

# A possibilidade de deferimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública

**Edimara Sachet Risso<sup>1</sup>**  
**Jorge Augusto Buzetti<sup>2</sup>**

## Resumo

<sup>1</sup>Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP (2004); especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Nacional de Pós-Graduação (2002); graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1995); professora no Curso de Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (CESUL); advogada em Francisco Beltrão/PR. edimarisso@hotmail.com.

<sup>2</sup>Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão CESUL (2009); pós-graduado em Direito Municipal pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - CESUL. jorgeabuzetti@yahoo.com.br

O presente trabalho objetiva compreender e analisar a existência de possíveis impedimentos à concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública, bem como contextualizar o instituto da tutela antecipada; promover a análise do regime jurídico administrativo, de modo a compreender o termo “Fazenda Pública” e verificar possíveis restrições à concessão da tutela, elencando-os. Dessa forma, a pesquisa parte da contextualização do instituto no direito pátrio, caracterizando-o e diferenciando das demais tutelas de urgência. Adiante, busca-se examinar o termo “Fazenda Pública” e suas prerrogativas no juízo cível. Por fim, são apontados possíveis óbices à concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, para concluir-se que, atendidos os pressupostos legais fixados em lei e, observadas determinadas restrições legais, não há qualquer motivo que justifique a não concessão da antecipação dos efeitos da tutela antecipada.

Palavras-chave: Tutela antecipada; Fazenda Pública; possibilidade; óbices à concessão.

## **The possibility of approval guardianship early in face of public government**

## Abstract

This paper aims to understand and analyze the existence of possible impediments to grant anticipated effects of judicial protection in face of the Public Government, and contextualize the Institute of injunctive relief, to promote the analysis of the legal administrative system in order to understand the term "Public Government" and check possible restrictions on the granting of protection, listing them. Thus, the research starts contextualizing the institute of Brazilian law, characterizing and differentiating it from other urgency guardianships. Ahead, we seek to examine the expression "Public Government" and its prerogatives in civil court. Finally, we point out potential obstacles to the gratings of injunctive relief in cases against Public Government, to conclude that, complying with the legal requirements established by law and in compliance with certain legal restrictions, there is no reason to

Recebido: 06/Abr/2010

Aprovado: 16/Ago/2010

justify not granting the anticipations of purposes of injunctive relief.

Keywords: Early Guardianship; Public Government; possibility; obstacles to the granting.

## Introdução

Dentre as modificações trazidas a lume para o Código de Processo Civil Brasileiro – CPC, pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a que tem incitado maior discussão na doutrina e na jurisprudência é, sem dúvida, aquela que deu nova redação ao artigo 273, prevendo a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional requerida na ação de rito comum.

E o debate tem sido ainda mais acirrado quando se refere à possibilidade de antecipação da tutela em face dos entes que compõem a Fazenda Pública. Isso porque, para muitos doutrinadores e aplicadores do Direito<sup>3</sup>, a necessidade de reexame necessário das decisões proferidas contra a Fazenda Pública (artigo 475, inciso II, do CPC), a submissão ao regime de pagamento por precatórios (artigo 100 da Constituição Federal) e a execução especial (artigo 730 do CPC) impedem a concessão da referida tutela.

Indubitavelmente, a tutela antecipatória foi uma das mais prodigiosas inovações trazidas a lume nas reformas do processo civil nas últimas duas décadas, na medida em que viabilizou a busca do bem da vida pelas partes de forma mais célere e garantiu maior efetividade ao princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV).

Certo é que o caráter antecipatório do mérito de algumas decisões há muito tempo existe no direito pátrio, sendo, por exemplo, evidente nas ações possessórias e na liminar de busca e apreensão regrada pelo artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69. Contudo, foi a Lei n. 8.952/94 que estendeu o instituto a praticamente todas as pretensões, representando uma resposta ao anseio pela maior efetividade na obtenção da tutela jurisdicional pretendida, alterando o teor do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Assim, a nova redação<sup>4</sup> do artigo 273 do CPC trouxe uma concepção diferente do processo de conhecimento, até então dito como

---

<sup>3</sup> Leia-se, a respeito GIANESINI apud PEREIRA (2003, p. 188); e FRIAS (1995, p.18).

<sup>4</sup> A redação do artigo 273 do CPC inovou no sentido de deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que, não há momento exato estabelecido para a proposição e o deferimento dessa medida, podendo ocorrer tanto em sede de liminar ou no curso do próprio processo de conhecimento.

lento e insatisfatório, sendo certo que a tramitação duradoura de um feito causa insegurança e incerteza, somente trazendo benefícios aos réus contumazes.

A Fazenda Pública, (termo este objeto de estudo em tópico específico), desfruta de tratamento especial em várias situações processuais. Ou seja, a Fazenda Pública, na atuação em Juízo, possui certas regalias processuais. Nesta seara, haveria obstáculos à concessão da antecipação da tutela jurisdicional em face da Fazenda Pública? Os tribunais pátrios não chegaram a um consenso sobre o tema. Em razão disso, o instituto vem encontrando óbices à sua concessão, acarretando a mitigação da sua real função, vez que a tutela antecipada apresenta-se como uma resposta do ordenamento jurídico aos anseios dos jurisdicionados fatigados pela falta de efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Assim, o presente trabalho é composto por três itens, sendo que em um primeiro momento, consiste em uma análise sistemática do instituto da tutela antecipada no sistema jurídico brasileiro, tendo como ponto de partida o processo de cognição e deferimento das tutelas jurisdicionais, elencando suas características gerais e demais especificidades para sua concessão, diferenciando-o das tutelas cautelares.

Em seguida, destina-se um item à compreensão do termo Fazenda Pública e sua atuação na esfera cível, destacando as particularidades e princípios que regem a Administração Pública. Não se destina, por certo, a esgotar a matéria tampouco adentrar profundamente nos princípios que regem a atividade estatal.

Tornada clara a importância dos itens anteriores, que constituem premissas teóricas necessárias para o alcance do desígnio do estudo, avança-se mais um passo, consistente no estudo propriamente dito da possibilidade de deferimento da concessão da tutela antecipada. Dessa forma, elencam-se, e se analisam os principais obstáculos levantados à concessão dos efeitos da tutela antecipada em face da Fazenda Pública e as hipóteses de sua não concessão, previstas em Lei.

Essa é, por conseguinte, a estruturação do presente trabalho, voltado à demonstração da importância do tema, iniciando-se paulatinamente o trajeto proposto, rumo aos objetivos pretendidos e sumariamente mencionados.

## **O instituto da tutela antecipada**

### **A cognição e o deferimento das tutelas**

Ao proibir a autotutela privada aos seus governados, que nada mais é que “a solução do conflito de interesses que se dá pela imposição de vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio” (DIDIER JR, 2008, p. 74), o Estado assumiu o encargo de tutelar adequada e eficientemente os inúmeros casos conflituosos de interesse. Dessa forma, superados outros meios de solução de conflitos, é através do processo, que se instrumentaliza a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz.

