

VERIDIANA RIBEIRO PORTO

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA
DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE

São Paulo - 2011

VERIDIANA RIBEIRO PORTO

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA
DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO

Monografia apresentada como exigência
parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil,
sob a orientação da professora doutora
Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE

São Paulo - 2011

Banca examinadora

Aos meus pais, por tudo.

Aos meus padrinhos queridos, por todo o apoio à
minha formação profissional.

À minha avó Cacilda, minha eterna professora.

RESUMO

O presente estudo monográfico versa sobre a aplicação do instituto da antecipação da tutela à Fazenda Pública, especificamente nas hipóteses em que a tutela seja uma determinação de pagamento. Apresenta-se um breve histórico sobre a inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, seguido de seu conceito, pressupostos e hipóteses de cabimento, para então adentrar no âmbito da Fazenda Pública e nas questões referentes ao pagamento de quantia. Durante todo o estudo são abordados os princípios gerais de direito e os princípios que regem o processo civil. Ao final, há a conclusão.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Antecipação da Tutela. Fazenda Pública.

Pagamento de quantia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	12
1.1. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	12
1.2. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS.....	19
1.2.1. PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO.....	20
1.2.2. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO.....	21
1.3. PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS.....	25
1.3.1. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.....	25
1.3.2. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO.....	27
1.4. HIPÓTESE DO §6º DO ART. 273 DO CPC - PEDIDO INCONTROVERSO.....	30
2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO.....	34
2.1. HISTÓRICO.....	34
2.2. LEI 9.494/97.....	43
2.3. A RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA A DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO.....	50
CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico traz à tona as divergências de entendimento sobre a aplicação do instituto da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento.

O instituto da antecipação da tutela foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro quando da reforma do Código de Processo Civil operada pela lei 8.952/94, que alterou a redação do art. 273. Após, tal introdução, o art. 273 foi ainda modificado pela Lei 10.444/02, que lhe conferiu a redação atual:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)”

A tutela antecipada ou tutela antecipatória dos efeitos da sentença é uma espécie de tutela de urgência de natureza mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o intuito de entregar ao autor, total ou parcialmente, a pretensão deduzida ou os seus efeitos.¹

Humberto Theodoro Junior, em seu intróito ao estudo da tutela antecipada, lembra que “muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da ‘antecipação da tutela’ (Lei nº 8,952, de 13.12.94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para o cumprimento de sua função (...)”².

As recentes reformas do Código de Processo Civil tiveram precipuamente a finalidade de tornar o processo civil mais efetivo, de permitir que a prestação jurisdicional seja

¹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.523.

² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência, Volume II*, 41 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 746.

proporcionada de forma rápida e eficiente, de garantir às partes a obtenção do bem da vida pretendido em tempo hábil, de forma que ainda lhes seja útil.

A antecipação da tutela foi inserida no Ordenamento Jurídico Brasileiro em um contexto em que a demora para a conclusão do processo estava fazendo dos litigantes vencedores vítimas, posto que, ao final da demanda, a sentença de procedência apresentava-se inócua, desprovida de qualquer utilidade à parte.

Ora, antes mesmo da introdução na Constituição Federal do Princípio da Efetividade da Prestação Jurisdicional³ pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, já garantia às pessoas o acesso à justiça.

O princípio da inafastabilidade assegura “que toda situação conflituosa possa ser submetida ao controle jurisdicional. Mas sua finalidade não é apenas assegurar o acesso, o ingresso no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados, assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão”⁴.

Ocorre que, apesar da existência de tais previsões constitucionais, o acesso ao controle jurisdicional demonstrou-se insuficiente ao passo em que a distribuição da justiça passou a

³ consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, trazido pela Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional 45/04 que prevê: Art. 5º, inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

levar tanto tempo que ao final, quando a tutela era concedida à parte, esta já havia suportado o prejuízo decorrente da resistência de sua pretensão pela parte contrária porque, com o decurso do tempo, ou seu direito já havia perecido, ou não lhe era mais útil.

Na tentativa de solucionar esse problema as medidas cautelares passaram a ser utilizadas contra a ineficiência do procedimento ordinário, tornando-se “verdadeiras ‘válvulas de escape’ para a prestação da tutela jurisdicional efetiva”⁵. Com isso, assistiu-se, à desvirtuação da finalidade das cautelares que, contrariamente ao intuito para o qual foram criadas, passaram a ser satisfativas.

Logo, com vistas à efetividade da prestação da tutela jurisdicional, a Lei nº 8.952/1994 “trouxe significativas inovações ao processo de conhecimento, principalmente ao disciplinar a tutela jurisdicional antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”⁶. Com ela, a tutela antecipada foi disciplinada no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A necessidade da existência do instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico está estritamente ligada ao tempo para a concessão da tutela já que, conforme diz o brocardo, “justiça tardia é injustiça”.

Hoje, mais de 15 anos após a reforma que trouxe a tutela antecipada ao Código de Processo Civil, permanecem as razões para sua existência, posto que persiste a demora na prestação jurisdicional e, mesmo nos locais em que a atividade jurisdicional é célere, pode

⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*, 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil V.2, Processo de Conhecimento*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

haver casos em que não é possível nem mesmo aguardar a prática dos atos essenciais do processo sem que se coloque a pretensão em risco de perecimento ou inutilidade.

Assim, desde 1994 a antecipação da tutela vem sendo aplicada para as mais diversas hipóteses. Contudo, permanece polêmica a questão sobre a sua aplicabilidade à Fazenda Pública, especialmente para as hipóteses em que a antecipação consiste na determinação de pagamento de quantia certa à parte.

Isso porque além das prerrogativas processuais da Fazenda Pública e do sistema de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição Federal, há ainda as leis 9.494/97 e 12.016/09, que dispõem especificamente sobre restrições à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

É exatamente esta a questão a ser analisada a seguir, após um breve estudo do instituto da tutela antecipada e das peculiaridades da Fazenda Pública como ré no processo.

⁶ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 124.

1. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Antes de adentrar na questão principal do presente trabalho, cumpre analisar o instituto da antecipação da tutela, seus pressupostos e hipóteses de cabimento.

1.1 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como já asseverado, o instituto da antecipação da tutela foi inserido no ordenamento pátrio com a finalidade precípua de garantir a efetividade do processo.

O processo, por consistir em uma sucessão de fatos, demanda tempo e em razão disso diz-se que o tempo é um ônus quase que exclusivo do autor da demanda⁷, porque o tempo prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem⁸.

⁷ FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Dialética, 2002, p.11.

⁸ MARINONI, *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, Ed. RT, 1997, p.23 in CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

A prestação jurisdicional, por um lado, deve ocorrer em tempo suficiente para a prática de todos os atos do processo⁹, mas por outro lado, não pode se estender tanto a ponto de se tornar inútil àquele que tem razão.

Assim, o processo deve ser o instrumento que deve oferecer o caminho que assegure à parte individual ou coletiva a solução mais aproximada possível (senão igual) àquela que obteria caso não tivesse havido transgressão da norma legal, dentro de um breve espaço de tempo, mas com respeito ao princípio do contraditório.¹⁰

Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, ao discorrerem sobre a instrumentalidade do processo, identificam o processo como um *instrumento a serviço da paz social* e ressaltam:

*“Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada.”*¹¹

E para que esse instrumento colocado à disposição da sociedade seja efetivo, não pode demorar a reestabelecer a paz social, já que a demora pode tornar a tutela inefetiva e acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte que dela necessita.

