

A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Freddie Didier Junior

Paula Sarno Braga

Rafael Oliveira

1. Introdução

Há quase meio século, o legislador infraconstitucional brasileiro iniciou uma onda de restrições à possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sobretudo nas ações pecuniárias propostas por servidores públicos. Gradativamente, foi vedando liminares em mandado de segurança, em cautelares, dentre outros, mas sempre em ritos específicos. Afinal, só em alguns deles, era possível a antecipação dos efeitos da tutela.

Com a generalização da tutela antecipada, na década de 90 do século XX, que passou a ser admitida em todo e qualquer rito comum (arts. 273, 461 e 461-A do CPC), a doutrina chegou a pôr em xeque a legitimidade de sua concessão em face do Poder Público, considerando as dificuldades geradas pelo regime de pagamento estatal por via de precatórios e pelo instituto do reexame necessário. Mas a doutrina logo cedeu aos ditames constitucionais, que não admitem restrições descabidas e injustificadas ao direito fundamental a uma tutela efetiva e de urgência conferido aos particulares.

Entretanto, o legislador, também atento à ordinarização da tutela antecipada, três anos depois, providenciou uma norma de encerramento, a Lei n.º 9.494/1997, que vedou qualquer possibilidade de tutela antecipada nos casos previstos nas leis anteriores. Note-se que a existência de uma lei que proíbe a tutela antecipada em face de Poder Público, em algumas situações, serve como argumento a favor do cabimento dessa medida nas situações não proibidas pela lei.

A doutrina majoritária levantou, ainda, a bandeira da inconstitucionalidade da restrição em tese da tutela antecipada em face do Poder Público naquelas hipóteses. Mas o STF admitiu, provisoriamente, sua constitucionalidade em abstrato (na ADC n.º 4, em 1998), muito embora não negue a possibilidade de ser tida por inconstitucional no caso concreto (ADIN n.º 223-6, em 1990).

As discussões acabaram reaquecidas com o advento da Emenda Constitucional n.º 30/2001, que trouxe, na redação do art. 100, §§ 1º e 3º, a exigência de prévio trânsito em julgado para a execução de decisões contra o Estado, o que

poderia conduzir à conclusão de que não seria possível conceder e efetivar decisão antecipatória, em nenhuma hipótese, já que inapta à imutabilidade. Ainda assim, continua firme a tese doutrinária da inconstitucionalidade, que não aceita a proibição, assim, de forma tão absoluta, às decisões antecipatórias.

Diante de todos esses limites impostos em lei e reconhecidos pela Corte Constitucional, nas últimas décadas, resta aos processualistas identificar qual o espaço de atuação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (em abstrato) contra a Fazenda Pública, em nosso ordenamento jurídico, sem desistir, contudo, da bandeira já hasteada da sua inconstitucionalidade.

2. Generalidades sobre a tutela antecipada

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. A tutela definitiva satisfativa¹ é aquela que visa a certificar (declarar/constituir/condenar)² e/ou a efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada tutela-padrão³.

Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*). Daí a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas, no intuito de abrandar os males do tempo: a tutela cautelar (definitiva e não-satisfativa) e a tutela antecipada (provisória e satisfativa ou não).

¹ Vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109.

² As tutelas de certificação de direitos a uma prestação, em regra, já são imediatamente seguidas da tutela de efetivação da prestação. Por isso se diz que a tutela condenatória conjuga certificação e efetivação – e em alguns casos, a própria tutela declaratória.

³ A este respeito, conferir ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18-21.

De um lado, criou-se uma tutela definitiva não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos perniciosos da demora processual irrazoável: a tutela cautelar, que não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o⁴.

De outro, estabeleceu-se uma tutela provisória (satisfativa ou não), fundada em cognição sumária (mera verossimilhança) e essencialmente precária, que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. Antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado. É a chamada tutela antecipada.

Em síntese, a tutela cautelar preserva os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa; a tutela antecipada adianta os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa ou não-satisfativa (isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar). Percebe-se, assim, que se extremam, dentre outras coisas⁵, pela sua natureza. A tutela antecipada pode ser satisfativa (art. 273 do CPC, p. ex.) ou não-satisfativa (cautelar, art. 804 do CPC, p. ex.), ou seja, atributiva ou conservativa de bem da vida. A tutela cautelar é sempre não-satisfativa, conservativa, assecuratória.

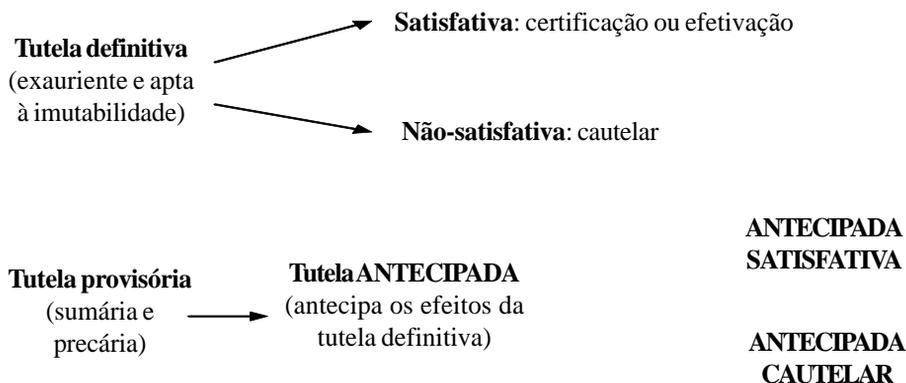
Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de

⁴ Uma das características marcantes da tutela cautelar é sua temporariedade. É temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da causa em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (ex.: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente). Mas essa temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. Faz, sim, coisa julgada. Temporários são seus efeitos fáticos, práticos. Afinal, a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo. Em suma, a decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários. Para uma visão mais detalhada, conferir, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. 2v.

