



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública

Talita de Brito Portilho Dias Marques

Rio de Janeiro
2014

TALITA DE BRITO PORTILHO DIAS MARQUES

Da possibilidade de concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professora Orientadora:

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro

2014

DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Talita de Brito Portilho Dias Marques

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Previdenciário – Regimes Públicos e Privados pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Inicialmente, aborda-se o instituto da antecipação de tutela de forma ampla, explicitando, resumidamente, seu conceito, finalidade e requisitos autorizadores. Em seguida, adentra-se no tema central do presente artigo, explicitando os regramentos legais de concessão e restrição da medida de urgência em desfavor da Fazenda Pública. Finaliza-se com o entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicado ao tema, buscando a melhor interpretação para uma harmonização entre o direito público e os direitos fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Fazenda Pública. Cabimento. Restrições.

Sumário: Introdução. 1. Tutela Antecipada: Conceito e Natureza Jurídica. 2. Cabimento da antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública e hipóteses de restrição. 3. A posição da doutrina e dos Tribunais pátrios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo primordial trazer à tona um tema que ainda não encontra entendimento doutrinário e jurisprudencial uníssono, e que, de forma indiscutível, traz impactos para a sociedade, qual seja: o cabimento ou não da antecipação parcial dos efeitos da tutela em desfavor do Poder Público.

Tal se justifica pela existência de um conflito entre a supremacia do interesse coletivo e as garantias constitucionais dos indivíduos, e, por via de consequência, entre a segurança jurídica e a celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Pretende-se, especificamente, examinar a constitucionalidade ou não, da legislação infraconstitucional que restringe, em algumas situações, a concessão da tutela de urgência em desfavor da Fazenda Pública.

Inicialmente, o trabalho apresentado aborda o instituto da tutela antecipada no direito brasileiro, de forma ampla, explicitando, resumidamente, sua natureza conceitual, finalidade e pressupostos indispensáveis para a sua concessão.

Em seguida, adentra no tema focal, no que tange à possibilidade de sua concessão nas ações ingressadas em face da Fazenda Pública, dada as suas prerrogativas conferidas pela Lei Processual Civil. Nesse enfoque, será analisada a Lei n. 9494/97, que traz vedações à concessão da tutela de urgência em desfavor do Ente Público, mencionando, ainda, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, que reconheceu a constitucionalidade das restrições de tais medidas contra a Fazenda Pública em certas circunstâncias.

Ante esse cenário, a terceira parte do artigo destina-se a tratar sobre a divergência gerada na doutrina e jurisprudência acerca do tema, pois, de um lado, defende-se que a concessão da tutela de urgência contra a Administração Pública fere a sistemática do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 475 do Código de Processo Civil, assim como a regra constitucional do precatório, consagrada no art. 100 da Constituição Federal, e o direito financeiro; e de outro, que as vedações impostas ofendem os direitos fundamentais dos indivíduos e, por via de consequência, os princípios da efetividade, da inafastabilidade do controle judicial e da isonomia.

Conclui-se o estudo com a melhor interpretação às leis infraconstitucionais que regulam a matéria, de modo que haja uma compatibilização com os direitos fundamentais dos indivíduos em aparente conflito.

Visando abordar essa temática, adotou-se a metodologia aplicada do tipo bibliográfico-documental, qualitativa, exploratória, com base na qual se desenvolveu o debate sobre a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente.

1. TUTELA ANTECIPADA: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A morosidade no andamento do processo até que o bem da vida pleiteado seja alcançado, inegavelmente, ocasiona uma desigualdade substancial entre os litigantes, além de dificultar a efetividade do processo. Nesse prisma, tornou-se indispensável a criação de um mecanismo que autorizasse ao magistrado, em sede de cognição sumária da lide, a concessão de uma antecipação dos efeitos da tutela pretendida.¹

À luz das necessidades sociais e do princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, consoante art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o Código de Processo Civil sofreu reformas mediante a Lei n. 8952/94, sendo, então, alterada a redação do art. 273, de modo a viabilizar a concessão da tutela de urgência satisfativa total ou parcialmente, em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no referido ditame legal.

Ressalte-se que no ano de 2002, restou inserido um § 6º no art. 273, através da Lei n. 10444/02, criando uma nova hipótese de prestação de tutela antecipada. Desde então, o citado dispositivo infraconstitucional possui a seguinte redação, *in verbis*:

¹RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. São Paulo: LTr, 2002, p. 78.