⁹ O processo consiste basicamente na prática de atos no tempo, portanto, “no plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos rigorosos do princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matérias de fato (excepcionalmente, também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).” CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade da efetividade do processo). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

Ao mencionar a demora do processo como fator de danos, Athos Gusmão Carneiro exemplifica os prejuízos que o tempo pode causar à parte tanto na esfera patrimonial quando na de direitos personalíssimos, uma vez que:

“pendente o processo, e até que entregue em definitivo a prestação jurisdicional, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer; a marca de comércio pode continuar a ser indevidamente usada, com perda de prestígio e clientela ao seu legítimo titular; o credor permanece sem receber o que lhe é devido, e o proprietário não pode reaver o que lhe pertence; a propaganda enganosa continuará embaindo consumidores; a manutenção do ‘status quo’ implicará quiçá no perecimento do próprio direito afirmado pelo demandante, e assim por diante.”¹²

A antecipação da tutela, portanto, pode ser considerada com um instrumento para a garantia da efetividade do processo, ao passo que assegura que o processo deixe de servir à parte que não tem razão para que sirva a parte que provavelmente possui o direito.¹³ Ou, ainda, nos dizeres de Tereza Arruda Alvim Wambier, a antecipação da tutela é uma das mais úteis mudanças introduzidas no CPC para o objetivo de agilizar o processo, enfraquecendo o mito de que, no direito brasileiro, ser réu é um bom negócio.¹⁴

O estudo da antecipação da tutela, exatamente por estar diretamente ligado à efetividade do processo, e também porque “a função acautelatória – chamemo-la assim para englobar as várias espécies de tutela provisória – justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e harmonização de direitos fundamentais em conflito”¹⁵, envolve, antes de tudo, a análise em conjunto dos princípios constitucionais da inafastabilidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e da efetividade

¹¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2-3.

¹³ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 22.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 7.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

do processo, previstos respectivamente nos incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º - *omissis*

XVVV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

(...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação;”

O princípio da inafastabilidade, segundo o qual *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* é classificado por José Afonso da Silva como um princípio complementar do princípio da legalidade, eis que seu objetivo é garantir que o ato ou atividade do Poder Público esteja em conformidade com as normas legais. Fundamentado no princípio da separação de poderes, tal princípio, consubstancia um direito fundamental não simplesmente ao acesso ao judiciário, mas ao recebimento de uma prestação jurisdicional justa, adequada, tempestiva, ou seja, eficaz.

O conceito do princípio da inafastabilidade é muito bem conceituado por Kazuo Watanabe:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração

dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.”¹⁶

Para o recebimento de uma prestação jurisdicional justa, o princípio do devido processo legal cuida de assegurar aos litigantes que a prestação ocorrerá através do instrumento adequado para tanto, qual seja, o processo, em que deve ser sempre observado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ora, se por um lado o princípio da inafastabilidade garante o direito à ação, por outro lado, o direito à defesa fica garantido pelo princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo que ambos devem ocorrer através do instrumento adequado que é o processo, também garantido por um princípio constitucional: o princípio do devido processo legal. E para reforçar a garantia de que a tutela jurisdicional não seja simplesmente prestada através do processo, mas também seja útil à parte, o princípio da efetividade foi inserido na Constituição Federal.

Assim, hoje é forte a idéia de que a prestação jurisdicional pode ser considerada inexistente se não for útil e de que o processo deve ser um instrumento para a efetiva distribuição da justiça. Em outras palavras, a prestação jurisdicional tem que ser efetiva.

Marinoni expressa muito bem essa idéia ao discorrer sobre o direito de ação a partir da Constituição Federal, concluindo:

“Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem

¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer – arts. 273 e 451 do CPC*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 20.

o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara uma ausência de condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e a segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção.”¹⁷

Compreendida a efetividade do processo à luz da Constituição Federal, passa-se à análise do instituto processual da antecipação da tutela, inserido no art. 273 do CPC.

O art. 273 do CPC prevê que para a concessão da antecipação da tutela, é necessária a presença de um pressuposto positivo (prova inequívoca da verossimilhança da alegação) e de um pressuposto negativo (ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado), que serão chamados de pressupostos necessários.

Além disso, é necessário que esteja presente um dos dois pressupostos alternativos previstos nos incisos I e II do art. 273 do CPC: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Há ainda uma terceira possibilidade de antecipação da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parte deles mostrar-se incontroverso, que está prevista no §6º, introduzido no art. 273 apenas em 2002 e não depende dos pressupostos acima mencionados.

É importante destacar que nem todos os doutrinadores classificam os pressupostos como alternativos e necessários.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil V.2, Processo de*

Humberto Theodoro classifica os pressupostos em genéricos e alternativos. Os genéricos são dois: “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. Os outros pressupostos alternativos são três: “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” e “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso”. Ainda, menciona a reversibilidade como regra para a antecipação, excepcionável em alguns casos.¹⁸

Marinoni fala sobre a tutela antecipatória em caso de fundado receio de dano, sobre a tutela antecipatória baseada no inciso II do art. 273 e sobre a tutela antecipatória fundada no parágrafo 6º do art. 273.¹⁹

Athos Gusmão Carneiro, embora não expressamente, menciona os pressupostos sempre presentes (prova inequívoca e verossimilhança das alegações do autor), aos quais devem ser conjugados o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, o abuso do direito de defesa. Acrescenta, por fim, o pressuposto negativo da irreversibilidade do provimento.²⁰

Carreira Alvim, após discorrer separadamente sobre a probabilidade e verossimilhança e sobre a prova inequívoca, trata do fundado receio de dano e do abuso do direito de defesa como outras condições da tutela antecipada e do perigo de irreversibilidade como pressuposto negativo.²¹

Conhecimento, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência, Volume II*, 41 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 755/757 e 759/760.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil V.2, Processo de Conhecimento*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 210 e 231.

²⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

²¹ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 48, 59, 95 e ss.

Didier, Braga e Oliveira apresentam a classificação dos pressupostos em gerais e alternativos²².

Conforme acima mencionado, no presente estudo os pressupostos serão classificados em necessários e alternativos, por ter se mostrado essa a forma mais didática de analisá-los.

Passa-se, em seguida, à análise de cada um dos pressupostos e também da hipótese peculiar prevista no §6º do art. 273.

1.2. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

Para que a antecipação da tutela seja concedida à parte dois pressupostos são sempre exigíveis: um positivo, que é a prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação e outro negativo, qual seja, a ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Didier Jr., Braga e Oliveira, não classificam o pressuposto da irreversibilidade como negativo, ao contrário, tratam-no como o pressuposto necessário da reversibilidade do provimento.²³

²² DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 16.

²³ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 629.

1. 2. 1. PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

Inicialmente, importa assinalar que o termo “inequívoca” apresenta-se inadequado porque transmite uma idéia de certeza que o juiz só poderá ter ao fim do processo, após a realização da instrução.

Araken de Assis lembra que a utilização de tal locução (prova inequívoca) causou perplexidades e traz entendimentos de Calmon de Passos, para quem a prova inequívoca consiste na possibilidade do juiz prover o mérito favoravelmente ao autor; de Antônio Cláudio da Costa Machado, que a interpreta como a exigência de prova documental previamente constituída e de Cândido Rangel Dinarco e Nelson Nery Jr., que entendem tal requisito como o da probabilidade.²⁴

Ora, se a análise para a concessão ou não da antecipação consiste em uma cognição sumária, a prova inequívoca deve ser entendida como prova suficiente²⁵. É a prova robusta, contundente, que demonstra com segurança ao juiz que é maior a probabilidade de que sejam verdadeiras as alegações do autor. *“O que interessa, pois, é que o adjetivo inequívoca traga à prova produzida, qualquer que ela seja, e por si só, segurança suficiente para o magistrado decidir sobre os fatos e as conseqüências jurídicas que lhe são apresentados”*.²⁶

²⁴ ASSIS, Araken de. Antecipação de Tutela. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil V.2, Processo de Conhecimento*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos especiais*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

A verossimilhança consiste na probabilidade, que é um estado intermediário da cognição do julgador, compreendida entre a ignorância e a certeza.²⁷ Alegação verossímil é a que tem aparência e maior probabilidade de ser verdadeira.