Ao examinar e conduzir o processo, o magistrado deve apreciar as alegações das partes e as provas produzidas nos autos, a fim de exarar juízo valorativo acerca das questões insurgidas, visando a uma solução eficaz. Para realização de tal mister, utiliza-se a técnica da cognição.

A cognição, segundo WATANABE (2005, p. 67) é:

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo

Ou seja, a cognição trata do conjunto de técnicas utilizadas pelo magistrado para analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes litigantes em um processo, de modo que possa formar um juízo valorativo do litígio, buscando a pacificação social.

Isso porque a finalidade do processo de conhecimento é obter uma declaração judicial, mormente em conferir certeza jurídica à existência ou inexistência do direito alegado pela parte autora em sua petição inicial.

A técnica da cognição pode “ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e, no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial” (MARINONI, 1999, p. 24), a depender das necessidades da tutela pretendida. A fim de que seja possível prolatar o provimento capaz de ensejar que se atinja tal finalidade, necessário se faz que o magistrado analise as alegações e as provas produzidas nos autos, emitindo juízos valorativos acerca delas.

No sentido horizontal, a cognição refere-se à possibilidade de apreciar total ou parcialmente o conflito de interesses posto em juízo. Já no plano vertical, relaciona-se com o grau de profundez, intensidade, dividindo-se, em exauriente, sumária e superficial.

A tutela de cognição exauriente, característica do processo de conhecimento, “garante a realização plena do princípio do contraditório de forma antecipada, ou seja, não permite a postecipação da busca da ‘verdade e da certeza’” (MARINONI, 1999, p. 27). Em outras palavras, é na cognição exauriente que a atividade do juiz é definitiva, encerrando-se o litígio de modo absoluto, caracterizada por produzir coisa julgada material.

A cognição sumária, por sua vez, é menos profunda que a cognição prevista para a tutela definitiva, uma vez que é própria do juízo de probabilidade, ou seja, há “possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo” e “é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto” (DIDIER JR, 2008, p. 298), a exemplo das medidas cautelares e antecipação de tutela. “É que, em se tratando de tutela para hipóteses em que há, em alguma medida, *urgência*, sua concessão acaba sendo necessariamente incompatível com a demora” (ZAVASCKI, 2005, p. 31).

A cognição superficial, por fim, é aquela característica dos juízos de mera verossimilhança, como as liminares, de modo geral, bastando para tal a alegação de fato plausível. Embora a regra adotada no procedimento comum seja a cognição exauriente, em que “a entrega da tutela-padrão (definitiva satisfativa) dificilmente se dá com a rapidez esperada” (DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 596), certas ocasiões não a suportam, porquanto necessitam uma tutela emergencial, no menor tempo possível.

A demora no transcorrer do processo fez surgir, assim, instrumentos processuais aptos a preservar direitos em face dos malefícios do tempo, de modo a fornecer uma resposta célere e diligente por parte do magistrado, em razão da situação fática posta em juízo. Logo, a cognição sumária é técnica processual de relevante importância para a persecução da tutela jurisdicional, de modo que a resposta do Estado-juiz seja rápida e eficaz, visando à justeza e à utilidade do processo. Dentre as tutelas baseadas em cognição sumária, merecem destaque as tutelas de urgência, sobre o que se passa a discorrer.

## **Tutelas de urgência**

Em razão do crescente número de demandas e da necessidade de obter um resultado mais célere, ensina (MONTENEGRO FILHO 2008, p. 08) que “várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador para o alcance de um processo de resultados (...) os Juizados Especiais Cíveis (...), o estímulo das propostas de conciliação (...)”

A demora na apreciação das alegações exaradas pelas partes e no atendimento à pretensão ou o risco de se revelar ineficaz ao seu direito e à própria ordem jurídica pátria fez com que surgissem medidas imperativas visando a garantir uma execução futura ou antecipar efeitos da própria decisão de mérito. Isso porque, nas palavras de (MESQUITA 2002, p. 173-174):

Quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, medidas devem ser promovidas, imediatamente, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena de niilificação da execução futura e do direito em lide, respectivamente.

Assim, as tutelas de urgência são gênero, das quais são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. Embora se identifiquem por ter uma mesma finalidade, que é de minorar as moléstias do transcorrer do lapso temporal e de garantir a efetividade dos efeitos da tutela jurisdicional, tais institutos não se confundem.

Quanto à natureza jurídica, “uma, a tutela antecipada, é uma técnica processual; a outra, a tutela cautelar, é uma espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo” (DIDIER JR; BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 597).

O traço distintivo predominante, porém, é a finalidade da medida cautelar que, segundo (WAMBIER, ALMEIDA E TALAMINI (2007, p. 325), é “precipuamente, a de evitar ou a de minimizar o risco de eficácia do provimento final. A tutela antecipada pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que por isso deve ser tutelado de forma especial pelo sistema”.

Outro aspecto que as distingue é a temporariedade de seus efeitos. Acerca de tal característica, diz (ZAVASCKI 2005, p. 58):

cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (...), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, (...), cujo advento consolidará (...) a situação fática decorrente da antecipação.

A tutela antecipada é, assim, decisão (interlocutória) provisória baseada em cognição sumária e passível de ser posteriormente confirmada ou revogada, que, visando a satisfazer o direito, antecipa os efeitos da tutela definitiva, permitindo o seu gozo imediato. A tutela cautelar, por sua vez, é decisão definitiva exauriente, que garante os efeitos de futura tutela definitiva satisfativa. Sua função é, pois, apenas conservar o estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, para que a prestação jurisdicional futura não venha a se tornar inútil quando prestada. “As cautelares não se prestam diretamente à satisfação do direito principal, nascem para que outras medidas as substituam, para as quais são expedientes preparatórios” (MESQUITA, 2002, p. 211). Tais aspectos foram destacados a fim de asseverar a possibilidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a teor do disposto no §7º do artigo 273 do CPC.

Por fim, convém ressaltar também que, a tutela antecipada não se confunde com liminar. Embora ambas as espécies permitam ao requerente receber declaração jurisdicional antes da prolação da sentença judicial final, “não há dúvida de que, de um modo geral, quando se fala em liminar está-se referindo a provimento judicial decretado ao início do processo” (ZAVASCKI, 2005, p. 180). Ou seja, por medida liminar, deve-se entender aquela medida judicial concedida desde logo, no início da lide, sem a oitiva da parte contrária.