⁵ Com longas considerações sobre as diferenças entre dois tipos de tutela, DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*

uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida⁶⁻⁷, embora possa ser tutelada antecipadamente. Há tutela antecipada cautelar ou não-cautelar.

É possível inseri-las (tutelas antecipada e cautelar), da seguinte forma, em uma sistematização das tutelas jurisdicionais:



Certo, assim, que a tutela antecipada pode ser cautelar ou satisfativa. Mas o foco do presente capítulo é o estudo da tutela antecipada satisfativa – generalizada na década de 1990, para ser admitida em todo e qualquer rito

⁶ Traçando essa distinção, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza a missão que é completamente distinta da cautelar”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124).

⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, malgrado espouse opinião diversa, afirma: “Há quem identifique no gênero tutela de urgência duas espécies distintas: a cautelar e a antecipatória, ambas destinadas a evitar que o tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional. (...) Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27).

comum (arts. 273, 461 e 461-A do CPC) – e a admissibilidade de sua concessão contra a Fazenda Pública. Só a ela se fará referência daqui por diante.

3. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: tratamento doutrinário da matéria

3.1. Doutrina contrária (já superada)

Logo que foi editada a lei instituidora da antecipação genérica dos efeitos da tutela, em 1994, intensa discussão doutrinária surgiu sobre a possibilidade de se anteciparem efeitos da tutela satisfativa contra a Fazenda Pública.

Aqueles que defendiam o não-cabimento argüiam que: i) o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, pela via dos precatórios (art. 100 do CPC), seria um óbice à antecipação dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; ii) também o reexame necessário seria um obstáculo à admissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois, se a sentença final contra a Fazenda só pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal (através da remessa necessária) - uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente; iii) por fim, com o advento da Lei n° 8.952/1994, que ordinarizou a tutela antecipada, dizia-se que a Lei n° 8.437/1992, art. 1°, §3°, ao vedar o cabimento das “cautelares satisfativas”⁸ contra a Fazenda, estaria vedando a própria tutela antecipada.

⁸ Inicialmente, a tutela antecipada só era prevista, excepcionalmente, para a satisfação imediata de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais. Não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa. Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”. Através das “cautelares satisfativas”, a tutela antecipada satisfativa – medida, em si, mais agressiva – era concedida com o preenchimento dos pressupostos legais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), mais singelos, como visto. Com a reforma dos arts. 273 e 461, §3°, do CPC, pela Lei n° 8.952/1994, inseriu-se, no bojo do procedimento comum, o poder geral de antecipação (satisfativa), generalizando a autorização legislativa para a concessão da tutela antecipada satisfativa, agora permitida para “qualquer direito”, e não apenas para aqueles que se tutelavam por alguns procedimentos especiais. Promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa — ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema —, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em “cautelar satisfativa”.

Desde sempre, os argumentos apresentados por aqueles que chancelavam sua proibição se mostravam um tanto equivocados, muito possivelmente pela dificuldade de extremar as noções de tutela antecipatória e tutela cautelar, bem como de observar que o ordenamento já previa, em face do Poder Público, a possibilidade de tutela antecipatória, como servem de exemplo as decisões em mandado de segurança e ação civil pública.

E mesmo outros argumentos não se sustentavam. João Batista Lopes⁹ lembra, por exemplo, a tese de que a presunção de legitimidade do ato administrativo e sua auto-executoriedade seriam óbice à tutela antecipada desfavorável ao Estado. Mas já lhe tira (da tese) o valor “porque sobredita presunção não é absoluta e deve ceder ante prova inequívoca (*retius*, prova segura) em sentido contrário”.

Renato Luis Benucci¹⁰ também enumera outros dois empecilhos trazidos à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e já os rejeita de plano. Diz, em primeiro lugar, que não haveria que se falar em receio de dano em face do Poder Público, pois o Estado sempre poderia arcar com os débitos decorrentes de condenação em juízo, sendo desnecessária a tutela antecipada. O argumento é equivocado porque nem sempre o Estado será demandado por direito patrimonial, relativo à prestação de pagar quantia certa, isso sem falar nos casos em que o direito patrimonial é conexo a outro extrapatrimonial.

Argúi, em segundo lugar, a inviabilidade de antecipação de tutela punitiva, pois dificilmente os procuradores do Estado incorreriam em abusos e deslealdades processuais. Têm suas atividades norteadas pelas máximas da moralidade e legalidade, bem como pelos deveres da veracidade e probidade. Não é bem assim. Basta cogitar, como diz o autor, da interposição de recursos contrários à súmula do tribunal superior. Pensar o contrário seria anuir com abusos e excessos cometidos pela Fazenda em juízo, protelando o processo.

Nenhum outro argumento dificilmente vingará, pois, como pontua Eduardo Talamini¹¹, não existem óbices sistemáticos, inerentes aos princípios

⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

¹⁰ BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67 ss.

¹¹ Talamini relembra que, no caso de tutela antecipada punitiva, também há choque de valores – ainda que não tão relevantes –, razão por que sua aplicação na esfera pública demanda ponderação com base

que compõem o regime de direito público, à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Autorizam-na os mesmos fundamentos invocados para qualquer outra situação. “Os mesmos pressupostos, riscos e limites gerais podem igualmente estar presentes”¹².

Embora a polêmica sobre a admissibilidade da tutela antecipatória contra o Poder Público conserve alguma relevância histórica, nos últimos anos, ela perdeu importância. A esse respeito, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹³: “Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré”. Parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, até mesmo porque existe uma lei que a disciplina (Lei Federal n.º 9.494/1997).

Em princípio, como corolário do direito fundamental do acesso à justiça, a antecipação da tutela haveria de ser disciplinada pelas leis infraconstitucionais. E o foi. A Lei Federal n.º 9.494/1997 regulou a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, proibindo-a em certos casos. Se uma lei veio regulá-la é porque a antecipação é possível; e só não o será nas hipóteses por ela previstas. Demais disso, merece leitura a ementa do mencionado veículo normativo: “Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública...”. Não há mais, de fato, o que se discutir¹⁴.