Carreira Alvim compara a verossimilhança das alegações na tutela antecipada ao “*fumus boni iuris*” na cautelar, mas lembra que a primeira é mais que a segunda, eis que “a ‘probabilidade’ da existência do direito (verossimilhança) é mais do que a simples ‘aparência’ do bom direito (*fumus boni iuris*).”²⁸

Assim, a prova deve ser inequívoca de que a alegação é verossímil, logo, a prova inequívoca da verossimilhança é aquela suficiente a demonstrar que é grande a probabilidade de que o autor seja o detentor do direito em questão ou, em outras palavras, que o direito por ele alegado é dotado de relativa certeza.

1. 2. 2. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO

Embora previsto no §2º e não no caput do art. 273 do CPC, juntamente com o outro pressuposto necessário, o perigo de irreversibilidade do provimento constitui um pressuposto negativo para a aplicação da antecipação da tutela eis que a constatação de sua ausência é exigida para todas as hipóteses de concessão.

A antecipação da tutela decorre de um juízo de cognição sumário e por esse motivo é provisória, porque depende de confirmação pela sentença e, ainda, pode ser revogada ou

²⁷ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 47.

²⁸ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 98.

modificada a qualquer momento. Dessa forma os efeitos práticos da antecipação não podem ser irreversíveis, posto que, se assim fossem, ficariam violadas as possibilidades de modificação e revogação e de não confirmação da antecipação pela sentença.

Assim, dispõe o §2º do art. 273 do CPC que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Trata-se de um pressuposto que deve ser entendido e aplicado com alguma ressalva eis que como bem assevera Carreira Alvim, uma errada interpretação desse dispositivo pode neutralizar o preceito inscrito no *caput*²⁹, de maneira a torná-lo inócuo.

No mesmo sentido Marinoni ressalva que não se pode pensar que a concessão da antecipação da tutela de um direito provável não poderá ocorrer se houver um risco de prejuízo irreversível ao direito improvável.³⁰

O autor, após rebater a crítica de Dinamarco à alusão ao “direito improvável” feita por Tommaseo, cita seus ensinamentos:

“Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável.”³¹

Em seguida argumenta que não se pode deixar de tutelar o direito mais provável se o autor, além de demonstrar a probabilidade, demonstra o *periculum in mora*:

²⁹ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 109.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 229.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 236.

“É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.”³²

E para concluir seu entendimento, Marinoni cita Tomaseo: *“sacrificar o improvável ao provável, nisto consiste a ética da jurisdição de urgência”³³.*

Assim, o conceito de irreversibilidade é dotado de uma certa relatividade, que deve ser analisada caso a caso e aplicada especialmente nos casos em que seja verificada uma “irreversibilidade recíproca”³⁴

A irreversibilidade, portanto, deve ser à analisada à luz da razoabilidade. O julgador deve pesar os prejuízos da concessão e não concessão da antecipação para que possa verificar o que deve prevalecer, mesmo que isso signifique irreversibilidade da situação em que se encontra o litigante cujo direito é menos provável.

Para melhor ilustrar, cumpre mencionar recente julgado do STJ que trata da possibilidade do Estado pleitear a recomposição de seu patrimônio desfalcado em razão de antecipação da tutela, em que é feita menção à excepcionalidade da antecipação a despeito da irreversibilidade:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 236/237.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 237.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. Hipótese em que, após a antecipação da tutela de forma irreversível (fornecimento de medicamentos pelo Estado), concluiu-se ser desnecessário o provimento de urgência. Contudo, não se reconheceu o direito da parte lesada de pleitear a recomposição de seu patrimônio indevidamente desfalcado, sob o argumento de que o bem jurídico tutelado (verba destinada a tratamento de saúde) possui natureza alimentar.
2. Distinguishing: inaplicabilidade do entendimento consagrado nas ações previdenciárias que versam sobre a irrepetibilidade do benefício pago a maior pelo Estado por ausência de similitude fática, com absoluta distinção de pressupostos concessivos.
3. De modo geral, constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida (art. 273, § 3º, do CPC).
4. Em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o Judiciário deferir a medida de urgência, independentemente de sua reversibilidade. Precedentes do STJ.
5. A natureza do bem jurídico, tutelado por antecipação, ou sua irreversibilidade não impedem, por si sós, que a parte lesada em seu patrimônio possa pleitear a restituição. Aplicação da regra *neminem laedere* (a ninguém prejudicar) e da vedação ao enriquecimento sem causa.
6. O caráter de excepcionalidade da medida de urgência deve orientar a prestação jurisdicional nos casos em que sua concessão não mais se justifica, sob pena de beneficiar poucas pessoas em detrimento de muitas. Se o magistrado antecipa a tutela de forma injustificada, não pode permitir que uma decisão de caráter precário – posteriormente considerada indevida ou injusta – prevaleça sobre interesses mais abrangentes do que o individual do jurisdicionado, sob pena de conferir verdadeiro salvo-conduto para as lides temerárias.
7. Recurso Especial provido para reconhecer o direito do Estado de pleitear a restituição *in integrum* dos valores despendidos a título de antecipação de tutela.”³⁵

Verifica-se que casos há em que embora se saiba que os efeitos da medida a ser concedida são irreversíveis, “essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida.”³⁶

Dessa forma, se após a antecipação restar constatada a ausência de direito daquele que dela se beneficiou, embora a medida concedida já não seja mais reversível, é possível a busca de reparação, ainda que meramente indenizatória.

³⁵ REsp 1078011 / SC. RECURSO ESPECIAL 2008/0169549-1 Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento, 02/09/2010, Data da Publicação 24/09/2010.

1.3. PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS

Uma vez verificada a presença dos pressupostos da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e constatada (ou ponderada) a inexistência de irreversibilidade do provimento, a antecipação da tutela poderá ser concedida em duas hipóteses diversas, isto é, desde que presentes mais um dos pressupostos alternativos: se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do art. 273) ou se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II do art. 273).

1.3.1. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Nessa hipótese, para que a antecipação seja concedida, a lei exige que a demora do processo possa causar um dano ao autor, que deve ser irreparável ou de difícil reparação.

O “fundado receio” deve ser referente a fatos concretos, a um perigo iminente de ocorrência do dano. Segundo Sydney Sanches, o fundado receio, diferente da preocupação subjetiva, significa o temor justificado que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias.³⁷

Pode acontecer do dano não ser apenas iminente, mas já ter ocorrido. Ainda assim, se a concessão da tutela puder estancá-lo, deve ser concedida com amparo nesse dispositivo legal.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 529.

O dano pode consistir no perecimento do direito ou pode ser reflexo deste e deve ser suficiente a ocasionar ao autor prejuízo de intensidade considerável, não reparável ou cuja reparação seja difícil.

Athos Gusmão Carneiro lembra que o requisito do dano, do “*periculum in mora*” para a concessão da antecipação é o mesmo exigido para a concessão da cautelar, mas a diferença é que na antecipação, presentes seus outros pressupostos específicos, o provimento tem caráter satisfativo, o que não ocorre na cautelar.³⁸

O dano será irreparável quando privar o autor da possibilidade de obtenção do bem da vida pretendido, ainda que possa ser patrimonialmente recompensado. Marinoni explica que há irreparabilidade quando os efeitos do dano são irreversíveis, o que pode ocorrer nos casos de direito não-patrimonial, de direito patrimonial com função não-patrimonial e de direito patrimonial que não pode ser tutelado através da reparação em pecúnia.³⁹

Ou, em outras palavras, *“irreparável será o dano quando o autor, privado da possibilidade de exercer, em si mesmo, o direito ou manifestar sua capacidade jurídica, será inevitavelmente lesado, provocando que, mais tarde, não possa o juiz prover em seu favor, porque o direito se extinguiu pelo decurso do tempo ou pela perda da oportunidade de fazê-lo.”*⁴⁰

Assim, o receio de dano não pode decorrer de mero temor da parte, mas precisa ser um medo real, ligado a um risco concreto de dano, suficientemente demonstrado nos autos.

³⁷ SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 106.

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 184/185.

1.3.2. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTRELATÓRIO

O pressuposto previsto no inciso II do art. 273 do CPC, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, permite a antecipação da tutela sem que seja necessária a demonstração da urgência, do perigo, do risco de dano, posto que a antecipação, nesse caso, visa punir o réu desleal.