(FABRÍCIO apud DIDIER; BRAGA e OLIVEIRA 2008, p. 616) ensina que também a tutela cautelar pode ter seus efeitos antecipados, inclusive, liminarmente, ou seja, poderá ser concedida quando do recebimento da inicial ou postergada, podendo ser concedida, inclusive, por ocasião da sentença.

Entretanto, “para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da *menor restrição possível*: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário” (ZAVASCKI, 2005, p. 82). Dessa feita, a depender do perigo de dano, a tutela poderá ser concedida antes da citação da parte contrária, ou antes da audiência, após ouvida a parte contrária e, ainda, por ocasião da sentença, inclusive em grau recursal.

### **Requisitos para a concessão da tutela antecipada**

Para que sejam antecipados os efeitos da tutela pretendida, exige a lei que haja o preenchimento de determinados requisitos.

No *caput* do artigo 273 do CPC estão dispostos os requisitos gerais, quais sejam, o requerimento da parte, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. Ou seja, deverá haver pedido expreso para antecipação dos efeitos da tutela pretendida, cabendo ressaltar que o juiz não tem o poder, de ofício, de concedê-la, sobretudo em razão do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz se encontra adstrito a atuar somente quando incitado (arts. 2º e 262 CPC).

Prova inequívoca é a demonstração tendente a causar no julgador um forte convencimento acerca do alegado pelo requerente da tutela. Segundo CARNEIRO (2004, p. 24), “a ‘inequívocidade’ da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o ‘juízo de verossimilhança’, capaz de autorizar a antecipação da tutela”.

O terceiro requisito, a verossimilhança, é bastante subjetivo. Não exige a lei a certeza da veracidade das alegações, mas sim a presença de indícios probatórios a fim de gerar um juízo valorativo sobre a provável existência do direito trazido ao processo pelo requerente.

Sobre o assunto, ensina WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (2007c, p. 322) que “o convencimento de verossimilhança é correlato ao de cognição sumária ou superficial. Nestas hipóteses, o juiz tem uma razoável impressão de que o autor tem razão, mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente. Em outras palavras, a verossimilhança configura-se como a alta probabilidade de que o autor venha a ser favorecido com a sentença de procedência.

A lei exige ainda requisitos específicos, não cumulativos entre si. ZAVASCKI (2005, p. 78) cita-os: “(a) ‘o receio de dano irreparável ou de difícil reparação’(inciso I) ou (b) o ‘abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu’(inciso II).”

O primeiro deles, o receio, deve ser plausível e razoável, ou seja, o receio fundado (expressão utilizada pela lei processual) é o que não provém de simples temor subjetivo da parte autora, mas que nasce de dados concretos e seguros. Referido requisito aproxima-se muito do *periculum in mora* do processo cautelar. Não basta que o autor alegue os simples inconvenientes da demora processual, até porque referida demora é inevitável dentro do sistema regido pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O abuso do direito de defesa, previsto no inciso II do artigo 273 do CPC, é a segunda via para a obtenção da antecipação da tutela. Ao alegar a presença deste requisito, o autor deverá demonstrar que o réu, pela sua conduta processual, abusa do direito de defesa, ou que o réu busca, mediante expedientes escusos, protelar o desfecho da demanda,



com o objetivo de beneficiar-se pela manutenção do *status quo*. É importante salientar que a hipótese analisada não trata de punição para o réu, vez que não se considera o dolo propriamente dito e sim, o exame objetivo da defesa do réu. Em outras palavras: se a defesa não é consistente, tal fato vem a reforçar o juízo de verosimilhança, de modo a autorizar a concessão da tutela.

Por fim, o parágrafo 6º do artigo 273, estabelece outra hipótese em que será possível a concessão da tutela antecipada: a incontrovérsia quanto a um ou mais dos pedidos. Seguindo uma interpretação técnica do referido dispositivo legal, é possível dizer que a tutela antecipada pode ser deferida sempre que um dos pedidos do autor não foi rechaçado pela parte adversa.

Na verdade, o legislador brasileiro inovou ao instituir a possibilidade de antecipação da tutela como forma de desestimular o uso indevido do processo pelo réu, já que a pena pecuniária e a possibilidade de ressarcimento das perdas e danos não se mostraram suficientes.

Entretanto, a fim de minorar o uso indevido do instituto, o legislador estabeleceu nos parágrafos segundo e quarto, do artigo 273, do *Codex* Processual Civil, a reversibilidade e a revogabilidade como características da medida.

A reversibilidade do provimento dá conta justamente de não ser cabível a tutela quando não houver possibilidade de, por ocasião da decisão definitiva, repor as coisas ao *status quo ante*. Todavia, considerar-se-ão reversíveis os efeitos da tutela sempre que houver a possibilidade de indenização em espécie, e que esta, de fato, seja capaz de compensar o dano sofrido.

Ainda assim, há danos que não são passíveis de substituição por pecúnia. Na prática, devem-se sopesar os interesses em jogo, cabendo aplicar o princípio da proporcionalidade que, nas palavras de WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (2007a, p. 330), “recomenda que, ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devam ser ponderados os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente, conceder-se a antecipação”.

Já a revogabilidade, prevista no §4º do artigo 273 do CPC, é a possibilidade de a medida ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo magistrado, mediante decisão fundamentada, desde que desapareçam os pressupostos da manutenção da medida anteriormente concedida ou que surjam pressupostos que determinem a concessão do instituto em diferentes moldes.

Uma vez concedida a medida antecipatória, o processo prossegue até seu julgamento final: trata-se, pois, de decisão provisória que

necessita de posterior ratificação, a teor do disposto do §5º do artigo 273 do Diploma Processual Civil.

### **Exequibilidade da decisão**

Uma vez deferida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ela é, desde logo, passível de efetivação prática. A lei determina, no artigo 273, §3º, do CPC, que se aplique, no que cabível, as regras sobre a execução provisória, previsto no artigo 475-O, também do CPC.

Isso porque, “considerando as peculiaridades de nosso sistema, será possível, com base no artigo 273, antecipar a condenação, para que dela se extraia execução provisória” (SILVA, 2008, p.18). Contudo, isso “não significa que a efetivação da tutela antecipada irá submeter-se a um processo executivo, nos termos do Livro II do CPC, ou mesmo ao cumprimento de sentença” (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, 2007a, p. 327). Ou seja, não há que se falar em execução (autônoma) ou cumprimento de sentença para sua concretização.

Pelo contrário. Na medida em que a urgência da situação e as especificidades do bem jurídico assim o exigem, “é permitida a realização antecipada da pretensão, por meio sub-rogatório ou coercitivo, respectivamente, pela atuação do demandado e da efetivação por serventários da ordem exarada pelo juiz, por mandado” (MESQUITA, 2002, p. 420).