A questão, agora, é saber em quais circunstâncias ela é cabível – o que se verá em item posterior. Convém, ainda assim, demonstrar o descabimento daqueles argumentos contrários (os mais comuns) à antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público.

no princípio da proporcionalidade, tal como em todas as outras situações doravante analisadas – conclusão a que chegamos ao fim deste capítulo (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência e Fazenda Pública. Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 59).

¹² TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 43.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴ “Ora, se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos na Lei n.º 9.494/1997, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas da Lei n.º 9.494/1997, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 221-222).

3.2. Doutrina favorável

3.2.1 Ausência de incompatibilidade com o regime de pagamento por precatórios

A necessidade do precatório para o pagamento de quantia não pode servir como empecilho para a admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Ora, na pior das hipóteses, a decisão antecipatória já colocaria a parte vitoriosa na “fila de espera” para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda¹⁵.

Mas existe, ainda, a melhor das hipóteses, que é admitir a imposição do cumprimento de ordem antecipada de pagar quantia, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência – posicionamento este encontrado no STJ e em autorizada doutrina¹⁶, como se verá em item a seguir.

Como salienta Hugo de Brito Machado¹⁷, o cidadão há de ser poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública. Cássio Scarpinella Bueno¹⁸ argumenta, ainda, que a mera instrumentação e início da execução não geram quaisquer danos para a Fazenda Pública, mas, ao revés, a incrivelmente lenta execução contra o Estado acaba servindo como verdadeiro obstáculo para a concretização do acesso à justiça.

O citado autor, em obra mais recente, defende que, para o cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a única exigência é o preenchimento dos pressupostos legais previstos no art. 273 do CPC. E, contra o argumento do art. 100 do CPC, traz mais colocações: i) “se a tutela antecipada

¹⁵ Em matéria tributária, ademais, só se imaginaria o problema dos precatórios nas hipóteses de repetição de indébito — em demandas cujo objetivo seja a suspensão da cobrança, não se cogita do precatório—, para as quais de logo manifestamos nosso entendimento pela plena admissibilidade.

¹⁶ Assim, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional na repetição do indébito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05, p. 46. Também assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102 -103.

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

significa emprestar efeitos *antes* do tempo, pode ser que alguém já fique satisfeito em ver o precatório expedido *antes* do tempo”; ii) “para aqueles casos de urgência ‘urgentíssima’, o *tempo* inerente ao processamento do precatório não pode ser óbice à antecipação de tutela propriamente dita, mas, muito diferentemente, será uma forma de modificação dos meios de concretização da medida em desfavor da Fazenda. Ademais, o mandado de segurança e sua liminar sempre lidaram muito bem com essa situação. E nunca se cogitou de precatório para que ordem de pagamento em mandado de segurança, liminar ou final, fosse concretizada”; iii) “nem toda pretensão exercitável em face da Fazenda pode ser reduzida em dinheiro (pedido condenatório em sentido estrito), por isso o precatório não é a única forma de concretizar comandos jurisdicionais contra a Fazenda”.¹⁹

A rigor, o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia — espécie executiva em que a Fazenda goza de prerrogativas procedimentais. Quanto às demais prestações (fazer, não-fazer e entregar coisa), não há qualquer diferença no formalismo processual²⁰. E não há, por óbvio, somente demandas condenatórias contra a Fazenda Pública, sendo plenamente admissíveis as meramente declaratórias e constitutivas, cujos efeitos (práticos e sociais) podem ser perfeitamente antecipados.

Constata-se, assim, que um dos grandes defeitos na análise do problema é a redução da discussão às ações pecuniárias contra o Poder Público (a que se aplica o regime do precatório), olvidando-se as demais demandas (condenatórias, declaratórias e constitutivas), nas quais não existe, *a priori*, nenhum tratamento legislativo diferenciado em relação aos entes públicos.

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios: *a*) as dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF/88); *b*) os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (§ 2º do art. 1º da Lei Federal nº 5.021/1966)²¹; *c*) dívidas contratuais - só há

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

²⁰ Também assim, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45.

²¹ O “mandado de segurança, através de liminar, muitas vezes de cunho antecipatório, acaba por produzir, em face da pessoa de direito público, um efeito semelhante ao da antecipação de tutela do art. 273. Por que tratar diferentemente situações substancialmente iguais?” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 195).

contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação; d) dívidas já previstas no orçamento, como as dívidas salariais. Se o sistema de precatório é uma técnica criada para que o Poder Público programe-se para adimplir uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios²².

3.2.2 Decisão antecipatória não se submete a reexame necessário

Também não se justifica o argumento da imposição do reexame obrigatório das decisões proferidas contra o Poder Público (art. 475 do CPC). Em primeiro lugar, não há que se aplicar a norma, na medida em que o duplo grau obrigatório só se refere às sentenças e a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória²³.

Em segundo lugar, já se demonstrou que a tutela antecipada não é novidade em nosso ordenamento — já havia previsão em alguns procedimentos especiais. Sempre se a admitiu, portanto, em face da Fazenda Pública, naquelas situações esparsas (possessórias²⁴, mandado de segurança etc.), sem que se levantasse o óbice da remessa necessária. Ao contrário, inúmeras foram as leis e inúmeros foram os institutos criados para mitigar as conseqüências das medidas provisórias nessas circunstâncias. O novo está na circunstância de, agora, a medida poder ser concedida para a generalidade dos direitos. E, com isso, traz-

²² Sobre o tema, ver interessantíssimo ensaio: MEIRELES, Edilton. Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95, p. 61-80

²³ É o que também lembra Talamini, acrescentando que nem mesmo quando a antecipação de tutela é concedida no bojo da sentença, submete-se a efeito suspensivo de eventual apelação (art. 520, VII, CPC), o que ratifica que sua eficácia não resta condicionada a reexame necessário (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 43). O próprio STJ já assentou que não cabe reexame necessário quando a apelação é despida de efeito suspensivo, a exemplo da apelação contra sentença que rejeita embargos na execução contra a Fazenda (como se vê no REsp n. 243.679-RS e no EDiv no REsp n. 241.876-SC).