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 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 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 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 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 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 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 7.5.2002)

§ 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 7.5.2002)

Nesse contexto, consoante colocação de Luiz Rodrigues Wambier²:

A antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento também faz parte do intenso movimento de aproximação entre as soluções da justiça e as aspirações dos jurisdicionados que delas necessitam, a que se convencionou chamar de ampliação dos meios de acesso à justiça.

É costume se afirmar que justiça tardia é injustiça e, diante disso, antecipar os efeitos da tutela pode ser uma alternativa, criada pelo sistema, para que a parte tenha seu direito garantido. É possível afirmar, então, que a antecipação dos efeitos da tutela, disciplinada no art. 273 do CPC é uma das formas de expressão da garantia de acesso à justiça no plano da normatização infra constitucional.

Pela análise do texto legal, leciona Luiz Guilherme Marinoni que se torna “possível requerer a antecipação de tutela quando houver: i) receio de dano (arts. 273, I, 461, § 3º, e 461-A, CPC, e 84, § 3º, CDC); ii) abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC); e iii) parcela incontroversa da demanda (art. 273, 6º, CPC).”³

Humberto Theodoro Júnior⁴ vai mais além, discorrendo que:

²WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>>. Acesso em: 25 de fev. 2014.

³MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 389.

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

- a) requerimento da parte;
- b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e
- f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

Depreende-se, pela leitura do dispositivo infraconstitucional, que o legislador estabeleceu um poder-dever do juiz, na medida em que deve conceder a tutela antecipada no bojo do processo de conhecimento, desde que configurados os seus pressupostos autorizadores, sendo, por via transversa, vedado o seu deferimento, caso algum dos requisitos esteja ausente. Não há que se falar, portanto, em discricionariedade judicial.

Note-se que tal instituto não configura sentença, eis que não exaure a função cognitiva, nem dá fim ao processo. Trata-se de decisão, passível de modificação ou revogação, desde que fundamentada, impondo a execução provisória total ou parcial do pedido, que seria o direito concedido ao final do processo judicial.

A tutela antecipada pode ser deferida inaudita altera parte, sendo possível, ainda, a sua concessão durante toda a fase de instrução, inclusive, na própria sentença.

A toda evidência, a pretensão do legislador vinte anos atrás, quando da criação da tutela antecipada no direito pátrio, não era apenas a sua concessão em si, mas, acima de tudo, a plena e integral efetivação do bem da vida outorgado pela decisão deferitória.

2. CABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA E HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio possibilita que a Fazenda Pública goze de certas prerrogativas e privilégios quando parte de um processo judicial, sendo importante ressaltar

que a expressão “Fazenda Pública” não abarca as empresas públicas e as sociedades de economia mista, eis que dotadas de personalidade jurídica de direito privado, abrangendo, por conseguinte, apenas as pessoas jurídicas de direito público interno - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios -, assim como as suas autarquias e fundações públicas.⁵

Pois bem. O regramento inserido no art. 273 da Lei Processual Civil, mediante a Lei n. 8952/94, trouxe uma permissão genérica para a concessão da tutela de urgência, ensejando, desde modo, grande debate acerca de sua admissibilidade em desfavor da Fazenda Pública.

Isto porque, consoante explanado por Rodolfo Kronenberg Hartmann⁶:

Há longa data já existiam atos normativos que restringiam a concessão de liminares em desfavor da Fazenda Pública, como nas hipóteses elencadas na Lei nº 4.348/64 (revogada pela Lei nº 12.016/09, que criou novas restrições em seu art. 7º, § 2º), Lei nº 5.021/66 (também revogada pela Lei nº 12.016/09) e pela Lei nº 8.437/92.

Note-se, pois, que quando da criação da tutela antecipada nos idos de 1994, ainda vigoravam diplomas normativos que dispunham sobre as restrições a liminares em mandado de segurança contra o Ente Público, a fim de evitar gastos de verbas públicas em decorrência de provimentos liminares que poderiam ser, posteriormente, revogados.

Nesse panorama, assim previam os art. 5º e 7º da Lei n. 4348/64; art. 1º, caput e § 4º da Lei n. 5021/66; e art. 1º, 2º, 3º e 4º, caput da Lei n. 8437/92, in verbis:

Lei n. 4348/64

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.

Lei 5021/66

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.

⁵CONTE, Francesco. A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ytese15.htm>>. Acesso em: 25 de fev. 2014.

⁶HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Curso Completo de Processo Civil. Niterói: Impetus, 2014, p. 112.