Destarte, a remissão feita no aludido §3º do artigo 273 do CPC, nas palavras de DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA (2008, p. 651) dizem “respeito às medidas de coerção direta e indireta de que o magistrado pode valer-se, inclusive de ofício, para efetivar seus provimentos antecipatório e final: multa, busca e apreensão (...), desfazimento de obras, requisição de força policial etc.” Ou seja, a medida será efetivada no próprio processo em que foi proferida.

## **A Fazenda Pública e o processo**

### **Pessoa jurídica de direito público, administração pública e Fazenda Pública**

Juridicamente, o vocábulo pessoa compreende todo ente dotado de personalidade, ser ao qual se atribuem direitos e obrigações na ordem civil, de modo a participar da vida jurídica.

O Código Civil Brasileiro, em seu livro I, ao estabelecer o regime jurídico das pessoas, classificou-as em pessoas naturais (Título I) e pessoas jurídicas (Título II). Enquanto sujeito passivo de direitos e deveres, a pessoa jurídica poderá, por seus órgãos e representantes, atuar na sociedade, praticando atos de maneira geral.

As pessoas jurídicas podem ser de direito público e de direito privado. Nesse contexto, as pessoas jurídicas de direito público estão classificadas em externas e internas. “Tais pessoas são caracterizadas não só pela personalidade jurídica de direito público como pelo regime jurídico de direito público a que se submetem” (MONTEIRO, 2007, p. 135).

Segundo disposto no artigo 41 do Código Civil Brasileiro, são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, além das demais entidades de caráter público criadas por lei, integrantes da administração pública. Dessa forma, enquadram-se no conceito de pessoas jurídicas de direito público as fundações públicas e as agências reguladoras, estas com natureza de autarquias especiais.

A respeito das pessoas jurídicas de direito público interno, ponderam GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2005, p. 223) que, “dentro da tríplice concepção política delineada pela Carta Constitucional de 1988, a União, os Estados e os Municípios, entidades políticas da Administração Pública Direta, compõem a estrutura federativa do Estado brasileiro”. Cabe ressaltar que o rol disposto no aludido artigo não é taxativo, vez que outras entidades poderão ser criadas por lei com personalidade de direito público.

Assim, essas entidades de direito público, bem como as entidades de direito privado que prestem serviço público, estão classificadas como pessoas jurídicas de direito público interno, compondo a administração pública, que nada mais é que a instrumentalização da atuação estatal no atendimento à sociedade.

Ao conjunto de órgãos e entidades encarregadas de realizar a atividade administrativa tendendo à satisfação das necessidades coletivas e segundo os fins almejados pelo Estado dá-se o nome de Administração Pública, que possui dois sentidos, segundo DI PIETRO (2006, p. 68):

- a) Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes políticos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) Em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública

é a própria função administrativa que incumbem, predominantemente, ao Poder Executivo.

Interessa pois, ao presente estudo, o sentido subjetivo da expressão, a fim de que sejam compreendidos os entes que compõem e desenvolvem as funções do Estado.

Destarte, como alhures disposto, integram a administração direta, que é a própria atuação do Estado por suas entidades estatais, visando à satisfação das necessidades coletivas da sociedade, a União, Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Também integram a administração pública, porém de forma indireta, as autarquias e as fundações públicas.

Nesse contexto, na divisão de poderes idealizada por Montesquieu<sup>5</sup>, compete ao Poder Executivo a realização de atividades visando a atender as necessidades da sociedade como um todo. Ao atribuir a respectiva competência, o legislador conferiu atribuições predominantes: a cada um dos poderes uma das três funções basilares, possibilitando, no entanto, a intervenção dos demais, de modo a assegurar um controle.

Dessarte, na execução desse atendimento à coletividade, o Poder Executivo está atrelado a princípios e garantias, alguns previstos na Constituição Federal, em decorrência da essência do Estado Democrático de Direito.

Em razão do extenso campo principiológico, interessa abordar, com brevidade, os princípios da legalidade e eficiência, além do princípio da supremacia do interesse público em detrimento do particular, de modo a fazer um esboço da configuração do Estado, exatamente para confrontá-lo com o objeto deste estudo, se limitando a correlacionar o poder público e a sua atuação processual.

### **Princípio da legalidade e da eficiência**

À luz do disposto no artigo 5º, inciso II, cumulado com o artigo 37, ambos da Magna Carta, trata-se o princípio da legalidade, segundo o

---

<sup>5</sup> A obra “O Espírito das Leis”, publicada originalmente no ano de 1748, é o livro no qual Montesquieu elabora conceitos sobre formas de governo e exercícios da autoridade política que se tornaram pontos doutrinários básicos da ciência política. Suas teorias exerceram profunda influência no pensamento político moderno, inspirando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada no ano de 1789, durante a Revolução Francesa. Para ele, as funções do executivo, legislativo e judiciário estão intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Para Alexandre Sanches Cunha (2001, p. 66, obra Todas as constituições brasileiras, editora broksseller) “à divisão dos Poderes fica claro que prevaleceu a teoria clássica de Montesquieu. Neste sentido, surge um Executivo presidencialista (...), um Legislativo composto por duas casas (...) e observa-se o fortalecimento do Judiciário”, tanto que a repartição dos poderes vem se manifestando nas Cartas Políticas desde a Constituição de 1891.

qual os entes administradores somente poderão realizar o quanto previsto na lei, um dos mais importantes e do qual decorrem os demais princípios basilares norteadores da Administração Pública, por ser essencial ao Estado Democrático de Direito.

Isto porque, certamente, qualquer ação estatal sem a previsão legal, ou que exceda ao âmbito previsto na legislação, é injurídica e está sujeita à anulação.

Nesse sentido, ensina DI PIETRO (2006 p. 81) que

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Portanto a atuação estatal é vinculada à lei, sob pena de nulidade.

Ademais, “A Emenda Constitucional n.º 19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*. Também a Lei n.º 9.784/99 fez referência a ele no artigo 2º, *caput*” DI PIETRO (2006, p. 98).

Na lição de MEIRELLES (2003, p. 102), o princípio da eficiência é:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Trata-se, pois, do dever da boa administração, impondo à administração pública, seja ela direta ou indireta, o dever de realizar suas atribuições, dentro da legalidade, com presteza, eficiência, de modo qualitativo.

### **Princípio da supremacia do interesse público**

Um dos alicerces do direito público é o princípio da supremacia do interesse público em face do privado, vez que, na medida em que esse interesse é compartilhado pela coletividade, ele passa a ter mais relevo do que o interesse individual.

Ao mesmo tempo em que a Administração Pública deve ater-se aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, de igual modo deve realizar suas atividades em prol do interesse de todos. Tal atuação, entretanto, não significa o olvido do interesse e do direito do particular, mas sim, a garantia e a prevalência do interesse público, no qual está concentrado o interesse coletivo.

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes e competência salvo autorização em lei”. Assim resta claro no dispositivo, que o interesse público é irrenunciável pela Administração Pública.