²⁴ Vide art. 928, parágrafo único, do CPC.

se à baila tal argumento, sem que a lei, nos termos do art. 273 do CPC, fizesse qualquer restrição a respeito. Nessa linha de raciocínio, pontua Marcelo Annunziata²⁵:

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

Cássio Scarpinella Bueno²⁶, nesse mesmo sentido, sustenta:

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

É possível, em tese, a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público²⁷. Mas o legislador foi rigoroso no traçado de limites à sua admissibilidade, que devem ser analisados e colocados no seu devido lugar.

²⁵ ANNUNZIATA, Marcelo. Tutela antecipatória nas ações movidas contra o Poder Público, inclusive em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-137. Vide também ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194.

²⁷ Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, é possível conceder a antecipação da tutela pela incontrovérsia da demanda (CPC, art. 273, § 6º) contra a Fazenda Pública. Como visto, está-se diante

4. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: tratamento legislativo da matéria

4.1. Considerações iniciais

A Lei Federal nº 9.494/1997 passou a disciplinar a matéria da antecipação genérica da tutela em face do Poder Público, de forma a restringir-lhe a amplitude em algumas hipóteses. O art. 1º vedou a tutela antecipada contra a Fazenda para fins de pagamento de vantagens a servidores públicos – tal como se restringia antes a liminar em mandado de segurança e em cautelar, como se vê nos dispositivos comentados abaixo. Mas a verdade é que, desde a década de 60 do século XX, o legislador vem impondo restrições à tutela antecipada e à própria execução provisória contra a Fazenda Pública. É essa evolução legislativa que se verá.

4.2. Restrições à liminar em mandado de segurança

O art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.348/1964 não permite, desde então, concessão de liminar ou a execução provisória de sentença de mandado de segurança contra a Fazenda Pública, que ordene a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Nestes casos, só há execução definitiva, quando houver trânsito em julgado.

Com essa mesma *ratio*, o art. 7º da lei citada prevê que terá efeito suspensivo o recurso ou a remessa necessária de decisão concessiva de segurança (contrária, pois, ao poder público) que imponha outorga ou adição de vencimentos ou reclassificação funcional. obsta, pois, execução provisória de tais decisórios.

Ainda no contexto do mandado de segurança, o art. 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 5.021/1966 veda a concessão de liminar em mandado de segurança que importe pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual ou municipal. Portanto, são bem limitadas as possibilidades de obtenção de uma segurança liminar por servidor público em face do Estado.

de um caso de resolução de parte do mérito da causa. Havendo incontrovérsia e desnecessidade de produção de outras provas, permite-se tal decisão, que está fundada em juízo de certeza, exercido mediante cognição exauriente (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 222-225). Defendemos tratar-se de típico julgamento antecipado parcial, para o qual não há restrições em lei.

4.3. Restrições à liminar em cautelar (ou que esgotem o objeto da ação)

Com a edição do Plano Collor I, em março de 1990, inúmeros jurisdicionados foram ao Judiciário reclamar a liberação imediata de quantias que haviam sido bloqueadas pelo governo, como medida para tentar, sem sucesso, impedir o crescimento da inflação. O Presidente, então, editou uma medida provisória, depois convertida na Lei Federal nº 8.437/1992, que, em seu art. 1º, estendeu às liminares concedidas em ações cautelares propostas contra o poder público as mesmas restrições. No §1º, acrescentou mais uma limitação, dispondo: “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 segurança, à competência originária de tribunal”.

Essa mesma Lei nº 8.437/1992, no seu art. 1º, §3º, veda liminares²⁸ que esgotem o objeto da ação, sem esclarecer, contudo, o que significa “esgotar o objeto da ação”. Rigorosamente, uma medida provisória jamais irá exaurir o objeto de uma demanda, porquanto, por natureza, deve ser sucedida por uma medida definitiva, dada em cognição exauriente. No entanto, é possível cogitar que o legislador tenha pretendido vedar, com essa ambígua expressão (esgotar o objeto da ação), liminares com efeitos irreversíveis. Se é este o caso, então, hoje, trata-se de norma supérflua, porquanto já conste a vedação no texto do art. 273, §2.º, do CPC – que, inclusive, vem sendo mitigada em doutrina e jurisprudência, com base no princípio da proporcionalidade²⁹.

Por sua vez, o art. 3º da Lei nº 8.437/1992 adotou praticamente a mesma redação do art. 7º da Lei nº 4.348/1964, impedindo, assim, execuções provisórias em cautelares satisfativas (lembre-se que estávamos em 1992, época em que a tutela antecipada ainda não havia sido generalizada). Com isso, fechou-se ainda mais o cerco para aqueles que litigam contra o Estado – máxime o servidor público. Também pela via cautelar restaram consideravelmente reduzidas as possibilidades de obtenção de uma medida liminar.

4.4. Extensão das restrições à tutela antecipada: Lei nº 9.494/1997

²⁸ A insistente referência do legislador à vedação a “liminares” contra o Poder Público foi notada por Talamini, dando ensejo a uma interpretação restritiva de tais leis. Segundo o autor, boa parte destas leis só proíbe “liminar” em mandado de segurança e cautelar contra o Estado, mas não veda a concessão de tutela antecipada (satisfativa ou cautelar) em outros momentos do processo, que não antes da oitiva do réu. Bem colocado (Vide TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45 ss).