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

Lei 8437/92

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

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

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

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

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas

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

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

Com o intuito de por uma pá de cal nesse conflito, foi editada a Medida Provisória n. 1590/97 – ocasião em que matéria processual ainda podia ser tratada através de medida provisória –, posteriormente convertida na Lei n. 9494/97, cujo art. 1º assim determina:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992

Sob esta ótica, há vedação legal à concessão de liminares em face da Fazenda Pública nas demandas que tenham por objeto: (i) a compensação de créditos tributários e previdenciários; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (iv) concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza a servidores; (v) em se tratando de ação ordinária proposta em primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal, salvo em se tratando de

processo coletivo; (vi) em se tratando de medida que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

3. A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Não obstante a clara vedação de concessão de antecipação de tutela contra o Ente Público, nas hipóteses já mencionadas, a vontade do legislador não foi acolhida por inúmeros magistrados, que mantiveram o entendimento de cabimento da tutela de urgência, sob os fundamentos narrados por Rodolfo Kronenberg Hartmann⁷:

a) a Lei nº 4.348/64, a Lei nº 5.021/66 e a Lei nº 8.437/92 não poderiam restringir o uso de um mecanismo, no caso a antecipação dos efeitos da tutela prevista no art. 273, eis que a mesma sequer teria sido criada por ocasião da edição destas leis (ou seja, pela impossibilidade de leis pretéritas proibirem o que ainda não tinha sido criado); b) o art. 1º da Lei nº 9.494/97 padecia de uma inconstitucionalidade material, eis que não poderia um ato oriundo de outro Poder criar restrições ou condições para o exercício da atividade ou função fim de outro, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CRFB-88.

O posicionamento divergente, igualmente, ocorreu entre os doutrinadores pátrios, sendo travados acirrados debates sobre a possibilidade de tutela de urgência contra o Ente Público e, principalmente, quanto à constitucionalidade das restrições impostas no art. 1º da Lei n. 9494/97.

Aqueles que defendiam a vedação absoluta do instituto da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública pautavam-se em duas linhas argumentativas. A primeira, no sentido de que seria ineficaz decisão desfavorável à Fazenda Pública, que não tenha se submetido ao reexame necessário, preceituado no art. 475 do Código de Ritos.

Nesse prisma, aduz Francesco Conte⁸ que:

O duplo grau obrigatório de jurisdição, não traduz - como afoitamente pensam alguns - "privilégio" constituído em favor da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas, mas, sim, garantia que visa resguardar interesses de ordem pública. O elemento teleológico da norma nos incisos II e III, do art. 475, do CPC, é a proteção a

⁷HARTMANN, op.cit., p. 112.

⁸CONTE, op.cit.

interesses públicos relevantes, inspirada na racionalidade e na proporcionalidade.
(grifo do autor)

No mesmo sentido, Antonio Raphael Silva Salvador⁹ é categórico:

Apenas entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Compreenda-se que se nem sentença definitiva, proferida após instrução da causa, poderia introduzir efeitos, desde logo, se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao chamado reexame necessário obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeitos após confirmação pelo tribunal competente." (in ob. cit., págs. 56/57)

A segunda linha argumentativa valia-se da incompatibilidade da tutela antecipada com a sistemática do precatório judicial, tratado no art. 100 da Carta Política, de modo que as ordens de pagamento pelo Ente Público devem submeter-se ao regramento constitucional, que impõe a existência de uma sentença judiciária, e não de decisão interlocutória, sendo, por conseguinte, questionável o pagamento antecipado, sem a observância ao referido regime inerente à despesa pública, que estabelece a necessidade de previsão orçamentária.¹⁰

Ocorre que, para a grande maioria dos juristas, tais teses mostram-se frágeis, na medida em que o art. 475 da Lei Processual Civil é expresso em afirmar que haverá reexame necessário de sentença, não cabendo, assim, sua extensão às decisões interlocutórias.

Em obra conjunta, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹¹ sustentam que:

(...) o art. 475 diz respeito, literalmente, à sentença. Ademais, a previsão do “poder geral de antecipação”, no art. 273, demonstra a opção do legislador pela efetividade da justiça, quando se configurarem os pressupostos específicos previstos naquele dispositivo.

Aliás, a própria Lei 9.494, de 10.09.1997, que se destinou a impor limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, serviu para confirmar a possibilidade da tutela contra o Poder Público. Apenas aquilo que é possível pode ser limitado.

Alexandre Freitas Câmara destaca ainda que, pela análise dos parágrafos do art. 475 do Código de Processo Civil, se verifica que nem todas as sentenças condenatórias contra o

⁹SALVADOR apud CONTE, op.cit.