Há que se ressaltar, ainda, que tal princípio não restringe seus efeitos somente à Administração Pública, mas também ao legislador. “Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública” (DI PIETRO, 2006, p. 82).

Por tal razão é que a Administração Pública deve, ao agir, seguir os mandamentos legais previamente estabelecidos, sob a égide do comentado princípio da legalidade, zelando sempre pela proteção do interesse público.

CUNHA (2003, p. 28) ensina que, em razão de tal princípio, cumpre:

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

Mesmo assim, não sendo a Administração Pública titular do interesse público, é ela que se apresenta como ente destinado a resguardá-lo, buscando o bem comum, em consonância com a legislação vigente.

### **Fazenda Pública**

Nos ensinamentos de CUNHA (2003, p. 27), a “Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública”, em sua universalidade.

Em sentido amplo, a palavra Fazenda, dentre outras, alude aos recursos financeiros e econômicos de uma pessoa; ao tesouro, erário. Seu uso mais espargido, entretanto, refere-se às finanças públicas, mormente em se tratando da gestão dos recursos monetários governamentais.

Nesse sentido, PEREIRA (2003, p. 5) assevera que o “uso mais difundido refere-se às finanças estatais, não casualmente se aplicando o vocábulo para designar a pasta que, nos âmbitos federal e estadual, cuida do dinheiro governamental”.

Desse modo, à primeira vista, analisando-se gramaticalmente, a locução Fazenda Pública, indicar-se-ia, tão somente, o Estado em juízo com o seu aspecto financeiro/econômico. Contudo, ensinam WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (2007b, p. 427) que “A Fazenda Pública, conceito este relativo às entidades de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal (...), além das autarquias e fundações (...) sujeitos ao regime de direito público), tanto pode ser credora como devedora”.

Para MONTENEGRO FILHO (2008, p. 41), Fazenda Pública é “expressão que se põe no gênero, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal, Territórios e Municípios, sendo extensivo em relação às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”.

Em verdade, o emprego contumaz do termo Fazenda Pública fez com que o mesmo fosse utilizado como sinônimo do Poder Público em Juízo, ou seja, havendo em qualquer pólo da relação processual uma pessoa jurídica de direito público, correspondendo à administração pública direta, e também indireta, nas hipóteses das autarquias ou fundações públicas, esta pode ser designada, genericamente, de Fazenda Pública, mesmo porque é esta quem suporta os encargos pecuniários do processo.

Convém asseverar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> estendeu a utilização do aludido termo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, empresa pública, entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, mas que presta serviço público, em razão da exploração de serviço de competência da União, conforme o artigo 21, X, da Magna Carta.

Destarte, considerar-se-á o termo “Fazenda Pública” sinônimo de Administração Pública em sentido formal, excluídas, entretanto, as demais empresas públicas e sociedades de economia mista, vez que, embora constituídas por capital público, são pessoas jurídicas de direito privado, não detendo a prerrogativa da impenhorabilidade de seus bens.

---

<sup>6</sup> STF – QO-ACOr 765-1 – Rel. Marco Aurélio – DJe 07.11.2008 – p. 23.

## **Regalias processuais da Fazenda Pública**

A Fazenda Pública, em razão do interesse público em litígio e da indisponibilidade dos direitos que tutela, possui um tratamento diferenciado em juízo, na medida em que há um desnivelamento entre as partes, vez que a Fazenda Pública dispõe de ferramentas diferenciadas para a sua consecução, proporcional ao interesse que defende.

Nas palavras de PEREIRA (2003, p.15), “na realidade, pela multiplicidade de formas que assume a administração, percebe-se que não poderão essas distintas facetas estar submetidas a igual regime” na atuação processual.

Em virtude da atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública detém prerrogativas como prazos especiais para contestar e recorrer (artigo 188 do CPC), o reexame necessário das sentenças que lhes são adversas (artigo 475, II e III do CPC), o pagamento das condenações via precatório e a execução diferenciada, que não se submete às regras das demais.

A doutrina não é unânime a respeito do tratamento destas regalias. Tratar-se-iam de privilégios ou prerrogativas? Do ponto de vista técnico-legal, a expressão prerrogativa, por consistir exatamente em uma regalia decorrente de lei, se mostra mais adequada, razão pela qual foi adotada no presente trabalho.

Mas, isso “não pode ser concebido como simples favor, tentativa de evitar, tanto quanto possível, o êxito do particular sobre o Poder Público. Assim fosse, ocorreria vulgar privilégio – vantagem irracional e tendenciosa” (PEREIRA, 2003 p. 26). É que privilégio traz implicitamente uma carga de ilegalidade/ilegitimidade, como a qual não se confunde prerrogativa, na maioria das vezes.

A respeito das prerrogativas da Fazenda Pública à luz dos princípios constitucionais da isonomia processual, da proporcionalidade e do devido processo legal, é preciso que se diga que não parece afrontoso e até mesmo parece legítimo o tratamento distinto em juízo. Isso se dá em razão das especificidades intrínsecas à estrutura dos entes que compõem a Fazenda Pública, sobretudo em razão do interesse público e da indisponibilidade dos direitos por ela tutelados.

Entretanto, sem dúvida, é irretorquível a conclusão de que tais prerrogativas são inversamente proporcionais à celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que elas quase sempre implicam dilação



de prazo para a prática de determinados atos ou exigência da prática de mais atos antes que a tutela pretendida possa ser efetivada.

### **A concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública**

Mesmo sendo reconhecida a contribuição do instituto da tutela antecipada na moderna concepção do processo, alguns óbices são colocados em relação à sua concessão contra os entes que compõem a Fazenda Pública. Muito já se debateu sobre o tema e variadas são as interpretações dadas pelos Tribunais Pátrios. Basicamente, todavia, os óbices opostos são aqueles sobre os quais se passa a discorrer, de ora adiante.

### **Reexame necessário do artigo 475, incisos “i” e “ii” do Código de Processo Civil**

MEDINA (2008, p. 32) ensina que “o reexame necessário não é recurso, mas condição legal de eficácia da sentença, cuja incidência não depende da vontade das partes ou, sequer, da manifestação do juiz que a proferiu”. Ou seja, volta-se tão somente à análise, por um juízo hierarquicamente superior ao que concedeu a decisão, da correção do ato, não se sujeitando ao interesse das partes.

Aliado a isso, tem-se, ainda, que as sentenças sujeitas ao reexame necessário não podem, a teor do inciso II do artigo 475 e do artigo 512, ambos do Código de Processo Civil - CPC, ser reformadas *in pejus* contra a Fazenda Pública, justamente em função do interesse público.

Dessa forma, o reexame necessário tem-se apresentado como um óbice à antecipação de tutela, em razão da norma contida no comentado artigo, que expressamente nega eficácia à sentença proferida em face da Fazenda Pública antes da devolução obrigatória.