Didier Jr., Braga e Oliveira classificam a hipótese da antecipação da tutela baseada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu como uma “antecipação de tutela punitiva.”⁴¹

Nessa hipótese, verificada a prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor, ponderada a irreversibilidade e constada a conduta abusiva ou protelatória do réu, a antecipação pode ser concedida. É o que Athos Gusmão Carneiro denomina de antecipação da tutela pura.⁴²

Como não há um rol que elenque as possíveis condutas abusivas, a aferição de sua ocorrência deve ocorrer em cada caso, com base não só nas hipóteses de abuso previstas expressamente no CPC (como, por exemplo, no art. 17), mas também levando em conta os conceitos ditados pelo senso comum, pela lógica e pela experiência advinda da vivência diária.⁴³

⁴⁰ FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 623.

⁴² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35.

Mas é preciso ter cuidado para não confundir abuso do direito de defesa com litigância de má-fé. Litigante de má-fé, com bem conceituam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.”⁴⁴

Assim, é claro que as condutas de litigância de má-fé podem e devem ser consideradas para a caracterização do abuso, mas além delas, é necessário haja a evidência do direito do autor aliada à fragilidade da resistência do réu.⁴⁵

Teori Albino Zavascki cuida de distinguir as duas situações previstas conjuntamente no inciso II do art. 273 do CPC. Ressalta que:

*“a referência ao abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (v.g. do art. 14, III, e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, relacionados com ele. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.”*⁴⁶

Didier Jr., Braga e Oliveira citam Zavascki para concluir que o abuso do direito de defesa deve ser interpretado de forma ampla, de modo a abarcar não só os abusos cometidos pela via da contestação, mas também através de qualquer outra manifestação da parte. Já com

⁴³ FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Dialética, 2002, P.32.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 213.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.332.

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

relação ao manifesto propósito protelatório, questionam se pode englobar também atos arditos extraprocessuais praticados antes do início do processo e concluem que é possível que a antecipação da tutela seja concedida em razão de comportamentos da parte anteriores à formação do processo.⁴⁷

Como se sabe, é provável que as partes sirvam-se do processo faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Assim, para que o processo atinja seu fim de pacificação, o princípio da lealdade processual impõe os deveres de moralidade e probidade a todos os que dele participam.⁴⁸

Assim, visando coibir violações ao dever de lealdade processual das partes, o pressuposto contido no inciso II do art. 273 permite a antecipação da tutela com o objeto de garantia da lealdade processual.

Todavia, Zavascki lembra que são poucas as concessões de antecipação da tutela com base no inciso II do CPC, posto que há no Código de Processo Civil mecanismos hábeis a coibir o abuso do direito de defesa e a prática de atos protelatórios, como, por exemplo, o indeferimento das providências impertinentes, o julgamento antecipado da lide e a negativa de seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal.⁴⁹

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 635.

⁴⁸ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77.

⁴⁹ *idem*

1.4. HIPÓTESE DO §6º DO ART. 273 DO CPC - PEDIDO INCONTROVERSO

A hipótese de antecipação da tutela em razão do pedido incontroverso é a mais nova, foi inserida no §6º do art. 273 do CPC pela Lei nº 10.444/02, com a seguinte redação: “§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parte deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se de hipótese de antecipação que merece ser analisada separadamente das demais, posto que não depende da presença dos pressupostos necessários e alternativos. Para que possa ser concedida, basta que o pedido, ou parte dele, se mostre incontroverso.

Alexandre Freitas Câmara lembra que, na realidade, o juiz deve conceder a antecipação nesses casos, proferindo imediata decisão com relação à parte incontroversa, prosseguindo o feito apenas com relação à outra parte.⁵⁰⁵¹ É como um julgamento antecipado de parte da lide.

Com efeito, a incontrovérsia com relação à parte da demanda gera um juízo de certeza, decorrente de uma cognição exauriente que, por sua vez, forma coisa julgada material. Não há, nesse caso, a necessidade do pressuposto da prova inequívoca da verossimilhança, posto que já há certeza do direito, que é muito mais que a plausibilidade, exigida para as demais hipóteses de antecipação. Tampouco há necessidade do pressuposto negativo da irreversibilidade do provimento. “Basta, apenas, a incontrovérsia e a desnecessidade de

⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 19 ed., Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 83-84.

produção de outras provas para que se aplique o parágrafo 6º do art. 273 do CPC, podendo, inclusive, a decisão conter matiz irreversível”⁵²

Isso porque a irreversibilidade só é exigida nos casos em que a decisão é proferida com base na plausibilidade, amparada por um juízo de cognição sumária e no caso da antecipação em razão de pedido (ou parte dele) incontroverso, o juízo é de certeza.

Pedido incontroverso no contexto do §6º do art. 273 não é apenas o pedido contra o qual o réu não se opôs, mas aquele contra o qual não cabe oposição por ser indiscutível. Assim, ainda que não tenha sido impugnado, cabe ao juiz verificar se o pedido reúne condições para ser julgado procedente.

Além disso, mesmo que o réu tenha se oposto ao pedido, se sua contestação for fundada em argumentos que possam ser considerados de plano improcedentes, pode o juiz considerá-lo incontroverso.

Ainda, além de não impugnado, ou impugnado de maneira descabida, e de considerado procedente pelo juiz, para que seja incontroverso o pedido, deve ser confirmada a ausência de questões processuais que impeçam o seu deferimento como, por exemplo, a falta das condições da ação ou de pressupostos processuais.

Teori Albino Zavascki conceitua o pedido incontroverso para fins de antecipação da tutela nos termos do §6º do art. 173 do CPC como aquele que tem como pressuposto pedido

⁵² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p. 261.

(ou parte dele) não controvertido seriamente pelas partes, verossímil e cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial.

O mesmo autor ressalta que embora o §6º faça menção a “pedidos cumulados ou parcela deles”, não há razão para a negativa de antecipação da tutela se houver um único pedido e parte dele for incontroversa, ou se houver pedidos alternativos (hipótese em que será dada a oportunidade de escolha) ou sucessivos (hipótese em que só poderá ocorrer a antecipação com relação à parte do pedido principal).⁵³

Mas embora os pressupostos necessários e alternativos não sejam exigíveis para a antecipação da tutela em razão de pedido incontroverso, as demais disposições do art. 273 do CPC, consistentes em regras gerais para a antecipação, devem ser observadas.

Isso significa que a antecipação poderá ser revogada a qualquer tempo e dependerá de confirmação pela sentença final; o pressuposto negativo da irreversibilidade deverá ser verificado, mas poderá ser relativizado (o que também ocorre nas demais hipóteses); em se tratando de obrigação de fazer, não fazer, ou entregar coisa, a efetivação da medida também observará, no que couber, as normas dos arts. 461 e 461-A.

Ainda, é importante destacar que como a aplicação do §6º do art. 273 ocorre em primeira instância, através de decisão interlocutória, o recurso cabível contra tal decisão é o agravo. No entanto, se a resolução parcial do mérito decorrer de decisão de relator de tribunal,

⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112-113.

em recurso, causa de competência originária ou remessa necessária, o recurso cabível será o agravo interno, dirigido ao colegiado a que pertença o relator.⁵⁴

Por fim, nos casos em que for ré a Fazenda Pública, ainda que o juiz verifique que o pedido é incontroverso, se a incontrovérsia decorrer de inércia da ré, a tutela não poderá ser antecipada, posto que em razão do disposto nos arts. 302, I e 302, II, do CPC, o ônus da impugnação especificada e os efeitos da revelia não se aplicam à Fazenda Pública, já que seus direitos são indisponíveis.

Assim, já antecipando questões atinentes ao próximo item, chega-se à conclusão de que a hipótese do §6º só é aplicável à Fazenda Pública se a matéria for unicamente de direito ou se os fatos alegados pelo autor estiverem suficientemente comprovados pelos documentos acostados à inicial, não havendo necessidade de produção de qualquer outra prova.⁵⁵

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 665/666.