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 46 ss.

Ainda na década de 90 do século XX, entrou em vigor a Lei Federal nº 9.494/1997, acima citada, no intuito de regulamentar a antecipação de tutela contra o Poder Público (perceba que a antecipação da tutela foi generalizada em 1994. As vedações que existiam até então não a contemplavam, por suposto). Com isso, toda a disciplina restritiva das tutelas de urgência em mandado de segurança e ação cautelar foi estendida à antecipação de tutela, nos termos do seu art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”³⁰.

Como se não fosse o bastante, o legislador, no art. 2º-B da Lei Federal nº 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, veio, ainda, proibir a execução provisória contra Fazenda Pública, nos seguintes casos: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão de folha em pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento e extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada, após seu trânsito em julgado”.

Com isso, a vedação não se limita mais às liminares em cautelares e mandados de segurança, à antecipação de tutela ou à execução provisória nos casos citados nas leis anteriores. Proibida está a execução provisória também nas hipóteses elencadas no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, para servidores federais, estaduais ou municipais.

Trata-se, portanto, de norma de encerramento, que estende todas as restrições anteriores à tutela antecipada genérica (arts. 273 e 461 do CPC) e, junto a isso, reduz ainda mais as possibilidades de o servidor público valer-se de decisões de cunho antecipatório. Sua constitucionalidade, porém, é questionável.

5. A (in)constitucionalidade da Lei nº 9.494/97: posicionamento do STF

³⁰ Leonardo José Carneiro da Cunha entende que os provimentos de urgência passaram a ter uma disciplina unificada, o que se confirma pela inserção do § 7º ao art. 273 do CPC. Como conseqüenciadisso, todas as restrições de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública se aplicam aos casos de tutela antecipada. Daí a edição da Lei nº 9.494/1997, que cuidou de confirmar essa unificação no regime das tutelas de urgência (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 226).

5.1. (In)constitucionalidade em tese (abstrato): ADC n° 4

A doutrina rapidamente se voltou contra a Lei n° 9.494/1997. Seria inconstitucional, pois afrontaria o direito às tutelas preventivas, à proteção contra ameaça a direito (art. 5°, XXXV, do CPC), tal como se extrai das palavras de Renato Belucci³¹:

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

A despeito disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADC n.º 4³², reconheceu provisoriamente a constitucionalidade da Lei n.º 9494/97³³, por maioria de votos, em 11.02.1998 – em reprodução ao entendimento esposado na ADI n.º 223-6/DF, a ser analisada em item seguinte. Impediu, com eficácia vinculante e *ex nunc*, ulterior decretação de inconstitucionalidade da lei e determinou a suspensão cautelar de todas as medidas antecipatórias concedidas em ofensa à lei *sub exame*.

³¹ BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, n. 4*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=9494&processo=4>>. Acesso em: 03 jan. 2008

³³ Antes mesmo da conversão da MP n° 1.570/97 na Lei n° 9.494/97, o STF já tinha se manifestado sobre a constitucionalidade da MP, na ADIN n° 1.576-1, indeferindo o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos restritivos da concessão de tutela antecipada (BENUCCI, Renato Luiz. *Op. cit.*, p. 59).

A votação definitiva do mérito da ação, tudo indica, concluirá pela constitucionalidade da lei – em que pese o julgamento esteja, por enquanto, suspenso com pedido de vista. Por essa razão, conclui Cássio Scarpinella Bueno³⁴:

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

Mas isso não tem impedido que a Corte Suprema mitigue, paulatinamente, as limitações às medidas de urgência contra o Poder Público. Em princípio, lembre-se que essa restrição à tutela antecipada cinge-se, tão-somente, às pretensões pecuniárias de servidores públicos. Todas as outras pretensões não abrangidas pela vedação da Lei n.º 9.494/97 podem ter seus efeitos antecipados. Tanto que, freqüentemente, o STF tem salientado que essas vedações devem ser interpretadas restritivamente – colocando fora da vedação verbas previdenciárias (vide Rcl n.º 902-4-SE e Rcl n.º 1.603-SE e Súmula n.º 729, STF) e verbas ilegítimamente tomadas do jurisdicionado, mas restituídas por medida antecipatória (cf. Rcl n.º 2.726).

Também tem sido comum o STF, em sede de reclamação constitucional para fazer valer a decisão da ADC n.º 4, manter medidas antecipatórias dadas contra a Fazenda, por estarem afinadas com a jurisprudência da Corte (assim, AgRg na Rcl n.º 1.067-8/RS, AgRg na Rcl n.º 1.132-RS, AgRg na Rcl n.º 1.105-RS etc) – em que pese já ter considerado esse dado irrelevante em julgados posteriores (vide Rcl n.º 877-RJ, Rcl n.º 2.726 e Rcl n.º 4.981). Com isso, tem ratificado o entendimento esposado na ADI n.º 223-6, a ser doravante analisada, de que a proibição de tutela antecipada não é absoluta e pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto³⁵. Todas essas idas e vindas do STF foram bem analisadas por Eduardo Talamini, que sintetiza as atuais tendências:

³⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

³⁵ No Superior Tribunal de Justiça, as normas proibitivas da antecipação contra o Poder Público também têm sido afastadas em casos tidos por excepcionais, por envolverem especial urgência (REsp n. 109.473-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp n. 420.954-SC, dentre outros).

É perceptível, portanto, alguma indefinição do Supremo Tribunal em face das normas proibitivas de tutela urgente. Oscila-se entre a admissão geral e abstrata dessas proibições e a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto. E essa indefinição é agravada pelas significativas mudanças de composição por que passou o Supremo nos últimos anos (...)³⁶.