¹⁰GIANESINI, Rita apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 252.

¹¹WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 409.

Poder Público são passíveis de remessa necessária ao Tribunal ad quem, frisando que não há impedimento de concessão de liminar no mandado de segurança, não obstante a previsão de reexame necessário nesse remédio constitucional.¹²

A conclusão alcançada por Leonardo José Carneiro da Cunha¹³ também é no sentido de ser possível a concessão da medida de urgência contra a Fazenda Pública, in verbis:

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 de mérito. A melhor solução é 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 nº 9.494/97, de que é exemplo a concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Neste caso, não se admite a antecipação de tutela, em razão de vedação legal que toma como premissa regras financeiras e orçamentárias. Em se tratando, no entanto, de caso que seja permitida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não há razão legal para submeter a correspondente decisão ao reexame necessário.

No tocante ao regime de precatório judicial, o argumento escudado é no sentido de que o art. 730 do Código de Ritos deve ser interpretado, conjuntamente, com o art. 273 do mesmo diploma legal, de modo que a decisão interlocutória viabiliza a expedição do precatório, ficando o seu pagamento à disposição do juízo, que apenas determinará sua liberação quando transitar em julgado a sentença condenatória. Ademais, há diversas hipóteses em que a antecipação de tutela concedida não versa sobre obrigação pecuniária, mas tão somente sobre obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa.¹⁴

Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara¹⁵ afirma, categoricamente, que:

(...) vale a pena lembrar que o precatório só é usado quando se trata das obrigações pecuniárias em que a Fazenda Pública é devedora. Isto, por si só, seria suficiente para afastar este argumento quando se tratasse de causas que tivessem por objeto obrigações de entregar coisa, fazer ou não fazer.

De toda sorte, nada impediria a expedição de um precatório provisório, para o fim de permitir a imediata inclusão do crédito do autor na ordem em que os precatórios serão pagos. O fato de o art. 100 da Constituição da República fazer alusão a “sentença judiciária” não pode ser obstáculo intransponível à expedição desse precatório provisório, pois isto seria uma interpretação meramente literal e assistemática do dispositivo constitucional. Basta dizer, para reforço do que aqui se sustenta, que é perfeitamente admissível (como se verá com mais detalhes no

¹²CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 452-453.

¹³CUNHA, op.cit., p. 252.

¹⁴WAMBIER; TALAMINI, op.cit., p. 409.

¹⁵CÂMARA, op.cit., p. 453.

segundo volume destas Lições) a execução contra a Fazenda Pública fundada em título executivo extrajudicial. Ora, se é possível expedir-se precatório sem que tenha havido qualquer cognição judicial prévia, não há qualquer razão para se vedar a expedição de precatório após a cognição sumária.

Diante de tanta divergência jurisprudencial e doutrinária, foi promovida, conjuntamente pela mesa do Senado Federal, mesa da Câmara dos Deputados e pelo Presidente da República, uma ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sob o registro de ADC n. 04/97, sendo deferida medida liminar em 11/02/1998, ratificando a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9494/97, e, inclusive, sendo conferida eficácia vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário.

Naquela ocasião, o Tribunal Supremo consignou em sua decisão que, desde que preservado o direito à ação principal, o legislador possuía legitimidade para coibir a concessão de medida de urgência contra a Fazenda Pública, tomado por interesse da coletividade, ressaltando, ainda, que os atos do Poder Legislativo são revertidos de presunção de veracidade.¹⁶

Insta consignar que, posteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento, sumulado no verbete n. 729, no sentido de que “a decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”¹⁷

O julgamento definitivo da ADC n. 04/97 somente foi realizado em 01/10/2008, sendo corroborada pelo Pretório Excelso, a constitucionalidade do dispositivo em voga, consoante se depreende do Informativo n. 522¹⁸. Veja-se:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 ("Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu

¹⁶HARTMANN, op.cit., p. 113.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 729. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28729%2E%29%29%29%2E%2F%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/pycpd9l>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 522. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo522.htm>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.") - v. Informativo 167. Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, reputando ausente o requisito de urgência na medida provisória da qual originou a Lei 9.494/97, julgava o pedido improcedente, e declarava a inconstitucionalidade formal do dispositivo mencionado, por julgar que o vício na medida provisória contaminaria a lei de conversão.