2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

2.1. HISTÓRICO

Durante anos a polêmica sobre a aplicação da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública apoiou-se sobre a afirmação de violação das prerrogativas da Fazenda Pública.

Didier Jr., Braga e Oliveira lembram que “logo que editada a lei instituidora da antecipação genérica dos efeitos da tutela, intensa discussão doutrinária surgiu sobre a possibilidade de se anteciparem efeitos da tutela de mérito contra a Fazenda Pública.”⁵⁶

Inicialmente, aqueles que defendiam a impossibilidade de antecipação tinham como principais argumentos a necessidade de observância do reexame necessário, previsto no art. 475 do Código de Processo Civil e do sistema de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

⁵⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juiz*,. 6 ed., São Paulo: Dialética, 2008. P. 237-240.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008, p. 667.

Embora tal posicionamento esteja hoje superado, a análise de tais argumentos é importante para a compreensão dos entendimentos atuais acerca da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

As prerrogativas da Fazenda Pública decorrem do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, um dos alicerces do direito público, segundo o qual o coletivo deve prevalecer em detrimento do individual, ou, em outras palavras, o bem comum deve prevalecer sobre o interesse particular.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ou princípio da finalidade pública, ou princípio do interesse público, segundo Hely Lopes Meirelles, “está intimamente ligado à finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.” Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor do interesse geral por ela tutelado, mesmo porque o titular do interesse público é o Estado.⁵⁷

Por interesse público deve-se entender bem-estar coletivo, ou bem comum. Só o Estado, através de lei, pode autorizar a disponibilidade ou renúncia ao interesse público.

Assim, considerando que a Fazenda Pública tutela o interesse público, sua condição é diferente das demais pessoas de direito privado e é por este motivo que à Administração são conferidas prerrogativas. Logo, havendo litígio que tenha como parte a Fazenda Pública

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

(lembrando que ao ingressar em juízo a Administração Pública recebe a denominação de “Fazenda Pública”, porque é o seu erário que será onerado pela demanda), ela deve receber um tratamento diferenciado para que seja alcançada a isonomia, através do tratamento desigual dos desiguais.

Além do fato de defender interesses públicos, há outras condições que diferenciam a Fazenda em juízo do particular. A Fazenda Pública não reúne as mesmas condições que o particular para defender seus interesses em juízo. Sua realidade está envolvida em uma burocracia inerente à sua atividade, motivo pelo qual é mais difícil o acesso aos fatos, elementos e dados da causa. Sem contar que seus procuradores trabalham, em regra, com um volume superior aos advogados particulares, que podem selecionar suas causas.⁵⁸

Assim, é justificada a concessão de prerrogativas processuais à Fazenda Pública, consistentes na atribuição de prazos processuais e prescricionais diferenciados, dispensa de prévio preparo ou depósito de custas e emolumentos, cálculo diferenciado dos honorários advocatícios, reexame necessário, procedimento de execução especial, dentre outras.

Dentre as prerrogativas da Fazenda Pública interessa ao presente trabalho o reexame necessário, ou, como era antigamente chamado, o “recurso de ofício”, previsto no art. 475 do CPC:

“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).

⁵⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juíz.*, 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p.36.

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

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

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

Muito embora durante bastante tempo parte da doutrina tenha defendido que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública não poderia ser concedida sob pena de violação da prerrogativa do reexame necessário, esse posicionamento perdeu sua força.

Em artigo escrito por Cássio Scarpinella Bueno inserido na obra de coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, publicada pela editora Revista dos Tribunais em 1997, o autor menciona entendimentos à época contrários à possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, de Raphael Silva Salvador, José Joaquim Calmon de Passos e Francesco Conte.⁵⁹

Sustentava-se que se a lei impõe a confirmação pelo tribunal como condição para que a sentença proferida contra a Fazenda Pública pudesse ter eficácia, da mesma forma a mera decisão interlocutória que antecipasse os efeitos da sentença estaria sujeita à necessidade de confirmação pelo tribunal antes de surtir efeitos.

Outra foi, contudo, a interpretação dada ao art. 475 do CPC pela doutrina e jurisprudência dominantes, segundo as quais o art. 475 impõe o reexame necessário apenas às sentenças, não atingindo, portanto, as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas

jurídicas de direito público. Dessa forma, consistindo a decisão de antecipação da tutela em uma decisão interlocutória, não se sujeita ao reexame necessário. Trata-se de uma aplicação restritiva do comando legal.

Esse tem sido o entendimento da doutrina e jurisprudência atuais, de modo que hoje já não há mais que se falar em impossibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública em razão da necessidade de observância do reexame necessário.

Além disso, ainda que se entendesse pela aplicação do art. 475 também às decisões interlocutórias, haveria possibilidade de compatibilização do reexame necessário com a decisão antecipatória, à exemplo do que ocorre na ação de mandado de segurança, em que há possibilidade da concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Deste modo, o reexame necessário tampouco seria óbice à antecipação da tutela.

Já com relação à necessidade de observância do sistema de precatórios, importa tecer alguns comentários.

O sistema de precatórios está previsto no art. 100 da Constituição Federal, que determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, com exceção dos de pequeno valor, ocorrerão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.⁶⁰

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade da efetividade do processo). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

⁶⁰ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)”

Trata-se de dispositivo constitucional que impõe que todos os pagamentos em dinheiro devidos pela Fazenda Pública sejam feitos por precatórios ou ao menos por requisição, nos casos de pequeno valor, exigindo-se, sempre, o trânsito em julgado da decisão.

É importante destacar que o regime de precatórios a que se refere o art. 100 da Constituição Federal aplica-se apenas e tão somente às obrigações de pagamento de quantia certa. Dessa forma, como bem assevera Zavascki:

“Relativamente a todas as demais obrigações e deveres (fazer, não fazer, entregar coisa), a Fazenda Pública está sujeita ao regime comum aplicável às pessoas e instituições de direito privado, seja no que se refere à execução definitiva das sentenças, seja no que se refere à sua execução provisória, seja no que diz respeito ao cumprimento das medidas antecipatórias.”⁶¹

O sistema de precatórios, portanto, era considerado óbice à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento de quantia certa.

Na já mencionada obra escrita pouco tempo após a entrada em vigor da Lei 9.494/97, Cassio Scarpinella Bueno destacava o entendimento de Hugo de Brito Machado, que defendia

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

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

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

(...)”

⁶¹ Zavascki, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.190.

a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento em ações que versavam sobre a repetição de indébito tributário, sob os argumentos de que o art. 475 do CPC dispensa a atividade da Fazenda Pública em fase recursal e de que o art. 100 da Constituição Federal não obrigava que a execução dirigida contra a Fazenda fosse pautada em sentença transitada em julgado. Assim, tendo em vista que os arts. 730 e seguintes do CPC deveriam ser interpretados no contexto do art. 273 do mesmo código, a antecipação da tutela seria título hábil para a expedição de precatórios.⁶²

E ainda na mesma obra, o autor concluiu que mesmo que se entendesse o art. 100 da Constituição Federal como óbice à antecipação da tutela em ações que visassem o pagamento, à luz do ordenamento legal existente à época da Lei 8.952/94 (que inseriu a tutela antecipada no art. 273 CPC), a antecipação da tutela deveria ser considerada possível em todos os casos que não implicassem na saída de dinheiro do erário.⁶³

Atualmente, o mesmo autor sustenta que o sistema de precatórios tampouco constitui óbice à antecipação para determinação de pagamento de quantia, em casos que se faz urgente a satisfação do direito:

“A incidência do art. 100 da Constituição Federal para a hipótese também nunca mereceu acolhida.

A uma porque, se tutela antecipada significa emprestar efeitos a uma dada decisão jurisdicional antes do tempo abstratamente previsto pelo legislador, não há porque recusar que a expedição do precatório antes do trânsito em julgado já pode ser bastante significativa em termos de agilização da prestação da tutela jurisdicional.

(...)