Na verdade, todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico. À guisa de exemplificação, a Lei n.º 5.021/1966, que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens através de segurança, tinha por fito restringir a discussão sobre a reforma administrativa existente à época. A Lei Federal n.º 9.494/1997, que veio para disciplinar a antecipação de tutela contra o Poder Público, decorreu de um debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares³⁷.

De fato, inúmeros são os dispositivos normativos que limitam a concessão das medidas antecipatórias e de urgência contra o Poder Público — desde a vetusta reintegração de posse, passando pelo mandado de segurança e cautelares, sempre se protegeram os entes públicos contra a concessão de tutelas provisórias. Muito já se discutiu sobre a sua constitucionalidade, consolidando, até então, o Supremo Tribunal Federal o entendimento pela sua adequação constitucional. Mas a visão esposada pela Corte Suprema em julgado pretérito (ADI n.º. 223-6/DF) é valiosa e tem se refletido ainda hoje em seus posicionamentos.

5.2. (In)Constitucionalidade concreta: análise do julgamento da ADI n.º. 223-6/DF

É constitucional uma lei que impeça a concessão de provimentos liminares, em qualquer hipótese, contra o Poder Público? O assunto já foi tema de discussão pelo plenário do STF, na década de 90 do século XX, durante o

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 55.

³⁷ Sobre o tema, encontra-se bom apanhado na obra de Renato Benucci (BENUCCI, Renato Luiz. *Op. cit.*, p. 49).

juízo do ADI n.º 223-6 MC/DF³⁸, acima citada. Naquela ocasião, discutia-se a concessão de provimento liminar em medida cautelar proposta por partido político no intuito de suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 173/1990, que vedava o deferimento de liminar em mandado de segurança e em ações cautelares ou ordinárias que versassem sobre matérias previstas em outras medidas provisórias, ali identificadas, impedindo, com isso, a execução da decisão judicial antes do seu trânsito em julgado.

Em seu voto, o relator Min. Paulo Brossard suspendeu parcialmente os efeitos da MP n.º 173/90, por entender que “a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário, fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo”. E concluiu: “Se a medida provisória não veda a apreciação, é inequívoco que a posterga a uma data incerta e o diferimento da proteção judicial pode acarretar a consumação da ameaça e a irreparabilidade do dano”.

Em seguida, o Min. Celso de Mello, encampando as razões do relator, ampliou a suspensividade, sustentando integralmente a eficácia da MP n.º 173/90, aduzindo, em suma, que se “o próprio ordenamento jurídico contém instrumento de neutralização da eventual lesividade decorrente da execução de medida cautelar, ainda que deferida liminarmente, consistente na adoção das providências de contracautela (CPC, arts. 804, 811, 816, n.º II), não vejo como inibir o Poder Judiciário, de modo genérico e absoluto, de conceder provimentos liminares, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função das medidas de política econômico-financeira e monetária do novo Governo”.

A orientação, contudo, passou a mudar após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que defendeu como válidas as limitações impostas ao poder cautelar³⁹ do magistrado, sob o fundamento de que a essência da tutela cautelar — a provisoriedade — vinha sendo corrompida, com a proliferação de provimentos

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 223*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de abril de 1990. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(223.NUME.%20OU%20223.ACMS.\)\(PLENO.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(223.NUME.%20OU%20223.ACMS.)(PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 jan. 2008.

³⁹ Vale lembrar que, à época (1990), não se falava, ainda, em antecipação dos efeitos da tutela, que acabava caindo na vala comum da tutela cautelar, sob a denominação de “cautelar satisfativa”.

definitivamente satisfativos. Aduziu ainda que, naquele caso concreto, em virtude da desmedida abrangência da MP n.º 173/90, que se propunha a ter aplicação num sem-número de situações distintas, algumas restrições ao poder cautelar se justificavam, mormente em face da situação econômica por que, à época, passava o país.

Assim, seria precipitado simplesmente suspender a sua eficácia, ainda que parcialmente, o que poderia trazer conseqüências sérias à política econômica então implantada. Desse modo, concluiu, numa demonstração clara de ponderação de interesses, pela manutenção dos efeitos da MP vergastada, negando a pretensão cautelar deduzida, através de raciocínio cuja transcrição merece destaque:

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5.º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.

O seu voto foi seguido pelo Min. Sydney Sanches, que acrescentou: “Havendo certa dose de razoabilidade na restrição às liminares, ditadas,

sobretudo, pelo interesse público, nela não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, ‘prima facie’”. Seguiram-no, também, todos os demais ministros.

Sendo assim, firmou-se o entendimento — perfeitamente aplicável aos dispositivos legais (*lato sensu*) que ainda hoje limitam a concessão de liminares contra o Poder Público, de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implementá-la para garantir a integridade do interesse público. Porém, no caso concreto, quando representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.

Reconhece a Corte Suprema que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-lo. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances. Sem dúvida, trata-se de uma decisão paradigmática para a comunidade jurídica brasileira⁴⁰. Segue, a respeito, o posicionamento esposado por Cássio Scarpinella Bueno⁴¹:

E o juiz poderá, quando entender ser o caso, deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mesmo naquelas hipóteses em que outros diplomas legislativos, não mencionados pelo art. 1º da Lei nº. 9.494/97 vedam tal iniciativa. Isto porque, mesmo com a lei restritiva, é dado ao juiz do caso concreto, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastar sua incidência por entendê-la agressiva aos cânones do art. 5º, XXXV, CF.

Na mesma linha de raciocínio, sustenta Carlos Augusto de Assis⁴²:

Quanto a elas, e tendo por objetivo não frustrar o direito à adequada tutela jurisdicional (corolário do devido

⁴⁰ Oscar Vilhena Vieira selecionou esse julgamento no rol dos mais importantes já proferidos pelo STF em matéria de direito fundamental, no caso, o devido processo legal. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 492-510).

⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

⁴² ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 197.

