquanto já se tenha, em cada capítulo do presente estudo, extraído as conclusões que o mesmo trouxe, cumpre abordá-las de forma sistemática, para que se possa atingir o objetivo da pesquisa, atendendo às pretensões deduzidas no seu desenvolvimento.

Na primeira parte do trabalho, tratou-se da tutela antecipada. Falou-se, inicialmente, que a mesma consiste na entrega provisória da prestação jurisdicional, através da certificação ou da efetivação do direito material discutido. Através dela, antecipa-se a eficácia da decisão final, possuindo, portanto, caráter satisfativo.

Apontou-se, em seguida, os pressupostos da mesma, tratando de cada um deles, quais sejam, o requerimento da parte, a existência de prova inequívoca, a verossimilhança das alegações, a reversibilidade do provimento, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu.

Após, passou-se ao estudo propriamente dito da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública.

Conforme foi estudado, a Fazenda Pública é o Estado em Juízo. Foi dito também que as prerrogativas que o Estado possui em Juízo é decorrência da supremacia do interesse público sobre o particular.

Falou-se sobre o óbice do reexame necessário, estabelecendo como conclusão que o mesmo não se aplica a situação em tela em virtude de o art. 475 do CPC se referir expressamente a sentenças, não tratando de decisões interlocutórias.

Sobre o obstáculo referente a questão do precatório, chegou-se à conclusão de que a decisão que antecipa os efeitos da tutela daria início às delongas para a expedição do precatório, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda.

Em seguida, adentrou-se no estudo das leis que limitaram a antecipação de tutela em face do Poder Público em relação a determinadas matérias.

Falou-se inicialmente das Leis nº 4.384/64 e nº 5.021/66, que foram revogadas pela lei nº 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), entretanto, as proibições da concessão de medidas liminares em mandados de segurança continuam previstas, e as mesmas se aplicam à tutela antecipada.

Em seguida, tratou-se da Lei nº 8.437/1992, que estendeu a proibição das liminares em mandado de segurança às ações cautelares contra o Poder Público. Posteriormente, foi criada a lei 9.494/97, que estendeu as restrições da concessão de medida liminar em todas as leis ditas anteriormente à tutela antecipada. Tal lei foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 4, que em 2008 foi julgada procedente.

Após, ingressou-se no estudo do art. 1º da Lei nº 9.494/97, que, em síntese, vedou a concessão de tutela antecipada nas hipóteses de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias, outorgas ou acréscimo de vencimentos, pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, quando uma providência semelhante não puder ser concedida por meio de mandado de segurança, e quando a medida liminar não esgote no todo ou em parte o objeto da ação, desde que o objeto da mesma diga respeito a quaisquer das matérias acima referidas.

Numa interpretação *contrario sensu*, chegou-se à conclusão de que a tutela antecipada estava autorizada em todos os demais casos não mencionados pela lei.

Ressaltou-se a ocorrência da mitigação indireta do art. 1º da Lei nº 9.494/97, sendo que o STF editou a Súmula nº 729, estabelecendo que não se aplica a restrição do referido artigo às verbas previdenciárias, ocorrendo também outras hipóteses de mitigação indireta.

Por fim, tratou-se do princípio da proporcionalidade, concluindo-se que diante do caso concreto, plenamente possível a incidência do referido princípio para afastar quaisquer restrições à tutela antecipada em face da Fazenda Pública, pois o Magistrado pode deixar de aplicar a norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o fundamento não seja o da inconstitucionalidade da norma, como é a situação de sua não aplicação no caso concreto, em vista das peculiaridades inerentes ao mesmo, devendo-se preservar sempre os direitos fundamentais.

### Referências

---

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação da tutela. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

ALVIM, Carreira. “A Antecipação de Tutela na Reforma Processual” in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BEDAQUE, José Roberto. Antecipação da tutela jurisdicional. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência, 3ª ed., 2003.

BENUCCI, Renato Luís. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. São Paulo: Dialética, 2001.

BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov 2009. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>. Acesso em 10 de dezembro de 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público – Reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Execução Provisória e Antecipação de Tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela, 5ª ed., 2004.

CUNHA, Leonardo José da. A fazenda pública em juízo. 5. ed., São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro, Forense, 1999.



## A REVISTA DA UNICORP

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Realização das Liminares e Antecipação de Tutela contra a Fazenda Pública. 23. v. Brasília: CJP, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. 3 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. A Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. Até 1 de outubro de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Da Antecipação de Tutela, Reforma do Código de Processo Civil, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Ovídio Batista da. "A 'Antecipação' da Tutela na Recente Reforma Processual" in: A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. 28a ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1999.