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade da efetividade do processo). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade da efetividade do processo). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

A duas porque, para aqueles casos em que se faz urgente a satisfação do direito, o tempo inerente ao processamento do precatório – mesmo que expedido antes do instante procedimental a que se refere a Constituição Federal – nunca pôde ser colocado como óbice à antecipação da tutela propriamente dita. Em tais circunstâncias, como demonstra o n. 3.2 do Capítulo 4, a urgência é fator determinante para a modificação dos meios de concretização da tutela jurisdicional, mesmo quando for concedida em desfavor da Fazenda Pública.”⁶⁴

Assim, os argumentos consistentes na necessidade de reexame necessário e de observância do sistema de precatórios foram perdendo força ao longo dos anos. Permaneceu o entendimento de que o sistema de precatórios é óbice apenas à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento de quantia que extrapole o montante definido como “pequeno valor” e, ainda assim, com adeptos à relativização de tal impedimento em casos de extrema urgência e necessidade.

Com o advento da Lei 9.494/97, muitas dúvidas sobre a possibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública foram dirimidas, eis que veio exclusivamente tratar da impossibilidade de antecipação para as hipóteses lá mencionadas, permitindo-se concluir, a *contrario sensu*, a possibilidade da aplicação da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nas demais hipóteses.

Leonardo Carneiro da Cunha resume a evolução do entendimento sobre a possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda:

“muito se discutiu sobre a submissão da decisão concessiva da tutela antecipada ao reexame necessário, quando contrária à Fazenda Pública, eis que satisfativa e antecipatória do mérito. A melhor solução é a que aponta para a não sujeição de tal decisão ao duplo grau obrigatório, porquanto não se trata de sentença. Haverá, isto sim, proibição de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses elencadas na Lei 9.494/97 (...). Em se tratando, entretanto, de caso em que

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos especiais*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.132-133.

*seja permitida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não há razão legal para submeter a correspondente decisão ao reexame necessário.*⁶⁵

Assim, a publicação da Lei 9.494/97 deu força ao entendimento pela possibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, entendimento este que se fortaleceu mais ainda quando do julgamento definitivo pelo STF da ação direta de constitucionalidade ADC 4, que declarou constitucional o art. 1º daquela lei, donde se pôde concluir, também a *contrario sensu*, pela possibilidade da antecipação nas demais hipóteses lá não mencionadas.⁶⁶

Dessa forma, de acordo com o art. 1º da Lei 9.494/97, julgado constitucional, passou-se a entender que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública poderia ser admitida, salvo se objetivasse a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, a concessão de aumento ou extensão de vantagens, a outorga ou adição de vencimentos ou reclassificação funcional, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público. Também seria vedada a antecipação que esgotasse, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Além disso, em razão da publicação da Súmula 729 do STF, ficou determinado que a decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplicaria à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

A nova Lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016/09, com redação mais clara e mais abrangente que a das Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66 por ela revogadas, prevê expressamente a impossibilidade de antecipação para a determinação de pagamentos de qualquer natureza.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juíz.*, 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p.259.

⁶⁶ A Lei nº 9.494/97 foi bastante criticada pela doutrina, que considerava inconstitucionais as vedações nela contidas à antecipação da tutela, porque entendiam que consistiam numa violação à garantia constitucional de proteção a ameaça de direito (art. 5º, XXXV). Foi então ajuizada Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 4),

Feito breve relato sobre a evolução da legislação e, conseqüentemente, dos entendimentos doutrinários acerca da matéria, para compreender como ela está hoje regulada no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a uma análise mais detida da legislação acima mencionada.

2.2. LEI 9.494/97

Conforme exposto no item anterior, hoje é predominante o entendimento de que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é permitida nos casos não vedados pela lei 9.494/97.

A Lei 9.494/97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, dispõe, em 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 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da lei 8.437, de 30 de junho de 1992.”

A compreensão do conteúdo desse artigo, por ser remissivo, requer a análise dos demais dispositivos legais nele mencionados.

Primeiramente, é importante observar que das disposições legais mencionadas no art. 1º da Lei 9.494/97, restam em vigor, apenas os arts. 1º, 3º e 4º, da Lei 8.437/92⁶⁷.

julgada definitivamente procedente em sessão plenária do STF realizada em 01/10/08, declarando, assim, constitucional o art. 1º da Lei n. 9.494/97.

⁶⁷“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.

Os arts. 5º e 7º da Lei 4.348/64 dispunham:

“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 de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

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

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

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

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001\)](#)”

A Lei 5.021/66 dispunha sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil e seus arts. 1º e §4º previam:

“Art . 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

(...)

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

Conforme já mencionado no tópico anterior, a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 foi questionada e o Supremo Tribunal Federal, através da ADC 4, declarou-o constitucional e em seguida publicou a Súmula 729, que determinava que as vedações à antecipação contidas no art. 1º da Lei 9.494/97 não se aplicariam às ações de natureza previdenciária.

A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, portanto, permaneceu regulada pelo art. 1º da Lei 9.494/97 e pela Súmula 729 do STF e a sua impossibilidade, quando se tratava de pagamentos diversos daqueles vedados expressamente (pagamentos decorrentes de concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias a servidores públicos, adição de vencimento ou reclassificação funcional ou nos casos em que a antecipação importasse em medida satisfativa), era sustentada com base nos argumentos de violação do sistema de precatórios, conforme explicitado no início deste capítulo.

A recente novidade é a Lei 12.016/09, que revogou as Leis 4.348/64 e 5.021/66 e disciplina sobre o mandado de segurança individual e coletivo e traz em seu corpo as mesmas disposições, ainda mais claras e também mais abrangentes:

“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 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.](#)

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

(...)

§3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”

Assim, considerando a revogação das Leis 4.348/64 e 5.021/66, bem como o disposto no art. 1º da Lei 8.437/92, no sentido de que não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, pode se concluir que a menção do art. 1º da Lei 9.494/97 às leis 4.348/64 e 5.021/66 fica substituída pela menção aos artigos 7º, §2º e 13, § 4º da Lei 12.016/09.⁶⁸

É importante destacar nesse ponto que tal conclusão é possível em razão da unificação dos provimentos de urgência pelo sistema processual pátrio, que, ao aplicar o princípio da fungibilidade à concessão de tais provimentos, não só permitiu, mas em muitos

⁶⁸ Ainda não há muitas publicações sobre tutela antecipada atualizadas após a publicação da Lei 12.016/09, mas parece que a tendência é pelo entendimento de que, para efeito da interpretação do art. 1º da Lei 9.494/97, duas disposições substituem as das Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66. Nesse sentido leciona Cassio Scarpinella Bueno, ao afirmar que “o que o art. 1º daquele diploma legal fez, no substancial, foi vedar que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública seja concedida para fins de pagamentos de vantagens a servidores públicos, a exemplo das restrições legislativas anteriores existentes para o mandado de segurança (arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/1964 e art.

casos determinou expressamente a aplicação das normas dos provimentos cautelares aos de antecipação e vice e versa.

É o que leciona Leonardo Carneiro da Cunha, ao discorrer sobre a unificação do sistema de tutelas de urgência:

“O sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei n.º 8.437/1992, tanto que as Leis n.ºs 9.494/97 e 12.016/09 as estendem, irrestritamente, para a tutela antecipada. A assertiva tem a confirmá-la o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC, que permite ao juiz aplicar o princípio da fungibilidade na concessão de provimentos de urgência, deferindo uma cautelar no lugar de uma tutela antecipada, evidenciando a unificação do sistema de medidas urgentes, as quais se subordinam, sem distinção, aos mesmos óbices impostos pela Lei n.º 8.437/1992.”⁶⁹

O mesmo autor conclui, ainda, que sendo vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos nas Leis n.ºs 9.494/97 e 12.016/09, nas hipóteses não alcançadas por tal vedação a antecipação é plenamente possível.⁷⁰

Com efeito, com exceção das vedações apontadas na lei 9.494/97, é cabível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é possível, salvo se objetivar 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

1º, §4º, da Lei n. 5.121/1966, hoje substituídas pelo art. 7º, §2º, e pelo art. 14, §3º, da Lei n. 12.016/2009) e para as ‘ações cautelares’ contra a Fazenda Pública (art. 1º, da Lei n.8.437/92 (...))”.