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

Em assim sendo, a princípio, segundo o STF, aplicam-se à tutela antecipada as mesmas restrições contidas nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348/64, assim como no art. 1º, e seu § 4º, da Lei nº 5.021/66, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92, acima transcritos. Mas ressalva-se que tais restrições podem ser afastadas no caso concreto, uma vez aplicado o princípio da proporcionalidade.

6. Restrição constitucional: exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (art. 100, §§ 1º e 3º, da CF. EC nº 30/2001)

Viu-se que é possível a antecipação de tutela referente a pretensões pecuniárias que não digam respeito à remuneração de servidores públicos, como, por exemplo, daquelas referentes a pagamentos de prestadores de serviços ou de benefícios previdenciários, a repetição de indébitos tributários etc.

Sucedem-se que a EC nº 30/2001 conferiu nova redação ao art. 100, § 1º, da CF, para vincular a expedição de precatório ao trânsito em julgado da decisão judicial. E mesmo no §3º do art. 100, quando dispensa a emissão de precatório, exige o trânsito em julgado⁴³. Diante dessa exigência, questiona-se se seria

⁴³ Art. 100 da CF/88: “§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente. (...) §3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas

possível a antecipação dos feitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, por tratar-se, no mais das vezes, de decisão interlocutória e inapta à imutabilidade (porquanto provisória e precária). Decerto que sim. Afinal, a Emenda Constitucional nº 30/2001 é materialmente inconstitucional.

Isso porque a imposição de formação de coisa julgada para que a decisão contra a Fazenda Pública tenha força executiva foi inserida por emenda constitucional que afronta, diretamente, o direito fundamental à tutela preventiva (contra ameaça de lesão à direito) e efetiva – este último, corolário que é o do devido processo legal, do direito a um processo sem dilações indevidas e do próprio direito de acesso à justiça, bem como o direito à igualdade. Ofende normas fundamentais, constitucionais, pretéritas e impositivas⁴⁴.

Ainda que se repete a dita emenda conforme com a Constituição, há outro argumento: trânsito em julgado não se confunde com coisa julgada material, sendo antes um pressuposto dela. Trânsito em julgado é preclusão, irrecorribilidade, coisa julgada formal. Uma decisão que determina a tutela antecipada pode tornar-se indiscutível, no mesmo processo, pela coisa julgada formal. Assim, cumpre-se a exigência constitucional com o trânsito em julgado da decisão que antecipou a tutela⁴⁵. Cassio Scarpinella Bueno⁴⁶ acrescenta outro argumento favorável à tese de inconstitucionalidade, sustentando:

em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

⁴⁴(...) esse vínculo ao trânsito em julgado é fruto de emenda à Constituição que, seria despidendo dizer, estivéssemos, eventualmente, em outro lugar do mundo, deve observar determinadas regras que lhe são anteriores e impositivas. Assim, na exata medida em que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que o jurisdicionado se beneficie de uma decisão judicial que o favorece tem aptidão para colocar em risco uma situação de *ameaça* ou criar uma lesão de difícil reparação ou irreparável, o lapso temporal correspondente atrita com a proteção do art. 5º, XXXV. Nesse sentido, a emenda constitucional é inconstitucional” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141).

⁴⁵ Lembre-se, ainda, que o § 1º do art. 100 da Constituição Federal, ao condicionar a expedição de precatório ao prévio trânsito em julgado, não impede que já se conceda a tutela antecipada (que desencadeia execução provisória) para adiantar os atos executivos que antecedem a expedição do precatório. Assim, na pior das hipóteses – que não é, como já expusemos, a mais adequada - a tutela antecipada permite que já se adiante o processamento da demanda executiva, ainda que só pudesse haver a expedição de precatório após o prévio trânsito em julgado. Vide: (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo:

Dialética, 2007, p. 273). Talamini menciona essa possibilidade, admitindo que se chegue até o depósito da quantia devida em juízo, mas ressalva que “em casos em que a situação de urgência exige mais do que isso, cumpre ponderar concretamente os valores fundamentais envolvidos. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade” (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44).

⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

É que não há problema nenhum em atrelar o pagamento ao trânsito em julgado, justamente porque é de tutela antecipada que se está a tratar aqui. Nos casos em que não há necessidade de antecipação da tutela, aguarda-se o trânsito em julgado; em outras situações em que há urgência (art. 273, I, por exemplo), antecipa-se a tutela, não obstante o texto da Constituição. Se antecipar é “efetivar” antes do tempo, que seja antes do trânsito em julgado.

E, enfim, o próprio STJ tem admitido o cumprimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para o pagamento de quantia - seja ou não de pequeno valor -, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência. É o que se vê no julgamento do REsp nº 834.678-PR, que impõe pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório, já em sintonia com inúmeros precedentes da Corte: “Cinge-se em saber da possibilidade ou não do cumprimento da antecipação de tutela deferida em ação indenizatória mediante a expedição de precatório”.

Para o Min. relator, a possibilidade de graves danos decorrentes da demora da efetivação do provimento antecipatório *sub examine* revela a incompatibilidade da submissão da tutela de urgência ao regime do precatório. Isso porque a pensão provisória a ser paga pelo município, até decisão final da ação principal, é imprescindível em razão das despesas médicas e terapêuticas da menor, acometida de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posto de saúde do município recorrido.

Outrossim, o disposto no *caput* do art. 100 da CF/1988 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor. Desse modo, mesmo se a sentença fosse de mérito, transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios, de acordo com recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes citados: AgRg no Resp 888.325-RS, DJ 29/3/2007, e REsp 853.880-RS, DJ 28/9/2006. Resp 834.678-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26/6/2007" (Informativo do STJ nº 0325, de junho de 2007).