Para CALMON apud ZAVASCKI (2005, p. 30), “a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau”. Tal entendimento é no sentido de que, nos moldes do CPC, se a sentença proferida contra a Fazenda Pública, que é o mais, necessita ser confirmada por órgão hierarquicamente superior para produzir efeitos, a decisão interlocutória, que é o menos, também necessitaria.

No mesmo teor são as palavras de SALVADOR (1997, p. 68), formando entendimento no sentido de que o juiz não estaria possibilitado de conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em razão da necessidade do reexame necessário, sobretudo considerando-se tratar de

interesse coletivo e de patrimônio público. Dessa feita, nada adiantaria deferir a antecipação da tutela se esta não fosse confirmada por órgão hierarquicamente superior.

Em corrente antagônica, CARNEIRO (2004, p. 104) leciona que

a imposição do duplo grau refere-se apenas às sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado (...); Já a AT, esta é concedida através de decisão interlocutória, de caráter provisório, modificável ou revogável pelo próprio juiz que a proferiu, e cuja eficácia pode igualmente ser suspensa pelo presidente do Tribunal.

Ou seja, a alusão do artigo 475 do CPC seria apenas às sentenças, com as quais não se confundem as tutelas antecipadas, que têm natureza de decisão interlocutória. Nesse sentido, é o entendimento de ZAVASCKI (2005, p. 178), para quem

(...) o reexame necessário há de ser compatibilizado com a decisão antecipatória, devendo ser realizado sem prejuízo da execução das providências dela decorrentes. Aliás, é exatamente isso o que ocorre na ação de mandado de segurança, na qual, além de ampla viabilidade de concessão de medidas liminares – cuja natureza é evidentemente antecipatória – o reexame necessário não impede a execução provisória da sentença de procedência (...)

De fato, a manifestação judicial que confere ou recusa a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos exatos termos do §2º do artigo 162 do CPC, é decisão interlocutória. Embora seus efeitos antecipem a decisão final – sentença – o processo não se encerra neste momento, mas sim, há apenas resolução em momento diferente daquele tradicionalmente previsto, prosseguindo-se os autos até a prolação da sentença, em momento oportuno, que pode confirmar ou não o provimento dado em sede de antecipação.

Isso tendo em vista que, ao retirar o efeito suspensivo da apelação que reitera a tutela antecipada, o inciso VII do artigo 520 do CPC demonstra que a concessão antecipada dos efeitos da tutela jurisdicional está apta a produzir seus efeitos prontamente.

É importante destacar que o reexame necessário, enquanto condição de eficácia, não constitui óbice à execução provisória da sentença contra a Fazenda Pública, posto que não é verdadeira a afirmação de que a sentença sujeita a recurso não produz efeitos. É que não se pode confundir a eficácia (aptidão para produzir efeitos) com a imutabilidade (incremento que pressupõe o trânsito em julgado) da sentença.

Prova desta assertiva é o enunciado da Súmula 423 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”. Ou seja, a interpretação do artigo 475 do CPC “é apenas e tão somente, obstativo da formação da coisa julgada” (BUENO, 1999, p. 214), não guardando qualquer relação, deste modo, com a possibilidade de eficácia da sentença a ele sujeita, no sentido de esta ensejar execução provisória porque pautada em decisão não transitada em julgado. Logo, a expressão “não transita em julgado” não tem o mesmo significado semântico de “não pode ser executada”.

Se todo e qualquer pronunciamento judicial causador de prejuízo ao Poder Público estivesse sujeito ao disposto no artigo 475 do CPC, certamente haveria o atravancamento do processo e o entulhamento de causas no Poder Judiciário, sem contar com o inevitável transcurso do tempo e a consequente demora na prestação jurisdicional.

### **A antecipação da tutela e a regra constitucional do precatório**

Outro óbice à concessão do instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, para as demandas em que há condenação em pagar quantia certa, proferida em face à Fazenda Pública, é a questão dos precatórios.

O regime de realização do crédito pecuniário contra a Fazenda Pública exige o pagamento por precatórios, na forma do artigo 100 da Constituição Federal, com procedimentos regulados pelos artigos 730 e 731, ambos do CPC.

À míngua da possibilidade de a Fazenda Pública ter penhorados ou sequestrados seus bens (artigo 100 do Código Civil), os precatórios foram criados pelo legislador constitucional a fim que fosse viabilizada a realização pecuniária sem prejuízo do atendimento das demais atividades essenciais do Estado. A esse respeito, BENUCCI (2001, p. 78) ensina que “o precatório é a fórmula através da qual o Poder Judiciário solicita ao Poder Executivo que tome precauções orçamentárias para o pagamento de ordem judicial”.

Ou seja, trata-se de “documento singelo, que discriminará o montante devido, indicando os beneficiários e a autoridade requisitante” (PEREIRA, 2003, p. 426), através do qual a autoridade competente determina a retirada de certa quantia dos cofres públicos a fim de efetuar o pagamento de dívida, objeto de condenação, da Fazenda Pública.

Ressalte-se que a regra constitucional do precatório judicial aplica-se exclusivamente às condenações de pagamento de quantia certa.

A execução das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, dessa maneira, não se enquadram na referida sistemática<sup>7</sup>.

Entretanto, as despesas, bem como as receitas do Poder Público, deverão constar no orçamento público, que nas palavras de BALEEIRO apud ROSA JUNIOR (2007, p. 65-66) é “o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros afins”.

O orçamento público é regido por uma série de princípios, que “objetivam proporcionar uma maior facilidade no controle de sua execução” (ROSA JUNIOR, 2007, p. 75), sobretudo em razão de que é nele que estão previstas as verbas para o pagamento das condenações exaradas em face da Fazenda Pública.

Dentre todos, e com bastante brevidade, o mais relevante para o estudo da tutela antecipada é o da especificação, sobre o qual SANT’ANNA (2004, p. 01) ensina: “na elaboração do orçamento, há que se obedecer a determinadas classificações orçamentárias previamente existentes. Em primeiro lugar é preciso identificar a função a que pertence a despesa do Governo (Educação, Saúde (...))”.

Sabe-se que o orçamento necessita de previsibilidade e, para que isso ocorra, natural que haja um lapso mínimo para inclusão da dotação orçamentária. Referido lapso consta expressamente no § 1º do artigo 100 da Constituição Federal, e é inicialmente de até 18 meses para os precatórios judiciais apresentados até o dia 1º de julho (pagos no exercício do ano subsequente) e de até 30 meses (no exercício posterior do ano seguinte) para aqueles precatórios enviados após essa data.

Há que se concluir que a concessão de tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública não inviabiliza o equilíbrio orçamentário, uma vez que há necessidade de previsão no orçamento de recursos para as decisões de mérito (tanto quanto haverá para as interlocutórias).