Com efeito, o Tribunal Supremo estabeleceu que as restrições ao deferimento da antecipação de tutela contra o Ente Público devem ser interpretadas tão somente para as hipóteses, taxativamente, elencadas no diploma legal em discussão, “diminuindo seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro”, como ponderado por Leonardo José Carneiro da Cunha.¹⁹

Neste enfoque, há diversas decisões concessivas da tutela de urgência nos casos que não se encontram discriminados no art. 1º da Lei n. 9494/97, tais como aqueles que envolvem direito à saúde (por exemplo: operação cirúrgica, internação hospitalar, fornecimento de medicamento) e aqueles que objetivam posse em cargo público.

¹⁹CUNHA, op.cit., p. 261.

Todavia, malgrado o posicionamento da Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça, consoante Informativo n. 128, defende a ideia de que as vedações impostas devem ser consideradas com temperamentos, pois em situações especialíssimas, em que resta notório o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, faz-se imperiosa a antecipação da tutela como condição até mesmo de sobrevivência para o jurisdicionado.²⁰

Noutro giro, ainda que tenha firmado o entendimento quanto ao cabimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por meio do verbete sumular n. 60 (admissível a antecipação de tutela de mérito, mesmo contra a fazenda pública, desde que presentes os seus pressupostos)²¹, a Corte Fluminense não demonstra uma harmonia jurisprudencial acerca do tema.

A título exemplificativo, são as demandas envolvendo a revisão de pensão previdenciária por morte de servidor público. De um lado, há magistrados que sustentam a viabilidade de concessão da tutela de urgência para estes casos, com respaldo na súmula n. 729 do STF²². Em contrapartida, há quem adote o entendimento pautado na sua vedação, estendendo o caso para as hipóteses elencadas no diploma legal restritivo, no que diz respeito ao aumento de vantagens.²³

À luz do explanado, verifica-se que a polêmica envolvendo o tema central do presente artigo, ainda mostra-se evidente, dada as diversas linhas interpretativas quanto aos casos que estariam ou não inseridos nas hipóteses taxativas da Lei n. 9494/97, em seu art. 1º.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 128. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 60. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0. Acesso em: 24 de ago. 2014.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0061291-79.2012.8.19.0000. Relatora Desembargadora Celia Meliga Pessoa. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000471A72EB3B8AFB5F4892CE82D0E33F54CC5020B1F2E07>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação/Reexame Necessário nº 0054984-14.2009.8.19.0001. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004323E1024B5735EE8B734761134F663A4C502604A2E40>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

CONCLUSÃO

Malgrado a Carta Magna estabeleça o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, do qual decorrem as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, não se pode permitir o seu uso irrestrito, sob pena de mácula a direitos fundamentais dos indivíduos e a demais princípios constitucionais, tais como da efetividade, da inafastabilidade do controle judicial, da isonomia, da razoabilidade e do devido processo legal.

Ante esse cenário, a análise sobre o cabimento ou não da medida antecipatória em face do Poder Público não deve ser extremada, tanto para a restrição absoluta quanto para a concessão plena.

A melhor solução emprestada é aquela em que se permitem as vedações em abstrato, sem prejuízo da análise do caso concreto, principalmente, para as hipóteses elencadas no polêmico art. 1º da Lei n. 9494/97.

Neste diapasão, diante das peculiaridades do caso concreto e da presença dos requisitos autorizadores firmados no art. 273 do Código de Ritos, o magistrado, no uso de seu poder geral de cautela e na função protetiva das garantias fundamentais dos indivíduos, pode conceder a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, ainda que nas situações descritas no diploma legal restritivo.

Conclui-se seja esta a melhor interpretação às leis infraconstitucionais que regulam a matéria central do presente artigo científico, com a finalidade de que haja uma harmonização entre o direito público e os direitos fundamentais dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 128. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 522. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo522.htm>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 729. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28729%2E%2E%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/pycpd9l>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 60. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0061291-79.2012.8.19.0000. Relatora Desembargadora Celia Meliga Pessoa. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000471A72EB3B8AFB5F4892CE82D0E33F54CC5020B1F2E07>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação/Reexame Necessário nº 0054984-14.2009.8.19.0001. Relator Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004323E1024B5735EE8B734761134F663A4C502604A2E40>>. Acesso em: 24 de ago. 2014.

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

CONTE, Francesco. A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ytese15.htm>>. Acesso em: 25 de fev. 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

GIANESINI, Rita apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Curso Completo de Processo Civil. Niterói: Impetus, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário Ribeiro. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. São Paulo: LTr, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>>. Acesso em: 25 de fev. 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.