Limitações deste viés suprimem em absoluto o direito à tutela de urgência contra o Estado, privando aqueles que com ele litigam de um processo efetivo, tempestivo e que dispense tratamento equânime aos seus participantes. Destarte, o art. 100, §§ 1º e 3º, da CF, inserido pela emenda supracitada, deve

ser objeto de uma interpretação conforme as garantias fundamentais citadas, para jamais impedir a concessão e efetivação imediata de decisão antecipatória da tutela contra o Estado, em qualquer situação.

7. Tutela antecipada contra a fazenda pública - obrigação de fazer, não fazer e dar coisa: restrições inconstitucionais

Não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela antecipada relativa à obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até porque não há a exigência constitucional do precatório. Há, porém, algumas situações dignas de nota.

De acordo com o art. 928, parágrafo único, do CPC, não é possível a concessão de tutela antecipada em ação possessória (que muitas vezes objetivam a entrega de uma coisa) contra o Poder Público sem a sua prévia oitiva. Condiciona-se a antecipação dos efeitos da tutela ao exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa pelo Estado, mas não se impede, de nenhuma forma, a sua concessão.

Além disso, o art. 1º da Lei Federal nº 2.770/1956 veda a concessão de tutela antecipada, em qualquer situação, nas ações que se referem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. Trata-se, no entanto, de restrição descabida, porque simplesmente elimina a possibilidade de tutela de urgência contra o Poder Público em tais casos. Isso a torna escancaradamente inconstitucional, pois afronta o devido processo legal substancial e o direito de acesso à tutela efetiva.

Talamini⁴⁷, mais ponderado, adequada a previsão acima citada à cláusula da proporcionalidade, para defender que não passa “da reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...). Em casos como esse (...) haverá necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei”.

Mas a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de admitir a tutela antecipada, contra o Poder Público, para determinar a entrega de remédio a idoso ou portador do vírus da AIDS, por exemplo, inclusive com a determinação de bloqueio de verbas para garantir a efetividade do julgado (aplicação do § 5º

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

do art. 461 do CPC). Neste sentido, convém transcrever trecho da ementa de importante julgado, dado no REsp nº 746.781/RS, em abril de 2006, com relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki:

“1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a portador hipossuficiente de isquemia cerebral crônica, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

2. Depreende-se do art. 461, §5.º, CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa

humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...)

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na disponibilização em favor do recorrido da quantia de R\$ 542,64 (quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário”.

No âmbito da imposição antecipada de obrigações genéricas de fazer, não-fazer e dar coisa ao Poder Público, algumas das poucas limitações que, possivelmente, poderiam atingi-las, seriam:

a) a que veda, amplamente, a concessão de providência de urgência, no primeiro grau, quando está sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.437/92) - que é previsão aplicável, também, às decisões antecipatórias (art. 1º da Lei nº 9494/97)⁴⁸;

b) e a que proíbe liminar (cautelar ou antecipada) que esgote o “objeto da ação” (art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92, e art. 1º da Lei nº 9494/97) – que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade, como já se disse⁴⁹.

Entretanto, em ambos os casos, mais uma vez, tem-se atos normativos inquinados por vício de inconstitucionalidade, porquanto suprimem, desarrazoadamente, a possibilidade de obtenção de tutela de urgência em face do Estado, privando o jurisdicionado do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

8. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública em matéria tributária

O art. 1º, § 5º, da Lei Federal nº 8.437/1992, acrescentado pela MP nº 2.180-35/2001 – mantido em caráter permanente em nosso sistema, em razão da EC nº 32/2001 –, no mesmo sentido do nº 212 da súmula do STJ, veda a tutela antecipada nas ações que visem à certificação de compensação tributária (e previdenciária). A constitucionalidade desse dispositivo, inclusive, foi reconhecida pelo STF, na ADI nº 2.251. Mas esse processo de controle de constitucionalidade acabou sendo extinto sem exame do mérito, em razão da perda de objeto.

A despeito da tendência apontada pelo Supremo, nossos doutrinadores fazem ressalvas a esse dispositivo, bem como ao entendimento sumulado (Súmula nº 212, STF). Diz-se que a vedação ali contida determina, tão-somente, que não cabe ao juiz liminarmente compensar o tributo e decretar a extinção do débito. Mas cabe-lhe delimitar os critérios a serem seguidos pelo contribuinte e pelo fisco para, se quiserem, por sua conta e risco, promover

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

a compensação. Ainda assim, o débito não restaria extinto, o que só seria possível com decisão transitada em julgado⁵⁰.

Demais disso, a Lei Complementar nº 104/2001 inseriu no CTN o art. 170-A, que proíbe a compensação antes do trânsito em julgado da decisão e, portanto, através de decisão que antecipe a tutela. A doutrina confere a esse dispositivo de lei interpretação bem semelhante: o que se proíbe é, tão-somente, a extinção do tributo antes do trânsito em julgado e, não, sua compensação (em razão do art. 156, X, do CTN)⁵¹. Mas a discussão não fica por aí. Questiona-se a possibilidade de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de crédito tributário. Isso porque o art. 151, IV, do CTN só aventava essa possibilidade (de liminar), expressamente, em sede de mandado de segurança.

Com o advento da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o inciso V no art. 151, cessou-se o debate: permite-se expressamente (regra bem interessante, portanto) a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em outras espécies de ação judicial.

Independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas citadas, deve-se frisar que não é possível antecipar decisão que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des)constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito⁵².

⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

⁵¹ Segundo esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o Superior Tribunal de Justiça vem, contudo, entendendo não ser possível a concessão de provimentos de urgência para impor ou autorizar a compensação de créditos tributários e previdenciários, mesmo quando o lançamento se dê por homologação (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 208-209).

⁵² Nessa mesma linha de entendimento, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 48 e 49.

Referências bibliográficas

ANNUNZIATA, Marcelo. Tutela antecipatória nas ações movidas contra o Poder Público: inclusive em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39.

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. 02. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional na repetição do indébito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124).

MEIRELES, Edilton. Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.