⁶⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juiz.*. 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p.264.

⁷⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juiz.*. 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p.259.

a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza ou se esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Além de tais hipóteses, deve-se lembrar da impossibilidade da antecipação naquele caso do § 6º do art. 273, já comentado, em que parte os pedidos ou parte deles se mostrarem incontrovertidos em razão da inércia da Fazenda Pública.

Dentre as vedações legais acima mencionadas, importa ao presente trabalho a impossibilidade de antecipação da tutela para pagamentos de qualquer natureza. É certo que antecipação para a reclassificação de servidores, concessão de aumentos ou vantagens importa, indiretamente, em pagamento, mas a vedação é explícita e específica, de modo que não causa dúvidas sobre a impossibilidade da antecipação.

A hipótese que interessa ao presente estudo é a de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento imediato de quantia que não esteja abrangida na exceção do §3º do artigo 100 da Constituição Federal (pagamento de obrigações de pequeno valor).

Hoje, a previsão legal é bastante clara e veda a concessão de medidas liminares em sede de mandado de segurança que importem a determinação de pagamentos de qualquer natureza. Portanto, à luz da unificação do sistema de tutelas de urgência acima mencionada e em razão do disposto no art. 1º da Lei 8.437/92, a vedação da concessão de liminar em sede de mandado de segurança para a determinação de pagamentos de qualquer natureza estende-se à antecipação da tutela.

Assim, como bem preceitua Leonardo Carneiro da Cunha, tem-se a impossibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamentos de qualquer natureza:

“A Lei 12.016/2009 contém previsão mais ampla, proibindo, no mandado de segurança, a concessão de liminar que imponha o pagamento de qualquer natureza (...). Vale dizer que o parágrafo 2º do art. 7º da Lei nº12.016/09 veda expressamente a concessão de medida liminar, em mandado de segurança, para pagamento de vantagem de qualquer natureza. E nos termos do parágrafo 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, tais vedações estendem-se para os casos de tutela antecipada previstos nos arts. 273 e 461 do CPC.”⁷¹

Aliás, é curioso que a Lei 12.016/09, cuja finalidade é disciplinar o mandado de segurança, tenha trazido em seu bojo norma alheia ao mandado de segurança, que diz respeito à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública em qualquer hipótese. Em recente obra sobre a nova lei do mandado de segurança, Cássio Scarpinella Bueno pondera:

“O §5º do art. 7º da Lei n. 12.016/09 introduz assunto alheio ao mandado de segurança mas que, da mesma forma que o §2º do dispositivo, revela a sua real finalidade: tornar inócua e realmente vazia de qualquer significado prático a prestação da tutela jurisdicional quando se está diante de algumas situações em face do Estado-administração. É o que o inciso II do art. 7º da Lei Complementar n. 95/1998, ao disciplinar o processo administrativo, chama de ‘afinidade, pertinência ou conexão’ no trato legislativo. Aqui, a nota comum aos dispositivos comentados é o desarmamento do Poder Judiciário em face de determinadas ilegalidades ou abusividades da Administração Pública. Até porque, não fosse assim, seria de se perguntar i que o dispositivo, que nada tem a ver com mandado de segurança, está fazendo na Lei que o disciplina na sua forma individual e coletiva.”⁷²

Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, ao comentar o §2º da Lei 12.016/09 manifesta inconformismo com a inclusão deste dispositivo na lei, que considera injustificável e inconstitucional, porque não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer restrições ao acesso à tutela jurisdicional de urgência, assegurada nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Pondera que ainda que não houvesse inconstitucionalidade, tal

dispositivo deveria ter sido inserido em um projeto de lei para a alteração dos arts. 273 e 461 do CPC.⁷³

Todavia, a despeito da discordância por parte da doutrina, os dispositivos da Lei 12.016/09 estão em vigor e devem ser observados.

Cumprido destacar, contudo, que muito embora a legislação vigente traga claramente a previsão de impossibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento de quantia, na prática, verifica-se que ela persiste, porque há na doutrina e jurisprudência entendimentos no sentido de que em hipóteses de extrema urgência e necessidade, a antecipação pode ser deferida.

2.3. A RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA PARA A DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO

Repetindo-se o acima exposto, ainda que em aparente contrariedade à lei infraconstitucional e ao sistema constitucional de precatórios, há casos em que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento tem sido considerada possível pelos tribunais. São hipóteses em que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal justifica a mitigação, pelo princípio da razoabilidade, da legislação que estabelece a impossibilidade.

⁷¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juiz*, 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011, p.271.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, 2 ed., São Paulo: 2010, Saraiva, p.74.

⁷³ CERQUEIRA, Luiz Otavio Sequeira de Cerqueira. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogerio e PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

Assim, em casos que envolvem o direito à saúde e à vida a jurisprudência tem admitido que a impenhorabilidade dos bens públicos seja relativizada pela urgência do tratamento ou da aquisição do medicamento, hipóteses em que tem sido permitida a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento.

Athos Gusmão Carneiro, em tópico de sua obra “Da Antecipação da Tutela” denominado “Cabimento da Antecipação da Tutela para a preservação de direitos personalíssimos relevantes”, destaca que o Superior Tribunal de Justiça, em uma série de decisões, manifestou-se pela antecipação da tutela contra a Fazenda Pública nos casos em que esteja em jogo a tutela de direitos personalíssimos, como o direito à saúde e à vida, ainda que a antecipação seja para a determinação de pagamento de quantia.⁷⁴

Zavascki lembra que a jurisprudência do STJ tem determinado, em casos de extrema urgência, que o regime da impenhorabilidade dos bens públicos seja relativizado para se permitir o seqüestro de verbas públicas para atendimento da antecipação de tutela, como, por exemplo, quando for necessária a prestação em dinheiro para a viabilização de um tratamento médico ou da aquisição de um medicamento de urgente necessidade. E arremata com trecho de um julgado de 2006, do qual foi relator, em que determina o bloqueio de verbas públicas para tal finalidade.⁷⁵

⁷⁴ CARNEIRO, p. 106.

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.192.

“Ora, em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

4. Todavia, o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial a prévia indicação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Constituição. Estabelecendo-se, entre eles, conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado. Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo. É o que demonstrou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1º/02/06 (transcrita no Informativo 414, do STF):

‘Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se

O autor, atual Ministro do STJ, conclui que em situações de conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda Pública, o primeiro deve prevalecer.

Outro grande defensor da mitigação das restrições à antecipação da tutela contra a Fazenda é Cassio Scarpinella Bueno. Em recente obra sobre a nova lei do mandado de

qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbendo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Poder Constituinte e Poder Popular', p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) - recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (...).

5. Nessa linha de entendimento, deve-se concluir que em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não teria sentido algum submetê-lo ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Assim, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. Assinale-se que, no caso concreto, não se põe em dúvida a necessidade e a urgência da aquisição do medicamento.

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de fls. 81/81v. É o voto.”

segurança, o autor expõe seu inconformismo com o entendimento do STF, no julgamento da ADC4, e continua a sustentar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97.

Segundo o doutrinador, também faz parte do modelo constitucional do direito processual civil que o magistrado, diante de certos casos, tutele o direito mais evidente e mais frágil, o que deve ser considerado decorrência da noção de efetividade do processo e do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.⁷⁶

O que tem sido verificado, na prática, é a antecipação da tutela para a determinação do pagamento decorrente do descumprimento de uma obrigação de dar ou fazer (normalmente de fornecer medicamentos ou tratamento médico) em casos que, não havendo possibilidade de se aguardar o cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública, em razão do grave risco a que seria exposto à parte, o juiz determine, desde logo, o sequestro dos recursos públicos necessários ao cumprimento da obrigação.

É o que ocorreu nos seguintes julgados do STJ:

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.