Pela leitura do artigo 100 da Magna Carta, extrai-se que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, ocorrem através de precatórios. Por não ter feito referência às decisões interlocutórias, tal ato estaria totalmente excluído dos regimes dos precatórios. Porém, não se deve interpretar o dispositivo literalmente, a fim de que se possa analisar o real alcance da norma. Ou seja, a expressão “sentença” contida no artigo 100 da Magna Carta não pode ser interpretada de forma restritiva. A interpretação meramente literal é desfavorável à justiça, à ética e ao próprio instituto.

---

<sup>7</sup> A execução de fazer ou não fazer, bem como a de entrega de coisa certa, em face da Fazenda Pública, submetem-se aos procedimentos genéricos dispostos nos artigos 621 a 645 do CPC.

Nesse sentido é o entendimento de MACHADO *apud* BENUCCI (2001, p. 80) para quem, “embora a tutela antecipatória não se encontre entre as hipóteses legais de tutelas judiciais, nem por isto defende o não cabimento da sua execução provisória, pois admitir-se isto seria inviabilizar o instituto da antecipação da tutela”.

A essência do artigo 100 da CF é a viabilidade do orçamento público. Sendo assegurada a previsibilidade orçamentária, não há razão suficiente para que se impeça a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. “Na pior das hipóteses, a decisão antecipatória já colocaria a parte vitoriosa na ‘fila de espera’ para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia” (DIDIER JR; BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 669).

Logo, a previsibilidade orçamentária não será fragilizada se a requisição de pagamento do precatório judicial ocorresse em momento anterior (por ocasião de decisão interlocutória – antecipando os efeitos da tutela jurisdicional) ou posterior (por ocasião da sentença de mérito).

Isso porque, nas palavras de PAIVA (2008) “se, antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória, chegar o momento de o precatório antecipado ser pago, o dinheiro respectivo ficará à disposição do juízo, até a solução final do processo”.

Logo, há nítida diferença entre a requisição do pagamento, o depósito do valor na conta do Poder Judiciário e o efetivo levantamento do *quantum*, conforme destaca ALVES (2003):

Sabe-se que entre a decisão e a efetivação do pagamento, com a expedição do ofício requisitório de pagamento à Presidência do Tribunal, que remeterá o expediente ao Executivo, decorre um lapso razoável. Nada obsta que haja a instrumentalização do expediente, com a requisição do pagamento, sem que, no entanto, quando ocorrido o depósito, haja levantamento pela parte (o que mesmo assim já foi aceito em alguns julgados). (...)

Dessarte, poderia o numerário ficar depositado em conta judicial, no aguardo de decisão definitiva. Estaria salvaguardada, ainda que minimamente, uma perda maior de tempo pelo acionante do Poder Público e, caso improcedente a quizília, o valor poderia ser devolvido ao erário do povo, inclusive para dotação orçamentária específica visando cumprimento de decisões judiciais.

Com a solução apresentada, é evidente que a efetivação da medida jurisdicional seria abreviada em alguns anos.

### **A irreversibilidade dos efeitos da tutela jurisdicional**

O parágrafo 2º do artigo 273 do CPC dispõe que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de

irreversibilidade do provimento antecipado. Dessa forma, em um primeiro momento, possuindo a medida caráter irreversível, sua concessão estaria obstada.

MONTENEGRO FILHO (2008, p. 33) diz que “o dispositivo não pode ser interpretado de forma meramente gramatical, exigindo-se do magistrado a realização de uma interpretação sistemática, efetuando a leitura do parágrafo sem descuidar da aplicação de regras jurídicas de maior vulto”. Em outras palavras, a eventual possibilidade do provimento antecipatório vir a causar prejuízo patrimonial à parte não pode ser óbice para sua concessão.

Por outro lado, cabe asseverar que irreversibilidade não se confunde com satisfatividade. A este respeito, ZAVASCKI (2005, p. 100) assevera:

Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda. A satisfatividade, todavia, pode ter conseqüências reversível ou irreversível no plano dos fatos.

Dessa feita, é preciso ponderar que a reversibilidade do provimento somente é relevante no plano fático. Isto porque no plano jurídico sempre é possível a reversão (ainda que irreversíveis as conseqüências fáticas decorrentes de seu cumprimento), que pode ocorrer com a revogação da decisão antecipatória (pelo próprio juiz monocrático ou pelo Tribunal) ou com a sentença de improcedência do pedido, resolvendo-se em perdas e danos, se for o caso.

Sendo assim, deve o julgador evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, com observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, ponderando os bens e valores discutidos a fim de se posicionar em consonância com àqueles preponderantes à luz do direito. Evidentemente que, dependendo da natureza da obrigação que incumba à Fazenda Pública, para o cumprimento da tutela antecipada concedida, deverá haver prévia caução, tal como preceitua o artigo 475-O do CPC.

### **Normas restritivas à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**

Mesmo sendo reconhecidos os relevantes avanços trazidos pelo instituto da tutela antecipada, o direito positivo pátrio parece ter trilhado caminho em sentido contrário, tanto que se editou a Lei n. 9.494/97, que

preceitua a limitação da concessão dos efeitos da tutela antecipada, pelas seguintes disposições (artigo 1º): a) vedação de concessão de medida liminar visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (artigo 5º, *caput*, e artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei n. 5.021/66); b) o recurso voluntário ou *ex officio* interposto de decisão concessiva que importe em outorga ou adição de vencimentos, bem como reclassificação funcional, terá efeito suspensivo (artigo 7º da Lei n. 4.348/64); c) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual ou municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (artigo 1º, *caput*, da Lei n. 5.021/66); d) vedação de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (artigo 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66); e) execução do provimento final de procedência de pedidos dessa matéria só com trânsito em julgado (artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 4.348/64); f) vedação de liminar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal (artigo 1º, *caput*, da Lei n. 8.437/92); g) vedação do provimento de urgência, no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (artigo 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92); h) vedação de liminar que esgote, no todo ou em parte, objeto da ação (artigo 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92).

Dessa forma, “em vista da análise de todas as disposições transcritas, chega-se à conclusão de que não caberia tutela antecipada contra a Fazenda Pública” MONTENEGRO FILHO (2008, p. 41). Contudo, tal assertiva não merece prosperar. Nesse sentido, PEREIRA (2003, p. 189) assevera que “havendo pretensão urgente e firmemente documentada, não se pode negar ao particular a utilização do caminho expedito previsto no art. 273. A Fazenda pode seguir essa trilha. Negar o caminho inverso é prestigiar insuportável quebra da isonomia”.