1. A verificação, no âmbito desta Corte, de eventual omissão pelo Tribunal a quo na análise de matéria constitucional importaria na usurpação da competência reservada ao STF.

2. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de "medidas necessárias", que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

3. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador

⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, 2 ed., São Paulo: 2010, Saraiva, p. 74-75.

deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.

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 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.

ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007)

4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. Precedente.

Cumprido citar novamente Cássio Scarpinella Bueno que, além de sustentar a necessidade da interpretação e aplicação restritiva do §1º da Lei 9.494/97 e do §5º do art. 7º da Lei 12.016/09, ao discorrer sobre a necessidade do trânsito em julgado para pagamentos

devidos pela Fazenda Pública, volta à questão da antecipação para dizer que a necessidade de antecipar a tutela contra a Fazenda Pública pode justificar também o afastamento das técnicas executivas abstratamente disponíveis para a satisfação do direito. Dessa forma, se o tempo necessário ao processamento do precatório ou da requisição de pequeno valor for maior que o dano a ser experimentado pelo particular, o sistema de precatórios/requisição deve ser afastado, devendo ser adotada outra técnica que melhor sirva para tutelar o direito.⁷⁷

Apesar do autor não mencionar em que exatamente deve consistir esta outra técnica, imagina-se que seja a mesma utilizada com o particular, qual seja, o bloqueio do valor das contas públicas, que na prática vem ocorrendo através da determinação de seqüestro (muito embora essa seja uma medida criada especificamente para os casos de preterimento da ordem de pagamento dos precatórios).

Carreira Alvim, ao discorrer sobre a tutela antecipada de prestação pecuniária em face do Poder Público sustenta que ao se admitir que um bem da vida possa ser objeto de um provimento antecipatório, o mínimo que seu titular pode exigir é que ele se torne efetivo. Assim, sustenta que caberá ao agente público a providência que considerar mais adequada ao atendimento da ordem judicial, podendo até mesmo determinar a inclusão provisória do titular da tutela na folha de pensionistas do Estado, enquanto durar a eficácia da liminar. Destaca que o que não se pode admitir é que a autoridade pública deixe de cumprir a ordem sob o argumento de que inexistente verba e que a efetivação da medida depende de precatório.⁷⁸

⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos especiais*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.139.

⁷⁸ ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002, p.202.

Há que se ter cautela, entretanto, com a relativização da vedação legal à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento. O STJ já se manifestou no sentido de que há necessidade de análise das peculiaridades de cada caso e a antecipação só deve ser concedida em situações excepcionalíssimas:

“A vedação da Lei n. 8.437/92, sobre excluir a medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação, nos feitos contra o Poder Público, bem como as restrições do art. 1º da Lei n. 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não podem ter o alcance de vedar toda e qualquer medida antecipatória, em qualquer circunstância, senão que o juiz, em princípio, não deve concedê-la, mas poderá fazê-lo, sob pena de frustração do próprio direito, em casos especialíssimos” (RSTJ- 136/484).

“Conquanto o Colendo STF, quando do julgamento em plenário da ADC nº 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado” (Quinta Turma – RESP 409.172- RS_ Rel. Min. Felix Fischer).

Embora já haja na doutrina defensores da possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento em situações de extrema urgência e grave risco de dano, é preciso ter cautela ao sustentar tal possibilidade.

A relativização da vedação legal deve ocorrer somente nos casos em que não houver outra forma de se evitar o grave risco de dano à parte.

É necessário lembrar que a lei veda expressamente a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento de quantia para que seja garantida a prevalência do interesse público sobre o do particular, bem como para que seja garantida a isonomia dos credores da Fazenda.

A antecipação nessas hipóteses, portanto, somente deverá ocorrer após a análise de cada caso concreto pelo Poder Judiciário e somente se o juízo de razoabilidade indicar que a antecipação é necessária.

CONCLUSÃO

A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento de quantia é hoje vedada expressamente pela legislação mas, na prática, continua sendo deferida em casos excepcionais, o que faz com que permaneça na doutrina e jurisprudência a polêmica sobre a sua aplicação.

A legislação sobre a questão evoluiu nos últimos anos e os pontos principais dessa evolução foram a Lei Federal 9.494/97 (e as leis a que ela remete), a ADC 04, a Súmula 749 e a Lei Federal 12.016/09.

As obras e julgados da época da introdução do instituto da antecipação da tutela no ordenamento jurídico traziam posicionamento mais conservador, de aplicação restritiva da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, sustentado especialmente pelos argumentos da necessidade de observância do sistema de precatórios e do duplo grau de jurisdição.

Com o advento da Lei 9.494/97, que, por um lado trouxe a vedação da antecipação para as hipóteses lá elencadas e por outro, a *contrario sensu*, trouxe a possibilidade da antecipação para todas as hipóteses restantes (posto que não vedadas expressamente), novos entendimentos surgiram, tanto para sustentar que a impossibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública deveria ser restrita às hipóteses legais expressas, quanto para sustentar a inconstitucionalidade da lei, sob o argumento de que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública deveria ser sempre admitida.

Sem contar o posicionamento remanescente de impossibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda em qualquer caso, que, embora já se apresentasse enfraquecido, ainda possuía seus adeptos.

Julgada a ADC 4 e publicada a Súmula 729 do STJ, passou-se então um período durante o qual o entendimento majoritário era pela possibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, salvo nos casos vedados pela lei 9.494./97 e nas causas de natureza previdenciária, de modo que passou-se a admitir a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento nas causas de natureza previdenciária.

No momento atual, embora a Lei 12.016/09 traga vedação expressa da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamentos de qualquer natureza, o que levaria ao entendimento de que a Súmula 729 do STF ficaria sem efeito, posto que a vedação legal é a ela posterior, verifica-se nos recentes julgados do STJ que a Súmula 729 continua sendo aplicada para justificar a possibilidade de antecipação da tutela para determinação de pagamento nas causas previdenciárias.

Além disso, vem prevalecendo até o presente momento, a tendência de relativização das vedações legais nos casos considerados excepcionalíssimos, em que a negativa da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento significa risco à vida ou à saúde da pessoa.

Há que se ter cautela, contudo, posto que o deferimento da antecipação da tutela contra a Fazenda não significa apenas a prevalência do direito à saúde ou à vida sobre o interesse financeiro da Fazenda Pública, como afirmam alguns doutrinadores, já que este não é um interesse meramente financeiro, porque por trás dele existe o interesse público.

Isso porque, a quantia bloqueada ou sequestrada não consiste apenas em dinheiro da Fazenda, mas em recursos públicos, que teriam outra destinação, possivelmente para atendimento de outros interesses sociais.

Assim, o bloqueio de bens da Fazenda Pública na maioria dos casos significará o preterimento de um outro direito de pessoas físicas, credoras ou destinatárias dos serviços prestados pela Fazenda Pública e por esse motivo é que o entendimento pela relativização da vedação legal de antecipação da tutela para pagamento de quantia deve ser aplicado caso a caso, de acordo com as peculiaridades de cada situação, mediante um juízo de razoabilidade que permita concluir tratar-se de hipótese excepcional em que os direitos fundamentais do indivíduo devam prevalecer sobre os direitos da Fazenda Pública e, conseqüentemente, da coletividade.

A discussão sobre a possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública para a determinação de pagamento é fascinante porque envolve o juízo de razoabilidade:

exige que o magistrado analise as peculiaridades de cada situação e aplique, com o bom senso que Cícero já dizia antes de Cristo ser a base do Direito, a lei ao caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, J.E. Carreira. *Tutela Antecipada, Com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*, 4 ed., Curitiba: Juruá, 2002.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

ASSIS, Araken de. *Antecipação de Tutela. Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade da efetividade do processo). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos especiais*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 19 ed., Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juíz.*, 9 ed., São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*, 3ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, MARCÃO, Renato, FAVRETO, Rogerio e PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 8. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil V.2, Processo de Conhecimento*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência, Volume II*, 41 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*, 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer – arts. 273 e 451 do CPC*, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1996.