Na data de 1º de outubro de 2008, em plenário, o Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04/DF<sup>8</sup> e, por maioria, venceu o Ministro Marco Aurélio, julgou-a procedente, declarando constitucional o Art. 1º da referida Lei. O que se buscou foi preservar a Fazenda Pública contra o deferimento generalizado de tutelas antecipatórias, em sede de cognição

<sup>8</sup>STF-Pleno, ADC 4-DF – Med. Caut., rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.2.98, deferiram em parte, três votos vencidos, DJU 21.5.99, p.2. Disponível em [www.stf.jus.br/jur](http://www.stf.jus.br/jur).

sumária, sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim é que WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI (2007a, p. 332) ressaltam que “a própria Lei 9.494, de 10.09.1997, que se destinou a impor limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, serviu para confirmar a possibilidade da tutela antecipada contra o Poder Público. Apenas aquilo que é possível pode ser limitado”.

Isso significa que o Juiz “diante de caso que reclame tutela de urgência, não poderá negá-la” (MACHADO, 2003, p. 383), ou seja, deverá antecipar os efeitos da tutela jurisdicional em face do Poder Público, desde que o provimento de antecipação não incida em qualquer das situações de pré-exclusão referidas, taxativamente, no artigo 1º da Lei n. 9.494/97, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

### **Considerações finais**

Nos limites estritos e possíveis de um estudo dissertativo, buscou-se delinear, em linhas gerais, as principais características do processo de cognição e tutela jurisdicional, em contraposição aos princípios e vantagens que dispõe a administração pública em juízo, de modo a aclarar a possibilidade de deferimento de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Nesse contexto, observou-se que a grande inovação trazida com a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional está na possibilidade de a providência almejada e buscada pelo autor, desde que preenchidos todos os requisitos estabelecidos na lei, ser concedida nos próprios autos em que se discute o pedido principal (definitivo). Os reflexos dessa possibilidade de economia processual e celeridade são notáveis, ante a demora na prestação jurisdicional e o risco de perecimento do direito lesado ou ameaçado.

Verifica-se, deste modo, a partir da pesquisa desenvolvida, que os óbices à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública existem, tais entraves, contudo, conforme elenco trazido, não têm o condão de impedir a concessão deste instituto, em qualquer caso, sobretudo nas demandas que clamam por urgência na efetividade da prestação jurisdicional, havendo apenas limitação imposta pela lei.

Há que se concluir, assim, que o aplicador do direito deve evitar interpretações restritivas quanto à aplicabilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, de modo que as virtualidades desta medida tornem-se realidade, visando maior celeridade processual.



Resta evidente que proibir a antecipação da tutela contra o Poder Público implica violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No primeiro caso porque representa interpretação de dispositivos legais (artigo 475 do CPC e artigo 100 da Constituição Federal) que conflita com outros princípios de maior magnitude, como os princípios do devido processo legal e do acesso à Justiça. No segundo caso, porque flagrante é a desproporção entre a vantagem obtida e o sacrifício imposto, com prejuízo para uma das partes do processo.

Em suma, encontra-se plenamente justificada a adoção de prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, eis que esta se encontra em situação diversa do particular, seja pela conjuntura estrutural burocrática da máquina estatal em razão da incumbência de guarda e execução dos interesses públicos de toda a coletividade. Mas, as prerrogativas existentes com relação à atuação da Fazenda Pública em juízo são apenas aquelas dispostas legalmente, as quais são válidas, sobretudo em razão da indisponibilidade de seus bens e do interesse público, o que explica um tratamento diferenciado. Contudo, não se admite qualquer outra não contemplada expressamente, cabendo ressaltar que nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas, de modo a excluí-las da aplicação da tutela antecipada.

Por fim, em que pesem as opiniões em sentido contrário, há que se concluir que nenhum dos óbices levantados pela doutrina em relação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mencionados no presente trabalho, resiste à crítica, sobretudo porque o novel instituto representa um relevante avanço para o ordenamento jurídico, na medida em que garante a efetividade da tutela jurisdicional pretendida pelo autor.

Dessa feita, tanto a decisão interlocutória de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, como as liminares, podem perfeitamente ser deferidas em face das entidades de direito público, como, aliás, sempre ocorreu nas liminares concedidas nos mandados de segurança.

Assim, uma vez atendidos os pressupostos legais fixados no artigo 273 do Código de Processo Civil e, observadas as restrições estabelecidas na Lei nº 9.494/97, não há qualquer motivo que justifique o impedimento da concessão de tutela antecipatória requerida em desfavor da Fazenda Pública. Cumpre ressaltar, ainda, que todas as normas que vedam ou limitam a antecipação da tutela em relação ao Poder Público devem ser interpretadas de forma restritiva. Ou seja, o hermeneuta deve sempre procurar interpretar as normas de maneira mais favorável à justiça e à ética. Tal afirmação leva à conclusão de que a vedação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública é equivocada e dissociada do

Direito, exatamente porque viola princípios de grande magnitude, como os princípios da igualdade e do acesso à Justiça e a verdadeira função do instituto, que é a celeridade na prestação jurisdicional.

### Referências Bibliográficas

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. São Paulo: *Revista de Processo*, ano 28, n. 110, p. 37-71, abril-junho de 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 12 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

BENUCCI, Luiz Renato. *A antecipação da tutela em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=fazenda%20pública&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 abr.2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 e. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Podivm, 2008, v. 1.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2008, v. 2.

DINAMARCO, C.R.; GRINOVER, A.P.; CINTRA, A.C.A. *Teoria Geral do Processo*. 21 e. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 e. São Paulo: Atlas, 2006.

FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 718. 1995, p. 18.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 6 e. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Antonio Claudio Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 2 e. Barueri: Manole, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5 e. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 e. São Paulo: Malheiros, 2006.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 41 e. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4 e. São Paulo, Atlas, 2008, v. 3.

NEGRÃO, Theotônio et alii. *Código de Processo Civil comentado*. 38 e. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIVA, Marianne Cury. *Execução da tutela antecipada contra a Fazenda Pública*. 31 out. 2008. Disponível em <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story= 20081031093036345](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081031093036345)>. Acesso em 05.06.2009.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA SOBRINHO, Délio José. *Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 20 e. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. 2 e. São Paulo: Malheiros, 1997.

SANT'ANNA, Gilberto Casagrande. *Orçamento público*. 2004. Disponível em <<http://www.concursopublico.trix.net/OR%C7AMENTO%20CONCEITO%20E%20PRINC%CDPIOS.htm>>. Acesso em: 07. jun. 2009.

SILVA, Ovídio A. B. da. *Curso de Processo Civil*. 6 e. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. 50 e. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutela antecipada contra a Fazenda Pública*. Juris Síntese n. 36, jul/ago. 2002 (CD-ROM).

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F.R.C. de; TALAMINI, E. *Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 9 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar*. 9 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007c, v. 3.

WATANABE, KAZUO. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4 e. São Paulo: Saraiva, 2005.